



USFQ  
LAW REVIEW





VOLUMEN X, NÚM. II • OCTUBRE 2023



## USFQ LAW REVIEW

ISSN: 2631-2573 | ISSN(e): 1390-8014

<https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview>

<http://lawreview.usfq.edu.ec>

Quito, Ecuador

Volumen conmemorativo por los 10 años de trayectoria de la revista.

Volumen X, Número 2, octubre 2023

DOI Núm. 2: <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2>

## EQUIPO EDITORIAL

### DIRECTORES EDITORIALES

Felipe José Castro Zurita

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
[orcid.org/0000-0001-7395-8920](https://orcid.org/0000-0001-7395-8920)

Rafaella Romo-Leroux Chacón

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
[orcid.org/0000-0001-8094-6346](https://orcid.org/0000-0001-8094-6346)

### COMITÉ EDITORIAL

#### Editores en Jefe

Felipe José Castro Zurita

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
[orcid.org/0000-0001-7395-8920](https://orcid.org/0000-0001-7395-8920)

Rafaella Romo-Leroux Chacón

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
[orcid.org/0000-0001-8094-6346](https://orcid.org/0000-0001-8094-6346)

#### Editores Asociados

Gabriela Anahí Jácome Aguirre

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
<https://orcid.org/0000-0002-9154-012X>

Paula Isabel Zambrano Yépez

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
<https://orcid.org/0000-0002-4779-4499>

Santiago José Cisneros Bejarano

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
[orcid.org/0000-0002-0862-4606](https://orcid.org/0000-0002-0862-4606)

Kevin Damián Ortiz Arias

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
<https://orcid.org/0000-0002-3865-5550>

Karen Paola Moreira Pinargote

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
<https://orcid.org/0000-0002-8833-6072>

#### Editores Junior

Mateo Sebastián Seminario Vélez

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
<https://orcid.org/0000-0003-1914-9262>

Jennifer Gabriela Sasintuña León

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
<https://orcid.org/0000-0003-0818-2980>

Juan José Cobo Ordoñez

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
<https://orcid.org/0000-0003-2637-8725>

Liliana Mishel Chughchilan Tigasi

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
<https://orcid.org/0000-0001-8248-7825>

Giuliana Patricia Álvarez Núñez

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
<https://orcid.org/0000-0002-1214-0460>

### REVISORES PARES EXTERNOS

Adriana Orellana, Alejandra Vera, Alejandro Páez, Ana Isabel Cobo, Bernarda Haro, Camila Boriz, Carla Cepeda, Daniela Irigoyen, David Molina, Estefanía Fierro, Enrique Jervis, Felipe Idrovo, Gustavo Villacreses, Gabriela Rivadeneira, Iván Izquierdo, Jaime Dousedebés, Jaime Pazmiño, Jorge Duque, Juan David Vicuña, Juan Martín Alarcón, Juan Sebastián Baquero, Kenny Espín, Leonardo Coronel, Lorena Barrazueta, Manuela Cárdenas, María Bernarda Carpio, María Gracia Naranjo, María José Flores, María Victoria Vergara, María Yépez, Max Salcedo, Natalia Barona, Paúl Carrera, Paúl Noboa, Rafaella Uzcátegui, Sergio Núñez, Sierra Bullock, Sophia Lobato, y Xavier Palacios.

### CONSEJO ASESOR

Farith Simon, PhD

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

Mauricio Maldonado Muñoz, PhD

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

*Esta obra es publicada luego de un proceso doble ciego de revisión por pares ciegos (double-blind peer review).*

## **PRODUCCIÓN EDITORIAL:**

**Corrección ortotipográfica:** Oswaldo Reyes

**Diseño general y de cubierta:** Yumiko Nagao

**Webmaster:** Jaime Páez



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons «Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional».

El uso de nombres descriptivos generales, nombres comerciales, marcas registradas, etc. en esta publicación no implica, incluso en ausencia de una declaración específica, que estos nombres están exentos de las leyes y reglamentos de protección pertinentes y, por tanto, libres para su uso general.

La información presentada en esta revista es de entera responsabilidad de sus autores. USFQ PRESS presume que la información es verdadera y exacta a la fecha de publicación. Ni la Editorial, ni los editores, ni los autores dan una garantía, expresa o implícita, con respecto a los materiales contenidos en esta obra ni de los errores u omisiones que se hayan podido realizar.

### **USFQ PRESS / USFQ Law Review**

Att. Felipe José Castro Zurita y Rafaella Romo-Leroux Chacón, Editores en Jefe

Universidad San Francisco de Quito (USFQ)

Calle Diego de Robles y Vía Interoceánica, Campus Cumbayá

Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.

Correo electrónico: [lawreview@usfq.edu.ec](mailto:lawreview@usfq.edu.ec)

## PRESENTACIÓN DE LA REVISTA

*USFQ Law Review* es la primera revista jurídica, académica, arbitrada e indexada del Ecuador, en ser íntegramente desarrollada y administrada por estudiantes de pregrado. Nació en el año 2012 como una iniciativa estudiantil de la Universidad San Francisco de Quito con publicación anual, convirtiéndose hoy en día en un proyecto editorial de publicación semestral y con apertura autoral. Desde el presente año, ha expandido sus esfuerzos para contribuir con la discusión jurídica en el Ecuador, a través de actividades como podcasts, webinars, y boletines.

Su objetivo es brindar un espacio para que especialistas, estudiantes, y académicos en distintas áreas del Derecho, publiquen trabajos de investigación jurídica en los que se planteen perspectivas y opiniones críticas. De igual manera, busca ser una fuente de investigación de alto nivel académico y elevar la calidad de discusión jurídica en Ecuador y la región.

La revista cuenta con dos números al año, publicados en los meses de mayo y octubre, en versión tanto impresa como digital. A la fecha se han publicado trece números, distribuidos en diez volúmenes. En cada uno de estos volúmenes se han abordado diversas temáticas, tales como Derecho corporativo, penal, administrativo, tributario, Arbitraje, Propiedad Intelectual, entre otras.

En la actualidad, *USFQ Law Review* forma parte de varias indexaciones, catálogos, servicios de información y bases de datos, entre ellos: Latindex (Catálogo 2.0); Latindex (Directorio); ISSN Portal; Dialnet; HeinOnline, Crossref; ROAD; DOAJ; MIAR; REBID; Sherpa Romeo; Aura-AmeliCA; CORE; Internet Archive; I2OR; Scientific Indexing Services; y, Google Scholar. Adicionalmente, está asociada a instituciones como: Latinoamericana; RELAREDI; LatinREV; Declaración de México (Acceso Abierto); y, Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación (DORA).

Una de las prioridades de la revista es brindar libre acceso a sus contenidos y dar mayor alcance a las investigaciones de autores que le han depositado su confianza. Por esta razón, todos sus contenidos se difunden bajo política de Acceso Abierto (Open Access) y de las licencias Creative Commons, que fomentan el debate académico y la difusión equitativa de ideas.

Los contenidos digitales de la revista se encuentran disponibles en Archivo OJS; Biblioteca USFQ; LEXIS; Corporación de Estudios y Publicaciones – CEP; vLex; Academia.edu; SSRN; y, Mendeley. Además, anualmente se imprimen y difunden ejemplares que son distribuidos a instituciones públicas y privadas a nivel nacional. Para ello, se recibe asistencia técnica del departamento editorial USFQ Press y se financia mediante el apoyo continuo de patrocinadores.

Finalmente, *USFQ Law Review* cuenta con alianzas institucionales con otras revistas, como *UDA Law Review* y *Lawyers EC*.

Para más información acerca de la estructura orgánica, políticas, información al autor, y proceso editorial, se invita a visitar el sitio web oficial de la revista, redes sociales y académicas; y, a contactarnos mediante correo electrónico.

**Sitio web:** <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview>

**Correo electrónico:** [lawreview@usfq.edu.ec](mailto:lawreview@usfq.edu.ec)

### **Equipo Editorial**

USFQ Law Review

Universidad San Francisco de Quito

## PRESENTACIÓN DEL NÚMERO

En culminación de este importante año para *USFQ Law Review*, tenemos el agrado de presentar la segunda entrega de su Volumen X. Este representa los cuantiosos esfuerzos del Comité Editorial por celebrar los 10 años desde la primera publicación de una revista que se ha convertido en algo más que un simple proyecto editorial. Como recalcamos en la primera entrega de este volumen, deseamos ser –y continuar siendo– una fuente de consulta académica a nivel nacional e internacional.

A tal efecto, este segundo número se compone de doce artículos.

En materia societaria, Nicolás Maldonado y Carlos Mera, conceptualizan las figuras de los administradores legales, de hecho y ocultos, abordando los deberes que estos mantienen para con la sociedad a la que representan.

En la misma línea, Mateo Landívar, explora las nuevas regulaciones en cuanto a los administradores ocultos, o a la sombra, y de administradores de hecho, con el fin de mitigar el problema de agencia que se evidencia con mayor frecuencia en Ecuador y Latinoamérica: aquel conflicto entre socios controladores y no controladores.

Por su parte, Cinthia Rosero aborda la figura de la extensión de la responsabilidad de las pérdidas patrimoniales de una entidad financiera liquidada forzosamente a los accionistas con propiedad patrimonial, concluyendo que esto implica un gravoso desconocimiento de la responsabilidad limitada y constituye un caso de levantamiento de velo societario.

En el área de Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, Daniela Endara busca responder la interrogante sobre cómo se aplica actualmente el principio de flexibilidad en el arbitraje local ecuatoriano. De esta manera, indica que se ha avanzado en una debida aplicación del principio de flexibilidad en el arbitraje ecuatoriano.

Asimismo, Juan Pablo Gómez examina las características de las *dispute boards* y destaca sus beneficios en la gestión de conflictos en proyectos de infraestructura; así como los factores críticos y los desafíos para su implementación en América Latina.

Por otro lado, en lo que se refiere a Derecho de Daños, Luis Felipe Campana, Oswaldo Ruiz, y Juan Francisco Marín analizan la falta de regulación respecto de los daños por mala praxis médica, evidenciando la necesidad de un estándar razonable para la reparación de estos los mismos.

A propósito de las decisiones de la Corte Constitucional, María Dolores Miño e Isabella Palacios critican la manera en que se ha aplicado la equidad al momento de otorgar compensaciones económicas por daños en el marco de la reparación integral, concluyendo que este ejercicio podría resultar arbitrario.

En este orden de ideas, Paola Moreira y Nicole Iza estudian el régimen aplicable para demandar una indemnización por daños derivados de prácticas restrictivas que afecten a los consumidores y otros competidores, determinando que se debe aplicar un régimen de responsabilidad civil extracontractual.

Desde otra perspectiva, en Derecho Tributario, Ivana Matijevic y Alberto Bonilla determinan si el principio de equidad suple la falta de positivización de la capacidad contributiva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con miras a fomentar una tributación más justa.

Por su parte, en Derecho Administrativo, Steven García pretende llenar vacíos normativos en cuanto a la presunción de legitimidad de los actos administrativos. Así, se explora la relatividad de estos actos y su clasificación en regulares e irregulares.

En el plano del Derecho Civil, Álvaro Martínez se cuestiona si es posible dividir la prestación, entendida como el objeto de una obligación. Con ello, deduce que el objeto de una obligación es, por naturaleza, indivisible, sin perjuicio de que una misma obligación pueda contener varias prestaciones distintas que versen sobre la misma cosa.

Finalmente, Gabriela Jácome, Daniela Pérez y Ailyn Argüello, investigan si existe fundamento en la equiparación entre culpa grave y dolo en el Código Civil ecuatoriano, llegando a la conclusión de que la misma es absurda, puesto que el régimen de responsabilidad no basa la indemnización en un análisis del grado de culpabilidad.

Para el Comité Editorial es un honor contar con los trabajos de articulistas comprometidos a aportar con el desarrollo de la academia en el Ecuador. Por ello, extendemos nuestro más sincero agradecimiento a todos los profesionales y estudiantes que hacen posible la publicación de este segundo número del Volumen X de *USFQ Law Review*.

En este sentido, resaltamos la labor y dedicación de los miembros del Equipo Editorial, quienes han llevado a cabo las fases del proceso editorial con la prolijidad requerida.

Una vez más, reiteramos nuestro sentido agradecimiento a las firmas auspiciantes de este volumen: Almeida Guzmán, AVL, Bustamante Fabara, Cabezas

Wray & Albán, Carmigniani Pérez, Consulegis, Corral Rosales, ECIJA GPA, Fexlaw, Lexvalor, Naranjo Martínez & Subía, Noboa Peña Torres, Prospectus, SVAR, y Vivanco & Vivanco.

Por último, es de gran importancia hacer mención a la implacable labor de Andrea Naranjo, Yumiko Nagao, y Doménica Aroca miembros del equipo de USFQ Press, y agradecerles por su continuo apoyo en las distintas etapas del proceso editorial. También deseamos extender nuestros agradecimientos a Gabriel Ortiz Armas por lo hecho durante su paso por esta institución editorial.

A nombre del Comité Editorial, extendemos una cordial invitación a participar en los siguientes volúmenes de *USFQ Law Review* y esperamos que el segundo número del año 2023 sea de su agrado.

Quito, octubre de 2023

Felipe José Castro Zurita  
**EDITOR EN JEFE**

Rafaella Romo-Leroux Chacón  
**EDITORA EN JEFE**



# ÍNDICE

<b>Administradores tras bastidores: ¿qué son y qué hacer contra sus actos lesivos?</b>	<b>1</b>
NICOLÁS MALDONADO GARCÉS Y CARLOS MERA AMORES	
<b>Aplicación de las figuras de los administradores de hecho y ocultos en las compañías tradicionales ecuatorianas: sobre la necesidad de su regulación</b>	<b>27</b>
MATEO LANDÍVAR CHAVEZ	
<b>La aplicación del principio de flexibilidad en el arbitraje ecuatoriano: ¿continuamos con la ritualización del proceso o hemos avanzado?</b>	<b>55</b>
DANIELA ENDARA BASTIDAS	
<b>El daño en las acciones de wrongful conception y su reparación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano</b>	<b>73</b>
OSWALDO RUIZ MERA, LUIS FELIPE CAMPANA MONGE Y JUAN FRANCISCO MARÍN BERMEO	
<b>Las dispute boards en América Latina: ventajas, retos y mejores prácticas para contribuir a la resolución eficiente de controversias de infraestructura en la región</b>	<b>101</b>
JUAN PABLO GÓMEZ MORENO	
<b>Equidad o arbitrariedad: análisis de las compensaciones por daños otorgadas por la Corte Constitucional del Ecuador</b>	<b>131</b>
MARÍA DOLORES MIÑO Y ISABELLA PALACIOS ORDÓÑEZ	
<b>Hacia una tributación justa: la armonización de los principios de equidad y capacidad contributiva junto a su observancia en la implementación del esquema de rebajas al impuesto a la renta para personas naturales</b>	<b>159</b>
IVANA RAQUEL MATIJEVIC LÓPEZ Y ALBERTO EDUARDO BONILLA MANOTOA	
<b>Levantamiento del velo societario a instituciones bancarias: reflexiones sobre su eficiencia</b>	<b>179</b>
CINTHIA DOMÉNICA ROSERO ROMERO	
<b>¿Por qué el Código Civil ecuatoriano equipara la culpa grave y el dolo? Análisis jurídico sobre la culpabilidad, su aplicación y finalidad</b>	<b>211</b>
GABRIELA JÁCOME AGUIRRE, DANIELA PÉREZ ROSALES Y AILYN ARGÜELLO ALMEIDA	

<b>Régimen de responsabilidad civil por daños derivados de la infracción del derecho antitrust respecto a prácticas restrictivas: la aplicación privada del Derecho de Competencia</b>	<b>233</b>
PAOLA MOREIRA PINARGOTE Y NICOLE IZA ABAD	
<b>Relatividad de la presunción de legitimidad de los actos administrativos en un escenario con vicios manifiestos</b>	<b>251</b>
STEVEN GARCÍA VILLAVICENCIO	
<b>Sobre la naturaleza de la indivisibilidad de una obligación: ¿realmente es posible dividir una prestación?</b>	<b>277</b>
ÁLVARO MARTÍNEZ ALMEIDA	



# Administradores tras bastidores: ¿qué son y qué hacer contra sus actos lesivos?

*Behind-the-scenes administrators: what  
are they and what can be done against  
their harmful acts?*

NICOLÁS MALDONADO GARCÉS\*  
CARLOS MERA AMORES\*\*

**Recibido / Received:** 26/06/2023  
**Aceptado / Accepted:** 08/08/2023  
**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3028>

**Citación:**

Maldonado Garcés, N. C. Mera Amores. “Administradores tras bastidores: ¿qué son y qué hacer contra sus actos lesivos?” *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, octubre de 2023, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3028>

---

\* Lexvalor Abogados, Abogado, Av. 12 de octubre y Coruña N24-774, Quito 170523, Pichincha, Ecuador. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, Ecuador. Correo electrónico: nmaldonado@lexvalor.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0000-2732-5276>

\*\* Abocacia, Abogado Asociado, Av. República de El Salvador N36-84 y Suecia, Quito 170505, Pichincha, Ecuador. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, PUCE, Ecuador. Correo electrónico: cmera@abocacia.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0008-5687-4133>

## RESUMEN

Regular las estructuras y resolver los problemas que se dan al interior de las compañías constituye la finalidad del derecho corporativo. Revisten especial importancia los conflictos que se dan entre los administradores y socios o accionistas. Con el fin de evitar situaciones que perjudiquen a la sociedad, los administradores deben regir su gestión en el margen de una debida diligencia, estableciéndose la posibilidad de que, ante el incumplimiento de sus deberes fiduciarios, se entable una acción social de responsabilidad en su contra. Esto con el fin de separar de la compañía al administrador y, de ser el caso, exigir una indemnización de perjuicios correspondiente. Asimismo, estas acciones precautelan problemas entre accionistas controladores y no controladores.

El presente trabajo conceptualiza la figura de los administradores legales, de hecho y ocultos, con el fin de que —de forma didáctica— se consideren las particularidades que reviste cada uno de ellos. También aborda los deberes que estos mantienen para con la sociedad a la que representan, haciendo énfasis en los deberes de diligencia y de lealtad para luego aterrizar en la acción social de responsabilidad y algunas cuestiones prácticas.

## PALABRAS CLAVE

Acción social de responsabilidad; deberes fiduciarios; administrador de hecho; administrador oculto; accionistas

## ABSTRACT

*The purpose of corporate law is to regulate the structures and solve problems that arise within companies. Among these, conflicts between directors and partners or shareholders are of special importance. In order to avoid situations that harm the company, the administrators must govern their management within the margin of due diligence, establishing the possibility that, in case of breach of their fiduciary duties, a social action of liability may be brought against them. The purpose of this is to remove the administrator from the company and, if necessary, to demand the corresponding compensation for damages. Likewise, these actions prevent problems between controlling and non-controlling shareholders.*

*This paper conceptualizes the figure of legal —de facto and hidden— administrators, to consider in a didactic way the particularities of each one. It also addresses the duties they have towards the company they represent, with emphasis on the duties of diligence and loyalty, to then focus on the social action of liability and some practical issues.*

## KEYWORDS

*Social liability action; fiduciary duties; de facto administrators; hidden administrator; shareholders*

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho corporativo posee dos fines sustanciales: el primero se encarga de regular figuras estructurales de empresas según sus necesidades; en el segundo se destaca una intención de controlar, dirimir o evitar conflictos entre grupos que poseen intereses contrapuestos en una compañía. Estos conflictos han sido denominados, desde una óptica económica, problemas de agencia.<sup>1</sup> Estas controversias pueden suscitarse, para efectos de este trabajo, entre administradores y accionistas o accionistas controladores y no controladores.

Refiriéndose a los administradores, con la meta de controlar sus actuaciones, se menciona que estos se encuentran sujetos a cumplir —por disposiciones normativas y convencionales y en aras de garantizar su correcta gestión— con deberes de lealtad y debida diligencia.<sup>2</sup> Así, se los obliga a ejecutar la administración con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal.<sup>3</sup>

En los casos de eventual incumplimiento de sus deberes administrativos, la Ley de Compañías prevé la posibilidad de entablar una acción social de responsabilidad en contra de este administrador. De este modo se tiene la intención de separarlo de la compañía y, dependiendo del caso, de exigir una indemnización por cualquier perjuicio causado a la sociedad. De esta forma se mitigan las discrepancias entre este grupo y los accionistas. Pero sobre todo se destaca que entablar estas acciones es una forma de reducir conflictos entre socios controladores y no controladores por los motivos que se expondrán a continuación.

Por otro lado, la Ley de Compañías olvidó mencionar figuras administrativas relevantes que pueden tener injerencia en la administración. Esta mención se refiere específicamente a los administradores de hecho y ocultos. A estos, a pesar de no ser designados legalmente, doctrinaria y legalmente se los ha definido como agentes de administración capaces de influenciar el manejo de la empresa.<sup>4</sup>

Estas autoridades han sido ya reconocidas en la legislación ecuatoriana con anterioridad. Aun así, en aras de una regulación más clara y precisa que aborde de manera adecuada los supuestos en los que conflictos de agencia pueden derivar en problemas para la administración de una compañía, la publicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo trajo consigo una

1 John Armour, Henry Hansmann, y Reinier Kraakman, “Agency Problems and Legal Strategies, en *The Anatomy of Corporate Law*, ed. Sofie Cools y Gen Goto (Oxford: Oxford University Press, 2017), 28.

2 Artículo 262, Ley de Compañías [LC], R. O. 312, de 11 de mayo de 1999, reformado por última vez R. O. de 15 de marzo de 2023.

3 Fernando Toña, “Los deberes de los administradores de sociedades de capital en situaciones de crisis económica”, *Boletín de Estudios Económicos* 68, n.º 194 (agosto 2008): 247-63.

4 Carlos Aldrich, “El ejercicio de la acción social de responsabilidad en la quiebra de la sociedad”, *Revista Argentina de Derecho Empresario*, n.º 5 (septiembre 2006): 301-17.

variedad de ventajas y avances para el derecho societario ecuatoriano. Entre estas, la posibilidad de entablar acciones sociales de responsabilidad contra administradores de hecho y ocultos.<sup>5</sup>

El presente trabajo se propone contextualizar el concepto de los administradores de hecho y ocultos, así como los deberes que deben cumplir a causa de la legislación ecuatoriana. Para concluir, se presentan temas prácticos a tomar en consideración al momento de entablar esta acción.

## 2. ÓRGANOS DE ADMINISTRACIÓN: ADMINISTRADORES Y SUS DEBERES FIDUCIARIOS

La sociedad mercantil, en aras de cumplir con su objeto social y los fines para los que fue constituida, depende de a quienes, en virtud del estatuto de la compañía, se les concede la facultad de administrar el negocio.<sup>6</sup> Es claro que, además de la unión de capitales, conocimiento o bienes para constituir una compañía de pleno derecho, su funcionamiento depende de la administración, gestión y seguimiento de las actividades que se realicen en la compañía.

De esta manera, las formas jurídicas estándar de organización de compañías se caracterizan por poseer una autoridad encargada de la celebración de contratos con terceros, ejercer los poderes otorgados por la compañía y dirigir los usos de los activos que son propiedad de la empresa. Esta figura suele ser distinta a la de sus accionistas, esto ocurre particularmente en compañías con capital disperso.<sup>7</sup> En ese sentido, existe una separación entre el aporte de capital y la administración.<sup>8</sup> Esta representación deviene directamente del estatuto de la compañía, documento que fija la estructura administrativa de la sociedad.<sup>9</sup>

Es tal la importancia de nombrar un órgano de administración que la Ley de Compañías (en adelante LC), en su artículo 252, prevé el nombramiento de quien o quienes ejerzan la representación legal y extrajudicial de la compañía como requisito *sine qua non* para la constitución de sociedades anónimas. Esta representación legal puede ser confiada a directores, gerentes, administradores u otros agentes, figuras encargadas de velar por el correcto manejo de la empresa, además de las responsabilidades derivadas de la ley y el estatuto social.<sup>10</sup> Por lo tanto, los administradores son los entes o sujetos encargados de velar

5 Artículo 75, Ley Reformativa a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el fomento del Gobierno Corporativo [Ley Reformativa], R. O. Suplemento 269 de 15 de marzo de 2023.

6 Francisco Reyes Villamizar, *Derecho societario*, tomo I (Bogotá: Temis, 2016), 668.

7 Armour, Hansmann y Kraakman, "Agency Problems and Legal Strategies", 11.

8 Daniel Delgado Ferrufino, y María José Figueroa Sánchez, "Evolución jurisprudencial de la responsabilidad de los administradores en el derecho societario colombiano", *Anuario de Derecho Privado*, n.º 2 (2017): 229.

9 Artículo 251, LC.

10 Artículo 255, LC.

por el correcto funcionamiento de la compañía, actuando en nombre y representación de ella.<sup>11</sup> Son representantes de un órgano social.

A continuación se plantean dos temas sustanciales para una correcta introducción al problema jurídico en cuestión. Se realiza un breve repaso sobre los tipos de administradores de una compañía, se mencionarán los deberes que estos, idealmente, deben cumplir para una correcta dirección a la empresa que se administra reduciendo sustancialmente la aparición de problemas de agencia que comprometan el correcto desarrollo de la compañía.

## 2.1. ADMINISTRADORES LEGALES, DE HECHO Y OCULTOS

Como órganos de ejecución de las resoluciones sociales existe una clara distinción. Primero aparecen los órganos colegiados de administración, es decir, los directorios; después están aquellos órganos individuales de administración, es decir, los administradores sociales. El presente trabajo centra su investigación en la subdivisión que la doctrina y legislación ecuatorianas — con la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación y la publicación de la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo (en adelante, Ley Reformatoria)—<sup>12</sup> establecen para los administradores sociales.

En primer lugar, y dentro de la clasificación de los órganos individuales de administración, aparece la figura de los administradores legales. Estos responden a la figura administrativa que, bajo los requisitos establecidos en la ley, ostenta la administración de la empresa. Esto significa que han sido designados formalmente y su nombramiento ha sido inscrito en los registros correspondientes. En suma, cuentan con plenas facultades para representar a la compañía judicial y extrajudicialmente.<sup>13</sup>

Es relevante mencionar que los órganos administrativos de la compañía pueden, o no, ostentar la representación legal de la compañía. Por ejemplo, la sociedad mercantil que sea administrada por órganos de administración individuales puede contar con un gerente general y un presidente. Uno de ellos, si así lo ha decidido el órgano de gobierno de la sociedad y en sujeción a la ley, tendrá la representación legal, judicial y extrajudicial de la compañía. Tiene la facultad de simbolizar y actuar en nombre de la empresa frente a todo tipo de actos. El presidente ejercerá a su vez funciones administrativas y seguramente actuará como representante legal ante la suplencia del gerente general.

11 José Zurita Vicioso, "La responsabilidad de los administradores", *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 10 (septiembre 2015): 2, <https://doi.org/10.25115/ridj.v4i10.1822>.

12 Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo [Ley Reformatoria], R. O. Suplemento 269 de 15 de marzo de 2023.

13 Artículo 255, LC.

Se alude que el presidente ejerce funciones administrativas de manera interna, pero con un nombramiento legalmente celebrado e inscrito. Por lo que debe sujetarse a sus deberes, obligaciones y facultades al igual que el gestor que tiene la representación legal.

Además del administrador legal aparecen dos figuras adicionales. Los administradores de hecho y ocultos, a quienes se definirá en su concepto amplio. Ecuador reconoció a los administradores de hecho y ocultos a través de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación. El artículo innumerado denominado “responsabilidad del representante legal” explica que las personas naturales o jurídicas que, sin ostentar la representación legal de la empresa, se inmiscuyan en actividades de gestión, administración o dirección de la sociedad o que asumieran la calidad de administradores sin serlo legalmente incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los representantes legalmente designados.<sup>14</sup>

Cuando esta ley se refiere a la persona, natural o jurídica, que sin tener la representación legal de la compañía se involucra en labores de administración alude a administradores de hecho. Esto apunta principalmente a aquellos que sin un debido nombramiento ejercen la gestión interna y externa de la sociedad.<sup>15</sup> Su característica fundamental responde a la irregularidad que tiene al desempeñar actos de administración y gestión sin poseer las formalidades exigidas por ley para el efecto.<sup>16</sup> Estos actos tienden a generar una afectación en la compañía de manera interna o como representante legal en actos con terceros. Como explica Juste Mencía, administrador de hecho es aquel sujeto que ostenta, en la práctica, el poder decisorio de la sociedad que ha otorgado la administración a un órgano distinto.<sup>17</sup> Su calidad de hecho radica en una atribución a la persona que, sin estar dotada de facultades derivadas del estatuto social, se inmiscuye en actividades de administración con total independencia, habitualidad y regularidad.<sup>18</sup>

Para un mejor entendimiento, Ávila de la Torre explica la figura del administrador de hecho como aquella persona que, en la realidad del tráfico mercantil, desempeña funciones de administrador sin nombramiento,<sup>19</sup> esto es, frente a terceros que ejecutan actos con la compañía. Prendes ha considerado a este tipo de administrador como aquel administrador que, sin serlo o con cargo caducado, ejerce la gestión empresarial o aquel que actúa a través de otra

14 Artículo innumerado denominado Responsabilidad del representante legal, Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, R. O. Suplemento 151, de 28 de febrero de 2020, reformado por última vez R. O. de 16 de mayo de 2023.

15 José Luis Díaz Echegaray, *El administrador de hecho de las sociedades* (Pamplona: Arazandi, 2002), 70.

16 Esteban Astarloa, “Concepto unívoco de administrador de hecho en derecho penal y derecho societario”, *Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 1 (2011): 60-7.

17 Javier Juste Mencía, “En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 14 (2000): 425.

18 Alain Couret, y Paul Le Cannu, *Société par Action Simplifiée* (Paris: GLN Joly éditions, 1994), 189.

19 Alfredo Ávila de la Torre, *La responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad anónima* (Madrid: Tecnos, 1997): 24.

persona que asume realmente la administración de la sociedad, ya sea de forma interna o externa.<sup>20</sup> Rafael Lara los define de forma similar, definiéndolo como aquel administrador cuyo cargo se encuentra viciado, por ejemplo, por nulidad del acuerdo de nombramiento o su falta de inscripción dependiendo de la legislación. Esto puede ser causado por nulidad del nombramiento.<sup>21</sup>

Por otro lado, aparecen los administradores ocultos. A pesar de que, en sentido estricto, tanto el administrador de hecho como el oculto pueden ser calificados como de hecho (uno de ellos como notorio y el otro como oculto), estos poseen una diferencia sustancial que deviene de su conceptualización.<sup>22</sup>

El artículo mencionado de la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación también se refiere a los administradores ocultos. Las personas que se inmiscuyen en actividades administrativas son interpretadas como administradores ocultos. Estos son mencionados por el sistema anglosajón como *shadow director*.<sup>23</sup> Se define como aquella persona que, tras bambalinas, dirige al administrador, quien acata sus instrucciones influyendo en las acciones de la compañía y su dirección.<sup>24</sup> Para Isabel Rodríguez, en el administrador oculto concurren dos circunstancias: la primera, que exista un sujeto que dirija las actuaciones de los administradores de la sociedad; la segunda, que estos acaten sus instrucciones.<sup>25</sup>

En los administradores ocultos, a diferencia de lo que ocurre en los actos realizados por órganos de gestión de hecho, no se discute un problema de representación. Por el contrario, se los describe como un problema de responsabilidad sobre quién decide realmente.<sup>26</sup> Un administrador oculto es quien actúa bajo las sombras, ejerciendo una dirección de la compañía de forma anónima, escondiendo sus actuaciones en el nombre de quien por nombramiento funge como administrador legal.

Es necesario destacar que los actos o contratos ejecutados por los administradores de hecho y ocultos tienen la capacidad de obligar a la compañía, incluso frente a terceros, a menos que se haya conocido sobre la falta de legitimidad del administrador con quien se celebró el acto o contrato.<sup>27</sup> De ahí su importancia por la influencia en la compañía y la necesidad de poseer

20 Daniel Prades Cutillas, *Los administradores en la sociedad de responsabilidad limitada* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 431.

21 Corujo Borja Suárez et al., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (Valencia: Tirant lo Blanch), 53.

22 Ibid.

23 María Mónica Pino Solano, Víctor Manuel Armero Osorio, y Camilo Cubilos Garcón, “El administrador de hecho — SAS— frente al director oculto”, *Revista e-mercatoria* 9, n.º 1 (2010): 168.

24 Juana Pulgar Ezquerro, *Responsabilidad de las entidades financieras por concesión abusiva de crédito en derecho español* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2010): 141-9.

25 Isabel Rodríguez Díaz, “El administrador oculto”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 35 (2015): 26.

26 Borja Suárez et al., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 58.

27 Artículo 272.8, LC

mecanismos claros para frenar cualquier acto lesivo ejercido por estas autoridades administrativas.

El artículo innumerado mencionado en este punto establece como obligación de estos administradores cumplir los mismos deberes y tener las mismas responsabilidades que tendría un administrador legal. La Ley Reformativa amplió este concepto, aceptando que estos “administradores” pueden ser sujetos pasivos de una acción social de responsabilidad cuando sus actuaciones han ido en contra de los deberes que un administrador está obligado a cumplir y se explicarán en el siguiente punto.

## 2.2. DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES

En el derecho societario, uno de los problemas de agencia más relevantes es aquel que deviene de los conflictos entre accionistas controladores y no controladores de una compañía. Sin embargo, no son los únicos relevantes.<sup>28</sup> En aquellas compañías en las que su capital concentrado produce la existencia de un accionista de control, resulta normal que por su posición se inmiscuya en la gestión de la compañía. Estos accionistas adoptan una posición más participativa en puestos de administración. Los conflictos de intereses entre accionistas controladores y no controladores resultan usuales debido a que su inferencia en la administración toma significancia.<sup>29</sup>

Aun así, los accionistas poseen formas de garantizar una correcta gestión de los administradores y así mitigar la aparición de problemas de agencia, ya sea con otros accionistas o con los mismos administradores. Los órganos de administración deben obedecer disposiciones emanadas del estatuto de la sociedad mercantil, así como aquellas que desprende la ley y la junta de accionistas. En ese sentido, la LC establece la obligatoriedad de cumplir deberes fiduciarios, en especial de debida diligencia y lealtad.

Un administrador debe emplear en el desarrollo de su gestión un deber de debida diligencia. Su administración debe ser razonable y prudente. No puede arriesgar más de lo razonable sin una previa evaluación y planificación, como lo hace un ordenado empresario.<sup>30</sup> El deber de diligencia, según María de los Ángeles Berrocal, propone al administrador un deber de autoinformación de los hechos relevantes del negocio. Esto recae en un equilibrio entre la rapidez y seguridad de las decisiones y una eficiencia en la gestión administrativa.<sup>31</sup>

28 John Armour et al., “What is Corporate Law”, en *The Anatomy of Corporate Law*, ed. Sofie Cools y Gen Goto (Oxford: Oxford University Press, 2017), 5.

29 *Ibid.*, 6.

30 José Díaz, *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (Pamplona: Aranzandi, 2006), 127.

31 María de los Ángeles Berrocal Mora, “Los mecanismos de corrección de los conflictos de interés de los administradores societarios”, *Revista e-mercatoria* 16, n.º 1 (enero 2017): 85.

Con la intención de controlar la actuación de los administradores, en su artículo 262, la LC establece como obligación de estos desempeñar el cargo de gestión con el nivel de exigencia de un ordenado empresario o representante leal.<sup>32</sup> Esto teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos, constituyendo el deber de debida diligencia de los administradores.<sup>33</sup>

Para medir el estándar aplicable del deber de diligencia, Ecuador reconoce la regla de discrecionalidad, principio por el cual se determina el cumplimiento del deber de debida diligencia. De esta forma se establece que las decisiones que tome el administrador deberán ser aquellas que tomaría un ordenado empresario, es decir, deben ser tomadas con información suficiente, de manera objetiva y razonable.<sup>34</sup>

El deber de lealtad, por el contrario, establece la obligatoriedad a los administradores de desempeñar sus funciones con honestidad y rectitud. Asimismo, estos defenderán el interés social o común de la compañía anteponiendo cualquier situación al beneficio de la compañía y no de sus accionistas.<sup>35</sup> El deber de lealtad se construye desde una forma de precautelar conflictos de intereses.

La LC determina que los administradores deben actuar con la lealtad de un fiel representante, obligado a realizar actos de buena fe y en el mejor interés de la compañía. La legislación también obliga al administrador a abstenerse de escenarios de conflicto de interés, a no incurrir en prácticas de autocontratación o celebrar contratos con partes relacionadas fuera de las condiciones normales del mercado, entre otras.<sup>36</sup>

En cuanto a la mitigación de problemas de agencia entre accionistas o socios controladores y no controladores, la legislación ha previsto mecanismos que protegen a los minoritarios brindándoles herramientas para que denuncien hechos que atenten contra la correcta administración de la compañía.

Esto se refiere a la implementación en la Ley Reformativa. Esta norma faculta a cualquier accionista, sin importar su porcentaje de participación en el capital social de la compañía, a entablar acciones de responsabilidad cuando estas se fundamenten en la infracción del deber de lealtad, sin necesidad de someter la decisión a la junta general. Sin embargo, esto constituye un error, pues, a pesar de la buena intención de legislador, propicia conflictos de agencia.

32 Toña, "Los deberes de los administradores de sociedades de capital en situaciones de crisis económica", 247-63.

33 Artículo 262, LC.

34 Id.

35 Id.

36 Artículo 262.1, LC.

### 3. ACCIONES SOCIALES DE RESPONSABILIDAD: EVOLUCIÓN DE ESTA HERRAMIENTA A BASE DE LA LEY REFORMATORIA A LA LEY DE COMPAÑÍAS

Una vez definidos los conceptos en su forma más general, que sirven como base para analizar el problema jurídico planteado, surgen dos preguntas. La primera, cuando un administrador incumple sus deberes fiduciarios se puede entablar en su contra una acción social de responsabilidad, ¿es posible entablar este tipo de acciones a administradores ocultos o de hecho que hayan incumplido sus deberes fiduciarios?

La segunda, la Ley Reformativa abre la posibilidad a accionistas minoritarios ejercer acciones de responsabilidad sin tener la aprobación de la junta cuando se trata del incumplimiento del deber de lealtad. ¿Esta implementación es acertada?

Para desarrollar ambos cuestionamientos, a continuación, se conceptualizará la acción social de responsabilidad en la legislación ecuatoriana para luego analizar su aplicabilidad.

#### 3.1. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD

##### 3.1.1. CONCEPTO Y APLICABILIDAD

Usualmente, los órganos de administración de las compañías no responden por los actos que realizan en ejercicio de sus funciones como administradores. Sin embargo, cuando esta conducta, de forma negligente, produce un perjuicio a la sociedad es posible que estos posean responsabilidad.<sup>37</sup> Esta responsabilidad puede ser demandada por los accionistas de una compañía entablando una acción social de responsabilidad.

La acción social de responsabilidad responde a un mecanismo que poseen los socios o accionistas de una compañía. Su beneficio responde a la remoción de aquel administrador que haya incumplido sus deberes fiduciarios, generando un perjuicio a la compañía, determinando su responsabilidad y, de ser el caso, una indemnización. La acción social de responsabilidad se dirige como una herramienta de defensa y protección al patrimonio de la sociedad ante los daños ocasionados por aquellos actos u omisiones de administradores que contrarían sus deberes fiduciarios.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Aldrich, "El ejercicio de la acción social de responsabilidad en la quiebra de la sociedad", 3.

<sup>38</sup> Borja Suárez et al., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 68.

Respecto a la procedibilidad de esta acción en la legislación ecuatoriana, la LC en su artículo 272 establece la posibilidad de entablar acciones de responsabilidad contra cualquier órgano de administración.<sup>39</sup> El ejercicio de esta acción deberá ser aprobado por la junta de accionistas. Su conocimiento no deberá estar previamente anunciado en el orden del día para no conmocionar el área empresarial y financiera de la compañía, de ahí la necesidad de que tal decisión sea guardada.<sup>40</sup> Esto debido a que la negligencia del administrador puede ser determinada, en algunos casos, en dicho momento por la junta al revisar actos que el administrador haya realizado y que deben ser puestos a consideración de la junta.<sup>41</sup>

Como consecuencia, la legislación también prevé que, una vez que se decida entablar esta acción, el administrador quedará cesado de sus funciones y la compañía deberá designar a la persona que demandará al administrador, determinándose así la legitimación activa de la acción.<sup>42</sup> Se entiende que la finalidad protectora del patrimonio social de la compañía conlleva a que el ejercicio de la acción social de responsabilidad sea plural y se atribuye a la sociedad por medio de la designación de una persona encargada de entablar dicha acción.<sup>43</sup>

Aun así, si existe una infracción al deber de diligencia y la persona que ha sido designada por la junta de accionistas no entabla la demanda, cualquier accionista tendrá la legitimación activa para entablar una demanda de acción de responsabilidad en contra del administrador.<sup>44</sup> Esto sin duda representa una forma de mitigar problemas de agencia entre socios o accionistas mayoritarios y minoritarios.

Se desarrolla que la Ley Reformativa otorga una poderosa herramienta a los accionistas minoritarios. Si la actuación del administrador trata de una acción u omisión que infrinja el deber de lealtad que este tiene, cualquier accionista puede entablar una acción social de responsabilidad de manera directa sin contar con la autorización de la junta.<sup>45</sup> A simple vista, esto también beneficia a una correcta igualdad de condiciones entre socios controladores y no controladores. Sin embargo, promueve la existencia de problemas de agencia.

Por último, sobre su procedibilidad, el juez competente para conocer la acción social de responsabilidad, según el artículo 272.2 de la LC, será el juez de lo civil del domicilio principal del administrador. El procedimiento se sustanciará

39 Artículo 272, LC.

40 Roberto Salgado Valdez, *Comentarios de derecho societario a la Ley de Modernización a la Ley de Compañías* (Quito: Ediciones Legales, 2023), 259.

41 Ibid.

42 Artículo 272, LC.

43 Borja Suárez et al., *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 87.

44 Artículo 272, LC.

45 Id.

por vía sumaria. Asimismo, la ley prevé que el tiempo de prescripción de la acción social de responsabilidad es de cinco años desde el momento en que la acción pudo haber sido ejercida.<sup>46</sup>

### 3.1.2. ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD: AVANCE EN EL DERECHO SOCIETARIO ECUATORIANO

La Ley Reformativa trae consigo dos temas sustanciales respecto a la acción social de responsabilidad. En primer lugar, se menciona la falta de aprobación de la junta. Por regla general, para entablar una acción social de responsabilidad se requiere de la aprobación de los accionistas. Sin embargo, ahora se establece una excepción.

Los accionistas, sin importar su porcentaje en el capital social de la compañía, pueden ejercer de manera directa una acción social de responsabilidad, prescindiendo de la aprobación de la junta general. Esto siempre que la infracción del administrador se fundamente en un incumplimiento al deber de lealtad.<sup>47</sup>

Esta reforma es adecuada en tanto que busca dotar de herramientas a accionistas minoritarios para que su intención de mantener el buen gobierno corporativo no sea zanjada. Sin embargo, esto tan solo propicia mayor posibilidad de desencadenar problemas de agencia entre socios controladores y no controladores.

En el caso de plantear una acción social de responsabilidad, el artículo 272 de la LC prevé que esta será posterior a su autorización por la junta. Es lógico, y por ello la ley no habla al respecto, que esta decisión requiere de mayoría. Esta mayoría, por elemental concordancia, contiene aquella voluntad de la minoría.<sup>48</sup> No obstante, la posibilidad de entablar esta acción sin necesidad de aprobación de la junta correspondería a los supuestos en los que la mayoría no apruebe la acción, pero sí la minoría.

Aun así, la herramienta es efectiva pero limitada. La limitación responde a que esta facultad solo procede cuando se pretenda entablar la acción social de responsabilidad por incumplimiento de deberes de lealtad, según la Ley Reformativa. ¿Por qué no incluir la herramienta al deber de debida diligencia?

Por otro lado, el hecho de que un socio minoritario tenga la facultad de, por sí solo, establecer una acción social de responsabilidad le atribuye la representación de la compañía para el ejercicio de dicha acción. Puede caber el supuesto que una simple minoría, sin previo conocimiento o sustento, entable una

<sup>46</sup> Id.

<sup>47</sup> Salgado Valdez, *Comentarios de derecho societario a la Ley de Modernización a la Ley de Compañías*, 260.

<sup>48</sup> *Ibid.*, 262.

acción en forma de chantaje o mal utilizando esta posibilidad que le da la ley.<sup>49</sup> Esto, sin duda, puede precipitar problemas con los socios mayoritarios.

Como segundo tema ante la Ley Reformativa surge esta interrogante: ¿cabe plantear una acción social de responsabilidad frente a administradores de hecho u ocultos que han infringido su deber de lealtad y debida diligencia? La LC no contenía disposición al respecto. Aunque con una interpretación basada en la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación se puede considerar esta opción, la Ley Reformativa aclara la posibilidad. Esta, en los artículos pertinentes a estas acciones, se limita a hacer alusión a los administradores, sin distinguirlos.

La Ley Reformativa a la Ley de Compañías, publicada en el Registro Oficial Suplemento n.º 269 del 15 de marzo de 2023, en su artículo 76, sustituye al artículo 272.2 de la LC y menciona, sobre el plazo de prescripción, que las acciones relativas a la responsabilidad de administradores de hecho u ocultos prescriben en cinco años.<sup>50</sup>

El mismo artículo 76, sustituyendo el artículo 272.8, extiende los artículos que rigen a las sociedades por acciones simplificadas relativos a la responsabilidad de los administradores de hecho y ocultos al ámbito de las sociedades anónimas y, por remisión, para las compañías de responsabilidad limitada.<sup>51</sup> El mismo artículo en su último párrafo determina que los administradores de hecho y ocultos únicamente podrán ser declarados como tales a través de sentencia judicial o mediante laudo arbitral.

Esta reforma representa un avance legislativo de gran relevancia para el derecho societario ecuatoriano, que ha venido actualizándose en los últimos años, por ejemplo, con la conceptualización de la representación oculta y de hecho en la Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación. Sin embargo, la adopción expresa de la doctrina de los administradores de hecho y ocultos en la legislación ecuatoriana conlleva extender la responsabilidad a estos administradores y sus consecuencias ante incumplimientos en sus deberes.<sup>52</sup> Muchas legislaciones, como la francesa, ya han extendido mecanismos para reconocer la responsabilidad a estos tipos de administradores.<sup>53</sup>

Esto significa generar mayor seguridad para precautelar los beneficios de la compañía. Al existir el incentivo de abstenerse de incumplir deberes fiduciarios, administradores de hecho u ocultos se limitarán a actuar bajo los comportamientos ordenados en la ley y los estatutos.

49 Ibid., 263.

50 Artículo 76, Ley Reformativa.

51 Id.

52 John Armour, Gerard Hertig, y Hideki Kanda, "Transactions with Creditors", en *The Anatomy of Corporate Law*, ed. Sofie Cools y Gen Goto (Oxford: Oxford University Press, 2017), 132.

53 Ibid., 114.

Incluso, en el caso en que una acción social de responsabilidad no prospere, la LC posee formas de precautelar los derechos de la compañía cuando hayan sido afectados por actuaciones negligentes de administradores ocultos y de hecho. El artículo 272.8 de la ley en cuestión establece que la sociedad puede ejercer también acciones de repetición contra estos administradores cuando hayan ejecutado cualquier acto o contrato en nombre y representación de la empresa.<sup>54</sup>

En conclusión, existen poderosos mecanismos para precautelar los intereses de la compañía cuando actos administrativos pongan en riesgo su marcha operacional. De esto se destaca la intención de un legislador preocupado por mantener a este sujeto de imputación diferenciado indemne de situaciones riesgosas.

#### **4. ¿QUÉ PUDIERA OCURRIR EN LA PRÁCTICA CON LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD A ADMINISTRADORES DE HECHO U OCULTOS?**

A pesar de lo innovador de reconocer la responsabilidad de administradores de hecho y ocultos, al ser una figura relativamente nueva, se presentan ciertos inconvenientes prácticos. Esta sección tiene como objetivo presentar al lector una serie de problemas que pueden generar amargos retrasos en la sustanciación de una acción de responsabilidad.

##### **4.1. ¿PUEDO ACUDIR A ARBITRAJE? EL ARBITRAJE COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN DE LA ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD**

El convenio arbitral es un negocio jurídico bilateral que, necesariamente, requiere la confluencia de la manifestación de voluntad de ambas partes.<sup>55</sup> El consentimiento de las partes de dirimir sus conflictos en sede arbitral, renunciando a la justicia ordinaria, constituye un requisito *sine qua non*. Este acto, como menciona Vidal Ramírez, puede ser incluso plurilateral. Un claro ejemplo de ello es cuando en el acto constitutivo de una persona jurídica se incorpora un convenio arbitral por decisión de asamblea.<sup>56</sup>

El arbitraje societario se constituye a través de la incorporación de una cláusula compromisoria en el estatuto de una compañía. Por medio de este, todos los conflictos societarios, por pacto estatutario, se derivan a un proceso de arbitraje.<sup>57</sup> El convenio arbitral, dependiendo de su alcance, puede vincular a la sociedad, fiscalizadores, socios o administradores.<sup>58</sup>

<sup>54</sup> Artículo 272.8, LC.

<sup>55</sup> Fernando Vidal Ramírez, "El convenio arbitral", *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n.º 56 (2002), <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200301.013>: 571.

<sup>56</sup> Diego Thomás Castagnino "Arbitraje societario: Aprendizajes del derecho comparado y formulación de propuestas para su aplicación en el foro venezolano", *Revista Jurídica AVANI*, n.º 2 (2021): 52.

<sup>57</sup> *Ibid.*

<sup>58</sup> *Ibid.*

El caso que se plantea en este estudio corresponde a diferencias entre administradores y socios o, más específicamente, la sociedad mercantil como centro de imputación diferenciado. Aquellos conflictos derivados del incumplimiento de los deberes fiduciarios de los órganos de administración son susceptibles de someterse a la resolución de un tribunal arbitral en cuanto son transigibles.<sup>59</sup>

Sobre aquellas disputas capaces de ser resueltas en instancia arbitral, Carmigniani, Cepeda y Muriel —tomando como referencia la Comisión para el Estudio del Arbitraje Societario del Club Español de Arbitraje en su *Informe sobre el Arbitraje Societario en España*— mencionan a los conflictos de responsabilidad de los administradores como capaces de ser sometidos a arbitraje, en razón de su naturaleza transigible.<sup>60</sup> Las disputas con administradores que pueden surgir en el mundo intrasocietario son de naturaleza transigible, incluyendo los problemas relacionados con deberes y obligaciones de los administradores que son innegablemente dispositivos.<sup>61</sup>

Ahora que es claro que los conflictos societarios concernientes a dilemas con administradores pueden resolverse mediante procesos arbitrales, ¿cómo se manifiesta su voluntad para someterse a este mecanismo de solución de conflictos alternativo a la justicia ordinaria? El artículo innumerado denominado resolución de conflictos societarios de la LC establece que, en lo que respecta a administradores, se debe incluir la cláusula arbitral en el nombramiento del órgano de administración. Queda en su potestad aceptar el nombramiento; caso contrario, no quedan obligados por el convenio arbitral.

Pero esto es un error. Aunque estos no forman —necesariamente— parte del estatuto de la sociedad, solo basta que acepten su designación.<sup>62</sup> Esto se justifica en que, a su designación, los órganos de administración adquieren una serie de derechos y obligaciones que emanan del acto constitutivo. Por tanto, siguiendo el carácter normativo del estatuto para los administradores, estos quedan sujetos a la cláusula arbitral estatutaria. Sin embargo, esto no puede ser adecuadamente funcional. ¿Qué ocurriría en el supuesto de una reforma posterior a la aceptación del nombramiento de administrador? Este argumento se explica mejor con un ejemplo.

En enero de 2020, el administrador de determinada compañía acepta su nombramiento como gerente general, sujetándose a las disposiciones de la junta de accionistas, el estatuto social y la ley. Su período estatutario es de cinco años. Pero, en 2022, los accionistas deciden reformar el estatuto incluyendo

59 Artículo 5, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R. O. 417 de 14 de diciembre de 2006, reformado por última vez en R. O. de 21 de agosto de 2018.

60 Eduardo Carmigniani, Carla Cepeda, y Bernarda Muriel, "Arbitraje estatutario en Ecuador: Recientes reformas legislativas con errores de bulto", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 12 (2021): 209, 10.36649/rea1207.

61 Ibid.

62 Ibid.

una cláusula compromisoria. ¿Se entiende que el administrador queda sujeto al convenio arbitral?

Es imprescindible, entonces, que la voluntad del administrador se encuentre zanjada, del mismo modo, a aquellas reformas estatutarias. Asimismo, por seguridad y para evitar acciones inconstitucionales —como que el administrador sea obligado a renunciar a su juez natural por una reforma al estatuto cuando este se había obligado al anterior documento estatutario— es imprescindible que estos aspectos sean mencionados en los nombramientos administrativos.

De todas maneras, la competencia para conocer una acción social de responsabilidad se extiende a los árbitros en concordancia con la cláusula compromisoria pactada, ya sea por los accionistas en el estatuto de la compañía y sus reformas o en el nombramiento del administrador. Al ya no haber silencio sobre la posibilidad de entablar esta acción a administradores de hecho u ocultos, podrían aparecer dificultades derivadas de la manifestación de voluntad de estos para acudir a arbitraje por el incumplimiento de sus deberes fiduciarios.

En el caso que concierne a los administradores de hecho se debe tomar en cuenta que este ente administrativo se basa en actuar y ejecutar actos sin tener un nombramiento legalmente vigente. Esto puede darse porque su nombramiento se encuentra caducado o porque no cuenta con las solemnidades exigidas por ley. Así, es importante analizar la naturaleza de su relación jurídica con la compañía para verificar si estos están sujetos a un convenio arbitral estatutario.

En aquellos casos en los que el administrador ejerce su cargo de representación con un nombramiento que no cuente con las solemnidades que prevé la ley, es decir, con su inscripción en los registros correspondientes, se está frente a un administrador de hecho. ¿Cuál es el efecto de la falta de inscripción de un nombramiento de administrador?

El artículo 13 de la LC expresa la necesidad de inscribir el nombramiento del administrador designado en los registros correspondientes. Asimismo, establece la fecha de inscripción como fecha de inicio de funciones del administrador y que la falta de inscripción no puede oponerse a terceros por quien hubiere obrado en calidad de administrador.<sup>63</sup>

De la lectura del artículo citado parece que esta solemnidad de inscripción del nombramiento de administrador responde, como propósito, a dar publicidad al acto.<sup>64</sup> El artículo 290 del CCo determina que serán inoponibles a terceros los efectos de un acto jurídico cuando se haya celebrado sin cumplir con los

<sup>63</sup> Artículo 13, LC.

<sup>64</sup> Luis Parraguez, *El régimen jurídico del contrato* (Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2021), 551.

requisitos de publicidad que la ley exija.<sup>65</sup> El mismo cuerpo normativo, en su artículo 26, establece que, mientras un acto que deba inscribirse en el Registro Mercantil no sea inscrito, no podrá oponerse frente a terceros.

En conclusión, el registro representa un medio para que las personas que no intervienen en el negocio tengan conocimiento de su celebración y efectos. La falta de este requisito no afecta la validez del negocio, tan solo lo vuelve inoponible.<sup>66</sup> Si el nombramiento de un órgano de administración o el estatuto de la compañía contienen un convenio arbitral, la voluntad inequívoca de las partes le da plena validez al convenio arbitral.<sup>67</sup> La falta de inscripción del nombramiento de administrador no afecta dicha manifestación de voluntad.

Incluso, en el supuesto de considerar que la falta de inscripción del nombramiento deriva en una causa de nulidad del acto jurídico, este efecto jurídico no llega a afectar a la cláusula. En tanto, la nulidad de un contrato no conlleva a la nulidad del convenio arbitral.<sup>68</sup> La autonomía del convenio arbitral implica que no se afecta la validez de un convenio arbitral por haberse declarado nulo el contrato principal que lo contenía por motivos de legalidad.<sup>69</sup>

En este punto, ¿qué ocurre con el administrador cuyo plazo como órgano de administración ha caducado y que continúa administrando la compañía? Si precisamos la hipótesis de considerar la relación contractual de la empresa con el administrador como un mandato por sus características, es imprescindible analizar las causas de extinción de este según el CC. El artículo 2067 del CC establece, como forma de terminación del mandato, la expiración del término prefijado o el cumplimiento del mandato.<sup>70</sup> Volviendo al principio de autonomía de voluntad de la cláusula arbitral, Pierre Mayer opina que la terminación de un contrato no implica la muerte de la cláusula arbitral. Por la separación de estos, el convenio de resolución de conflictos sobrevive.<sup>71</sup>

A pesar de que es una discusión interesante, pierdo asidero en este trabajo. Este supuesto se atañe a la situación que el administrador continúa ejerciendo sus obligaciones como órgano administrador y representando a la sociedad, además de la discutible y posible errónea interpretación de considerar al administrador como mandante.

65 Artículo 290, Código de Comercio [CCo], R. O. Suplemento 497, de 29 de mayo de 2019, reformado por última vez en R. O. de 07 de febrero de 2023.

66 Parraguez, *El régimen jurídico del contrato*, 551.

67 Carmen Noriega Linares, "La existencia de la cláusula arbitral y la voluntad de las partes", *Cuadernos de Derecho Transnacional* 13, n.º 1 (marzo 2021): 998, <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6008>.

68 Artículo 5, LAM.

69 Daniel E. Vielleville, "Nulidad de contrato y nulidad de cláusula compromisoria", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Montevideo* 9 (2010): 94.

70 Artículo 2067, CC.

71 Pierre Mayer, "Les limites de la séparabilité de la clause compromissorie", *Revue de L'arbitrage*, n.º 2 (1998): 363.

Pese a esto, la LC determina que el administrador cuyo nombramiento está inscrito, aunque concluido el plazo para el que fue designado, continúa en el desempeño de sus funciones.<sup>72</sup> Se entiende entonces, que, aunque concluido el plazo de su nombramiento, el administrador que sigue ejerciendo acciones en control y representación de la compañía, sigue ciñéndose a los términos previstos en la ley y el estatuto. Si estos tienen cláusula arbitral, su manifestación de renunciar a la justicia ordinaria sigue intacta. En este sentido, todos los supuestos conducen a plantear una acción social de responsabilidad contra un administrador de hecho.

Sobre el administrador oculto es otro cantar. Este ha actuado tras bambalinas. No ha manifestado su voluntad de someterse a la resolución de un tribunal arbitral ante cualquier disputa. Tampoco posee un nombramiento ni tiene sinergia alguna con el estatuto social. Tan solo mediante instrucciones ejecutadas por un tercero dirige la compañía.

Sin embargo, es notable que dichas instrucciones tienen una implicancia en los actos que realice el administrador legal, a tal punto que este, quizás por cuenta propia o bajo algún supuesto de fuerza, ejecuta dichas acciones. ¿Es posible, en esos casos, someter a este administrador oculto que en sus instrucciones u órdenes ha incumplido deberes fiduciarios ante un tribunal arbitral?

La salida quizá más idónea es extender los efectos del convenio arbitral suscrito entre el administrador legal y la compañía, ya sea en el estatuto social o el nombramiento. Esto siempre que exista una cláusula arbitral para dirimir los conflictos societarios y el administrador legal esté sujeto a dicha cláusula.

Por tanto, el hecho de no haber firmado un negocio jurídico no excluye a esta parte de los efectos que de este se generen.<sup>73</sup> Se debe verificar caso por caso, determinando quién se encuentra en el centro del interés del contrato que se haya celebrado.<sup>74</sup> Como bien refiere Bullard, el arbitraje es una fiesta particular, así como se puede invitar a quien no ha recibido una tarjeta de invitación, se pueden extender los efectos de un convenio arbitral a partes no signatarias dependiendo de criterios determinados en la ley y en laudos.<sup>75</sup>

El Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación determina que los efectos del convenio arbitral alcanzan a terceros no signatarios. Estos son aquellos cuyo consentimiento se deriva de preceptos de buena fe, de participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución y terminación del negocio jurídico que comprende el convenio al que esté relacionado.<sup>76</sup>

72 Artículo 13, LC.

73 Hugo García Larriva, "Partes no signatarias del convenio arbitral: Entre la realidad jurídica económica y la ficción jurídica", *Revista Jurídica Iuris Dictio* 13, n.º 15 (2013): 175, <https://doi.org/10.18272/iu.v13i15.721>.

74 *Ibid.*, 176.

75 Alfredo Bullard Gonzáles, "¿Y quiénes están invitados a la fiesta? Incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley peruana de Arbitraje", *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* 2, n.º 2 (2011): 22.

76 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, Decreto Ejecutivo 165, Presidencia de la República [Por medio del cual se

Un administrador oculto, al inmiscuirse en la celebración de actos de gestión administrativos, podría tratar de encuadrar su actuar en una participación activa en la ejecución de funciones administrativas. En tal razón, al ser una pieza fundamental por la cual el administrador legal toma decisiones, puede ser considerado como un tercero no signatario del convenio arbitral.

Hugo García analiza esta problemática. Cuando un no signatario utiliza a un signatario como simple vehículo para llevar a cabo relaciones mercantiles, es claro que los no signatarios son los verdaderos pretendientes de los intereses de aquellos actos.<sup>77</sup> Por tanto, es positiva la respuesta frente a si estas deben anclarse a la cláusula compromisoria como terceros activos en el negocio.<sup>78</sup>

La jurisprudencia extranjera, al referirse a la posibilidad de incluir a terceros que han tenido injerencia en contratos sin ser suscriptores, ha mencionado que estos deben ser incluidos en las cláusulas compromisorias. La Corte de Apelaciones de París en el caso *Société Ofer Brothers c. The Tokyo Marine and Fire Insurance Company Ltd.* Reconoció que los efectos de un convenio arbitral se extienden a las partes implicadas en la negociación, celebración y ejecución de negocios jurídicos en los que no son partes.<sup>79</sup>

Como conclusión se destaca la importancia de someter estas controversias a sede arbitral por la intromisión de los administradores ocultos en negocios jurídicos celebrados por administradores legales bajo sus instrucciones. En primer lugar, se evita la dificultad de sustanciar un procedimiento societario por medio de la justicia ordinaria en vista del sinnúmero de casos comerciales y civiles que poseen a su cargo los jueces de lo civil.<sup>80</sup> Además de la celeridad que proporciona el arbitraje, no se puede dejar de lado que los árbitros serían terceros especializados en el tema.<sup>81</sup>

## 4.2. ANTE UNA DEMANDA DE ACCIÓN SOCIAL DE RESPONSABILIDAD, ¿QUIÉN Y CÓMO DEBE PROBAR?

Se presenta también la apariencia de un segundo problema que deriva incluso antes de la vigencia de la Ley Reformativa. Este problema versa sobre la carga de la prueba y los medios de prueba idóneos para justificar la falta de aplicación de deberes fiduciarios. En lo que respecta a la carga de la prueba, el problema deriva en la consideración de aspectos relativos sobre a quién se

---

expide el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación], R. O. Suplemento de 26 de agosto de 2021.

77 García Larriva, "Partes no signatarias del convenio arbitral:", 96.

78 *Ibid.*, 98.

79 *Société Ofer Brothers c. The Tokyo Marine and Fire Insurance Company Ltd.*, Corte de Apelaciones de París, enero de 1989.

80 Mateo Landívar Chávez, "Implementación de un marco de *enforcement* societario en Ecuador", *USFQ Law Review* 9, n.º 1 (2022): 153, <https://doi.org/10.18272/ulr.v9i1.2586>.

81 *Ibid.*

le debe atribuir la actividad probatoria cuando los accionistas plantean una acción social de responsabilidad.

Para ello es imprescindible dirigir el análisis, en un primer momento, a lo preceptuado en el artículo 169 del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP).<sup>82</sup> El COGEP establece, como regla general, que corresponde al actor probar aquellos hechos que ha afirmado en el acto de proposición y que la parte contraria haya simplemente negado. Se reconocen también causas de inversión de la carga probatoria existentes en otros cuerpos legales, además de las previstas en la norma adjetiva para ciertas materias como familia y ambiental.

En el caso que ocupa el presente trabajo y siguiendo la regla general, correspondería a los socios o accionistas que entablen la acción social de responsabilidad contra el administrador demostrar que este ha incumplido sus deberes fiduciarios, acompañándose al acto de proposición aquellos medios de prueba pertinentes para probar lo alegado. Esto se correlaciona con la regla del puerto seguro, teoría adoptada en Alemania, tendiente a obligar a los demandantes a desvirtuar con la presunción de la conducta diligente de un administrador.<sup>83</sup> Esto porque se asume que las actuaciones realizadas por el administrador son ordenadas y leales a la compañía.

Sin embargo, aterrizando la idea en el caso de una acción contra el administrador por haber faltado al deber de debida diligencia, nos encontraríamos en el caso previsto en el artículo 1563 del CC que obliga a demostrar la diligencia a quien debe emplearla.<sup>84</sup> Esta disposición es lógica por cuanto quien se encuentra en capacidad de demostrar que su actuar ha sido diligente es el administrador, siendo además válido asignar la carga de la prueba en este caso al accionado. Estaríamos hablando de una inversión de la carga probatoria fuera del COGEP.

Por otro lado, la LC como norma especial contiene una regla respecto a la carga de la prueba. Esta corresponde a quien alega la responsabilidad del administrador, lo cual, en un primer momento, podría generar una apariencia de conflicto entre lo previsto en el CC y la LC por lo preceptuado en el último inciso de su artículo 262.<sup>85</sup>

En este artículo se prevé una inversión de la carga probatoria hacia el administrador al utilizar en el inciso cuarto la expresión “cuando el administrador

82 Artículo 169, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R. O. Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015, reformado por última vez en R. O. de 07 de febrero de 2023.

83 Cristina Guerrero Trevijano, *El deber de diligencia de los administradores en el gobierno de las sociedades de capital: La incorporación de los principios de la “business judgment rule” al ordenamiento español* (Madrid: Civitas, 2015), 68.

84 Artículo 1563, CC.

85 Artículo 262, LC.

hubiese demostrado”. Se genera entonces, en el administrador demandado, la carga probatoria de justificar que su decisión fue tomada de forma informada con insumos objetivos y razonables, con el fin de oponer en su favor la regla de discrecionalidad. Sin embargo, se debe considerar que dicha carga probatoria se aplica para desvirtuar la regla de discrecionalidad, mas no para dirimir una controversia sobre el deber de lealtad. Por tanto, resulta incompleta.

El problema encuentra su solución con la misma LC. Este cuerpo normativo establece la regla de la carga dinámica de la prueba. Su artículo 249.1 determina que, en procesos societarios, cada una de las partes se encuentra obligada a probar la existencia de los hechos aducidos en sus argumentaciones y defensas, en concordancia con el COGEP y sus reglas probatorias. Sin embargo, el juzgador que conoce un conflicto societario puede —a petición de parte— desplazar la carga de la prueba a quien se encuentre en mejor posición de probar según su cercanía material a los hechos y objeto de prueba.<sup>86</sup>

Estos conceptos se aplican, de igual manera, para los procesos societarios de acciones derivadas según el artículo 272.3 de la misma ley referente a la legitimación activa para entablar este tipo de acciones. Entonces se concluye que, en un aspecto práctico, este inconveniente deja de tener asidero al contar con las herramientas legales necesarias para la correcta sustanciación de este tipo de causas.

Una vez analizadas la jurisdicción y la competencia para conocer una acción social de responsabilidad y, por otro lado, quién tiene la obligación de probar el incumplimiento de deberes fiduciarios, aparece un tercer inconveniente práctico. Este se refiere a cuáles serían los medios de prueba idóneos para que socios o accionistas puedan demostrar que efectivamente un administrador de hecho u oculto posee responsabilidad por su falta de lealtad o debida diligencia en el caso que estos resulten obligados a probar sus argumentos.

Una vez iniciado un proceso contra un administrador de hecho, sea en sede judicial o arbitral, probar su falta de diligencia parece relativamente sencillo. Si este tuviese un nombramiento caducado o no inscrito, su continuidad en la gestión administrativa favorece la actividad probatoria. Su irregularidad no significa una problemática para encontrar medios probatorios útiles, conducentes y pertinentes.

El verdadero inconveniente deviene de los medios de prueba para acreditar la falta de cumplimiento de deberes fiduciarios a administradores ocultos. Como menciona Fernando Marín de Bárcena, cuando el administrador oculto se esconde tras el abrigo del administrador legal, resulta complejo probar, en juicio, su responsabilidad.<sup>87</sup>

<sup>86</sup> Artículo 249.1, LC.

<sup>87</sup> Fernando Marín de la Bárcena Garcimartín, “Acciones de responsabilidad de los administradores de sociedades de capital

Por esta razón, lo más lógico es que la prueba que se presente en contra de un administrador oculto, en palabras, deberá ser indiciaria. Determinar la responsabilidad de un administrador oculto por medio de prueba directa puede llevar complicaciones. La prueba indiciaria, presentada de forma correcta, puede ser tan eficaz como otros medios probatorios.<sup>88</sup> Incluso, como presenta Bullard, negar la prueba indiciaria como medio probatorio que brinde certeza equivaldría a negar nuestro conocimiento sobre indicios que conocemos del mundo.<sup>89</sup>

El indicio, a diferencia de lo que coloquialmente se cree, no es un mero indicativo. La prueba indiciaria es la existencia de hechos ciertos que indican una probabilidad de existencia de un hecho incierto.<sup>90</sup> Sin embargo, es necesario que estos indicios sean consistentes y relevantes para la teoría del caso. Determinar dicha probabilidad, por un medio porcentual, es análisis de otro trabajo.

Se mencionan los siguientes medios probatorios pertinentes, conducentes y útiles para probar la falta a los deberes fiduciarios de un administrador y se pueden explicar mejor con un ejemplo hipotético. Teófilo de los Palotes, administrador legal de la compañía XYZ S. A. S., ejerce sus facultades administrativas bajo instrucciones de Perico de los Troncos. El señor de los Troncos, aprovechando la influencia que tiene en el administrador, comete actos desleales.

La asamblea de accionistas, al darse cuenta de ello, decide entablar una acción social de responsabilidad en contra de Perico de los Troncos con la finalidad de que sea declarado como administrador oculto, desvincularlo de la sociedad y declarar su responsabilidad, además de solicitar una indemnización por los perjuicios que ha ocasionado. ¿Cómo pueden los accionistas, o su representante, probar esta falta a los deberes fiduciarios?

Podrían, en su acto de proposición, anunciar declaraciones testimoniales del personal de la sociedad con la finalidad de que en audiencia declaren sobre el rol de Perico de los Troncos en la empresa. También se destaca la importancia de la declaración del administrador legal, valorando su silencio en caso de que lo hubiera. Incluso podrían hablar con proveedores de bienes o servicios que hayan contratado con la compañía. Así se determinaría si Perico tuvo alguna injerencia en dichos negocios. También se podría solicitar acceso judicial a la prueba y determinar la participación de Perico y su poder frente a Teófilo mediante documentos, correos electrónicos o mensajes que no estén en poder de los accionistas.

---

en derecho inglés y norteamericano”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 16 (2001): 228.

88 Alfredo Bullard González, “Armando rompecabezas incompletos: El uso de la prueba indiciaria”, *Revista Derecho & Sociedad*, n.º 25 (2005): 228.

89 *Ibid.*

90 *Ibid.*

En definitiva, la forma de probar la responsabilidad de administradores ocultos dependerá de la creatividad del profesional en derecho que represente a la sociedad, además de los administradores legales y accionistas.

## 5. CONCLUSIONES

La inclusión de la posibilidad de entablar acciones sociales de responsabilidad a administradores de hecho u ocultos responde a una necesidad legislativa para procurar, en todo momento, precautelar los mejores intereses de la compañía. Además, que no se requiera la aprobación de la junta para presentar esta acción, en determinados casos, es un intento de mitigar problemas de agencia.

Este documento ha analizado, en términos generales, esta implementación haciendo un recuento de conceptos societarios fundamentales que conllevan al conocimiento de una acción en contra de administradores. La principal limitación ha sido, por la reciente inclusión del tema, el escaso desarrollo jurisprudencial. Sin embargo, esto fue suplido por una investigación doctrinal.

Del análisis se concluye que la aceptación de la existencia de administradores que posean irregularidades y no sean designados legalmente, así como de aquellos que actúan tras bambalinas, es un avance legislativo societario esencial. Sin duda estos pueden, a causa de su falta de nombramiento, actuar de manera perjudiciosa para el correcto desempeño de la sociedad generando pérdidas económicas y estructurales. Estos inconvenientes son causados por una administración que rompe los deberes fiduciarios establecidos en la ley y el estatuto social.

Por tal razón, era necesaria una Ley Reformatoria. Aun así, como todo avance normativo, por más necesario que resulte trae consigo una serie de desafíos.

En este texto se conceptualizaron y enumeraron tres temas prácticos a tomar en cuenta a la hora de plantear una acción social de responsabilidad a administradores de hecho y ocultos, aunque con seguridad los lectores encontrarán otras implicaciones distintas. El primero se refiere a la derivación a sede arbitral, con la que se demostró la factibilidad de acudir a un centro arbitral que administre la sustanciación de una acción social de responsabilidad frente a administradores de hecho y ocultos. El segundo, sobre la carga probatoria en estos procesos, analizó que, mediante una carga de prueba dinámica, ambas partes deben probar sus pretensiones, aunque por su cercanía al caso una de ellas puede ser obligada a probar. Por último, se indagó sobre los medios de prueba idóneos para probar la falta de diligencia y buena fe de los administradores determinando que una prueba indiciaria es, en sí, la mejor forma de probar la falta de diligencia y lealtad. También se analizó una crítica a esta

reforma. Esto en virtud que la libertad de un accionista de presentar por cuenta propia esta acción es arriesgado.

A pesar de ello, la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo garantiza, entre otras cuestiones, una protección a los socios y accionistas. Del mismo modo, mejora las prácticas de gobierno corporativo y moderniza el trato societario ecuatoriano acarreado una discusión académica relevante en aras de mejorar la situación legal económica del país. Reconocer a los administradores de hecho y ocultos como sujetos causantes de perjuicios a la compañía y, por tanto, precautelar los intereses de esta ficción jurídica mediante acciones judiciales es la clara muestra de ello. No hay duda de que Ecuador ha avanzado a pasos agigantados en lo referido a cuestiones societarias y es algo que se debe aplaudir.

A | G Almeida  
— | — Guzmán  
& | A Asociados

ESTUDIO JURÍDICO | LAW FIRM

Dirección: Whympier N27-70 y  
Orellana, Edificio Sassari, Piso 8  
Teléfonos: (593-2) 292-8115 /  
292-8148 / 292-8181

Email: [law@almeidaguzman.com](mailto:law@almeidaguzman.com)  
Web Site: [www.almeidaguzman.com](http://www.almeidaguzman.com)  
Quito D. M., Ecuador





ABOGADOS

**estamos con  
nuestros clientes**  
en todas las fases del conflicto.

**somos especialistas**  
en disputas cuya resolución  
requiere de un manejo  
minucioso y estratégico.

# Aplicación de las figuras de los administradores de hecho y ocultos en las compañías tradicionales ecuatorianas: sobre la necesidad de su regulación

## *Application of the roles of de facto and hidden administrators in traditional Ecuadorian companies: on the need for their regulation*

MATEO LANDÍVAR CHAVEZ\*

**Recibido / Received:** 09/02/2023

**Aceptado / Accepted:** 26/06/2023

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.2764>

**Citación:**

Landívar Chávez, M. “Aplicación de las figuras de los administradores de hecho y ocultos en las compañías tradicionales ecuatorianas: sobre la necesidad en su regulación”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, octubre de 2023, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.2764>

---

\* Pérez Bustamante & Ponce PBP, Abogado, Av. República de El Salvador N36-140, Edificio Mansión Blanca, Quito 170505, Pichincha, Ecuador. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, Ecuador. Correo electrónico: [mateolandivar06@gmail.com](mailto:mateolandivar06@gmail.com), [mlandivar@pblplaw.com](mailto:mlandivar@pblplaw.com). ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-7015-668X>

## RESUMEN

Este trabajo exploró las metodologías axiológica y deductiva para analizar la utilidad de la adopción de las figuras de administradores ocultos, o a la sombra, y de administradores de hecho. Si bien el escenario ecuatoriano actual las reconoce para todas las compañías mercantiles, la implementación es reciente ya que, anteriormente, eran reconocidas únicamente en el contexto de las sociedades por acciones simplificadas. Su regulación ha proporcionado mayor seguridad jurídica para socios, accionistas y demás personas relacionadas con una compañía. De acuerdo con esta investigación, el reconocimiento de estas figuras en las compañías tradicionales permite mitigar el problema de agencia que se evidencia con mayor frecuencia en Ecuador y Latinoamérica: aquel conflicto entre socios controladores y no controladores. Para contextualizar a estas figuras se utilizaron como referencia las definiciones encontradas en decisiones jurisprudenciales del Reino Unido, así como legislaciones de la Unión Europea y ejemplos más cercanos como Colombia. El análisis concluyó que la implementación de estas figuras es, en efecto, sumamente valiosa.

## PALABRAS CLAVE

Derecho societario; administradores; agencia oficiosa; simulación; problemas de agencia

## ABSTRACT

*This paper explored axiological and deductive methodologies to analyze the usefulness of adopting the figures of de facto and shadow directors. Although the current Ecuadorian scenario recognizes them for all companies, its implementation is recent since, previously, they were only recognized in the context of the simplified corporations. Its regulation has provided greater legal certainty for shareholders and other actors related to a company. Therefore, according to this research, the recognition of these figures in traditional companies makes it possible to mitigate the most frequent agency problem that Ecuador and Latin America must address: the conflict of interest between controlling and non-controlling shareholders. The definitions provided by jurisprudential decisions of the United Kingdom, legislation of the European Union and closer examples such as Colombia, were used as a reference to put both figures in context. The analysis concludes that the implementation of these figures is, in fact, extremely valuable.*

## KEYWORDS

*Corporate law; directors; officious agency; simulation; agency problems*

## 1. INTRODUCCIÓN

Los administradores de hecho, o *de facto*, y los administradores ocultos, o a la sombra, son clasificaciones que se encuentran claramente reconocidas en los ordenamientos jurídicos de varios países. Ambas figuras permiten responsabilizar a los individuos que actúan en una compañía como administradores sin haber sido legalmente designados como tales.<sup>1</sup> En este trabajo se presentarán diversas definiciones sobre estas figuras de acuerdo con distintas legislaciones y autores, preámbulo que permitirá determinar si ha sido o no útil adoptar tales clasificaciones en Ecuador.

Los administradores de hecho y ocultos son aquellas personas que no ostentan la calidad de administradores legalmente designados por parte de una compañía.<sup>2</sup> Adicionalmente, en ambos escenarios existe una pérdida de autonomía en la gestión de los administradores legalmente designados.<sup>3</sup> Cuando se verifique la existencia de un perjuicio o la comisión de hechos dañosos en desmedro de la compañía, estos administradores incurrirán en las mismas responsabilidades y se verán en la obligación de asumir las mismas sanciones que, acorde a la Ley de Compañías, se aplicarían en los administradores *de iure* o de derecho.<sup>4</sup>

En los siguientes párrafos se podrá evidenciar lo antedicho, aspecto que permitirá reflejar la necesidad de aclarar el concepto de los administradores sin designación, sus obligaciones y la responsabilidad que estos operadores deben afrontar, en ciertos casos, por sus decisiones y acciones en nombre de una sociedad mercantil. Se utilizarán las metodologías axiológica y deductiva para entender la necesidad que existía en cuanto a la regulación de estas figuras en la legislación para las compañías tradicionales ecuatorianas.

## 2. REVISIÓN DE LA LITERATURA

Una parte de la doctrina considera que no existe necesidad de mantener una distinción estatutaria entre administradores ocultos y de hecho.<sup>5</sup> Sin embargo, confundir las dos categorías refleja una falta de apreciación de las distintas razones por las que se considera que un individuo es administrador, dependiendo de las

1 Paúl Noboa Velasco, "Segunda jornada sobre la Sociedad por Acciones Simplificada", en *Seminario web de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros y Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito*, 10 de junio de 2021, 53' 36", <https://www.facebook.com/SuperaciasEC/videos/780381322655493>.

2 Paúl Noboa Velasco, "Administradores de hecho y oculto", en *1 Congreso de Derecho Societario de El Instituto*, Guayaquil, 9 de marzo de 2022, 3h 47' 50", <https://docs.google.com/document/d/11RoxBnyfsgjDuH8jSwtUGotvGIRy4ZjwSTrpLP-Ym28/edit?usp=sharing>.

3 *Ibid.*

4 *Ibid.*

5 Stephen Griffin, *Problems in the identification of a company director* (Birmingham: N.I.L.Q., 2003), 43-58.

circunstancias.<sup>6</sup> Por lo tanto, se requiere efectuar un análisis comparativo para clarificar el alcance, la naturaleza y el propósito de cada una de dichas figuras.<sup>7</sup>

Las disposiciones normativas que regulan a los administradores de hecho y ocultos imponen los deberes fiduciarios de los administradores a ciertos operadores que, nominalmente, no ostentan ningún cargo administrativo en una compañía.<sup>8</sup> Lo mencionado permite aplicar estándares adecuados conductuales a quienes ejercen el control efectivo sobre la compañía.<sup>9</sup>

Cabe recalcar que el concepto de ambas figuras presenta características definitorias diferentes y sirve a otros fines.<sup>10</sup> Existe una disimilitud fundamental entre clasificar a una persona como administrador de hecho porque actuó o asumió el cargo de administrador sin serlo legalmente y clasificarla como administrador oculto porque se inmiscuyó en el ámbito de acción de los administradores legalmente designados, sin asumir dicha calidad ante terceros.

## 2.1. ¿QUIÉN ES UN ADMINISTRADOR Y QUÉ FUNCIONES DESEMPEÑA?

Los administradores dirigen, supervisan, gobiernan y controlan cómo operan las compañías en las que han sido designados con tal dignidad.<sup>11</sup> Por lo tanto, su rol consiste en evaluar las opciones y tomar decisiones sobre la dirección y estrategia, organización, regulación y los sistemas de control de la compañía.<sup>12</sup> Estos gestores se deben desenvolver dentro de los límites que impone el contrato social, la ley y las resoluciones adoptadas por las juntas generales o asambleas de accionistas.<sup>13</sup> Se los podría llamar agentes de la compañía y también de los socios o accionistas,<sup>14</sup> por ello tienen responsabilidades y deberes fiduciarios que cumplir ante la sociedad, ante los asociados y ante terceros.<sup>15</sup>

## 2.2. ADMINISTRADORES DE HECHO

En términos generales, un administrador es aquel que, producto de una designación efectuada por los socios o accionistas, ocupa un cargo administrativo

6 Ibid., 43-58.

7 Chris Noonan, y Susan Watson. "The nature of shadow directorship: Ad hoc statutory intervention or core company law principle?", *The Journal of Business Law*, n.º 8 (diciembre 2006): 763-98.

8 Ibid.

9 Francisco Reyes Villamizar, *La sociedad por acciones simplificada* (Bogotá: Temis, 2018), 172-83.

10 Noonan y Watson, "The nature of shadow directorship", 763-98.

11 Martha Bruce, *Rights and duties of directors 2017/18* (London: Bloomsbury Professional, 2018), 1-24.

12 Ibid.

13 Luis Cabezas Parrales. *La compañía anónima: Análisis sistemático de su normativa* (Quito: Ediciones Legales, 2006), 173-217.

14 Marco Ventoruzzo, et al., *Comparative Corporate Law* (St. Paul: West Academic Publishing, 2015), 295.

15 Francisco Reyes Villamizar, *Derecho societario*, t. 1 (Bogotá: Temis, 2006), 667-732.

en la compañía, sea cual fuere la denominación de dicho cargo.<sup>16</sup> Partiendo de esta definición, los administradores de hecho o *de facto* serían aquellos operadores que han asumido funciones y calidad de administradores de derecho, sin ostentar un nombramiento legalmente conferido en su favor.<sup>17</sup>

En varios países, esta figura se encuentra orientada a expandir las responsabilidades legales aplicables a terceros hacia aquellas personas que ejecutan actividades de gestión o administración sin ocupar un cargo formal en la compañía, pero que asumen dicha calidad ante la compañía y terceros.<sup>18</sup> Estas personas desempeñan funciones de administradores sin serlo en estricto derecho, ya sea por un nombramiento defectuoso o inexistente o cuando, por cualquier hecho, dejan de ostentar dicha calidad.<sup>19</sup>

### 2.3. ADMINISTRADORES OCULTOS

Este término es una innovación legal utilizada usualmente como herramienta para responsabilizar a quien no es administrador legalmente designado ni se presenta como tal ante terceras personas, pero que ha influido directamente en la gestión de una compañía.<sup>20</sup> En la práctica, un administrador oculto o a la sombra es quien controla los hilos de la marcha administrativa de la compañía, tras bastidores.<sup>21</sup> Esto justificaría la atribución de responsabilidad sobre ellos por las deudas y acciones de los administradores *de iure* en determinadas circunstancias.<sup>22</sup>

Las disposiciones de los administradores ocultos respaldan el deber independiente de toma de decisiones de los administradores al imponer responsabilidad a las personas que usurpan el papel de toma de decisiones.<sup>23</sup>

## 3. MARCO TEÓRICO

De acuerdo con la sección 250 de la Companies Act de 2006 del Reino Unido, administrador es toda persona que ocupe tal cargo, cualquiera sea su denominación.<sup>24</sup> Cabe resaltar que, con el tiempo, la gama de deberes a los que están sujetos los administradores a la sombra y de hecho ha aumentado

16 Chris Noonan, y Susan Watson, "Examining company directors through the lens of de facto directorship", *The Journal of Business Law*, n.º 7 (2008): 604, <http://hdl.handle.net/2292/13685>.

17 Ibid.

18 Ibid.

19 Ibid.

20 Noonan y Watson, "The nature of shadow directorship", 763-98.

21 Hydrodan (Corby) Ltd, Re., Corte Suprema de Justicia de Inglaterra, 17 de diciembre de 1993.

22 Noonan y Watson, "The nature of shadow directorship", 763-98.

23 Matthew Barber, "Shadow directors: Compulsion vs advice", *New Zealand Law Journal* 324 (2011): 85-7, <https://doi.org/10.2139/ssrn.1873168> (traducción no oficial).

24 Bruce, *Rights and duties of directors 2017/18*, 1.

y, para muchas jurisdicciones, dichos agentes están sujetos a todos los deberes de los administradores de derecho.<sup>25</sup> La legislación ecuatoriana, al regular a las sociedades por acciones simplificadas (en adelante SAS) y recientemente a las sociedades anónimas (en adelante SA) y las compañías de responsabilidad limitada (en adelante Cía. Ltda.),<sup>26</sup> ha determinado que los administradores de hecho y ocultos se encuentran sujetos al mismo régimen que los administradores legalmente designados.

Con tal antecedente, dado el panorama actual de Ecuador, surgen varias interrogantes para saber si era necesario incorporar estas figuras en la Ley de Compañías. Por ejemplo, ¿por qué no encasillar estas actividades en el cuasicontrato de agencia oficiosa o en la figura de la simulación de funciones? Sin una fuente formal del derecho se abriría paso a la interpretación y ello desprotegería fuertemente a los intereses de las compañías, a quienes las conforman y se relacionan con ellas. Por esto, es esencial definir a las figuras civiles mencionadas para comprobar si merecen otro tratamiento.

### 3.1. CUASICONTRATO DE AGENCIA OFICIOSA

La también llamada gestión de negocios ajenos es un cuasicontrato en el que una persona sin mandato administra negocios de otro está obligada para con este último y, en casos, también lo obliga.<sup>27</sup> Se dice que se trata de la actuación voluntaria de una persona en nombre de otra, quien no ha conferido un encargo, pero ratifica lo actuado y asume así las obligaciones contraídas.<sup>28</sup> Una sentencia expedida, producto de un recurso de casación, conceptualiza más a fondo a esta figura civil<sup>29</sup> y señala que las obligaciones del agente oficioso y el mandatario son iguales.<sup>30</sup>

Se puede inferir que este cuasicontrato busca el mismo fin que el mandato: obrar jurídicamente en interés de otro.<sup>31</sup> La diferencia radica en que, para el primero, la gestión de los negocios ajenos se asume justamente sin tener mandato, mientras que en el mandato existe un contrato en virtud del cual una persona confía a un tercero la gestión de uno o más negocios.<sup>32</sup> Con este antecedente, cabe señalar que los administradores *de facto* actúan sin un nombramiento legalmente conferido a su favor. Por tanto, la figura del cuasicontrato

25 Noonan y Watson, "The nature of shadow directorship", 763-98.

26 Ley Reformativa a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo. R. O. n.º 269, Suplemento de 15 de marzo de 2023.

27 Artículo 2186, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, reformado por última vez 14 de marzo de 2022.

28 Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), 286-287.

29 Sentencia n.º 0108-2014, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 12 de junio de 2014.

30 Artículo 2187, CC.

31 Larrea, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*, 287.

32 *Ibid.*

de agencia oficiosa podría ser equivalente. Sin embargo, su alcance en relación con el asunto analizado afrontaría dos problemas esenciales que demuestran su insuficiencia para mitigar los inconvenientes derivados de las figuras analizadas en este trabajo.

En primer lugar, los efectos de dicho cuasicontrato, en el que se asume la gestión de negocios ajenos sin un mandato, podría dar lugar a la propensión al oportunismo de ciertos operadores intrasocietarios. De acuerdo con el artículo 2190 del Código Civil (en adelante CC), la compañía, como interesada, podría eximirse del cumplimiento de las obligaciones que el agente oficioso hubiere contraído en su gestión si el negocio hubiere sido mal administrado.<sup>33</sup> De este modo, la aplicación de la figura del cuasicontrato de agencia oficiosa para regular la actuación de personas que actúan como administradores de hecho u ocultos podría ocasionar perjuicios a terceros de buena fe, quienes únicamente tendrían la opción de reclamar al agente oficioso si sus actos no son ratificados por la compañía, como beneficiaria.<sup>34</sup>

Adicionalmente, la agencia oficiosa es definida por el artículo 2186 del CC como el cuasicontrato “por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta y la obliga en ciertos casos”.<sup>35</sup> Por lo tanto, el alcance de este cuasicontrato únicamente abarcaría a los administradores de hecho, pero no resultaría suficiente para atribuir responsabilidad sobre los administradores ocultos.

A diferencia de los administradores de hecho, los administradores ocultos no se presentan como gestores de negocios ajenos ante terceras personas, sino que actúan como una instancia de decisión superior que maneja, tras bastidores, los hilos de la marcha administrativa de la compañía. Por lo tanto, la aplicación de los efectos del cuasicontrato de agencia oficiosa resultaría insuficiente para atribuir responsabilidad sobre aquellos que se inmiscuyan e influyan significativamente en la operación administrativa de las compañías.

### 3.2. SIMULACIÓN DE FUNCIONES

En general, el derecho comercial presenta ciertas modalidades de mandato o afines a él.<sup>36</sup> Existen expresiones del mandato que, bajo la apariencia de otros contratos que efectivamente se celebran y surten efectos, son simuladas.<sup>37</sup> Estos son comúnmente conocidos como negocios celebrados para transferir al

33 Artículo 2190, CC.

34 Artículo 2190, CC.

35 Artículo 2186, CC.

36 Larrea, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*, 287.

37 Ibid.

verdadero interesado los beneficios y las responsabilidades de la persona que comparece al acto o contrato.<sup>38</sup>

La Ley de Compañías (en adelante LC) da a entender que, por simulación, responderán, personal y solidariamente, quienes han cometido, ordenado o ejecutado actos simulados.<sup>39</sup> En aquel caso, no se simula el acto jurídico que el administrador de hecho celebra con un tercero, sino que, en su lugar, existiría una simulación de funciones por parte de quien compareciere a un acto o contrato a nombre de una compañía.

Bajo aquel contexto, si bien los administradores *de facto* simulan ser administradores de derecho, no se podría aplicar el mismo principio sobre los administradores ocultos. Estos últimos, a diferencia de los administradores *de facto*, no simulan ser administradores de derecho, sino que ejercen una influencia significativa para controlar la toma de decisiones empresariales, sin presentarse como administradores habilitados para obrar y obligar a una compañía.

Es decir, más allá de la discusión sobre los efectos derivados de una simulación de funciones en el Ecuador, aplicar esta figura únicamente ofrecería una solución parcial, puesto que solamente se podría considerar que los administradores de hecho incurrirían en el supuesto de simulación de funciones administrativas.

En esta misma línea, es esencial decir que la tendencia societaria contemporánea respalda la postura de defender los derechos de terceros que de buena fe hubieran celebrado un acto o contrato con una compañía. Por ejemplo, como lo indica la Directiva 2017/1132 de la Unión Europea sobre determinados aspectos del derecho de sociedades en su considerando quinto al mencionar que “la protección de terceros debe quedar garantizada por disposiciones que limiten, todo lo posible, las causas de invalidez de los compromisos contraídos en nombre de las sociedades por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada”.<sup>40</sup>

Este efecto podría afectar a las contrapartes contractuales de la compañía, generándose la grave secuela, según Francisco Reyes, “de inseguridad jurídica para los terceros que contratan con la sociedad”.<sup>41</sup> Sin embargo, los administradores ocultos, al no presentarse como si ostentaran dicha calidad, no se verían sujetos a los efectos derivados de una simulación de funciones.

38 Ibid., 287.

39 Sección Tercera, LC, Ley de Compañías [LC], R. O. 312 de 5 de noviembre de 1999 reformada por última vez 15 de marzo de 2023.

40 Directiva 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos del Derecho de Sociedades, Unión Europea, 14 de junio de 2017.

41 Reyes Villamizar, *La sociedad por acciones simplificada*, 113.

Como se puede apreciar, el alcance de la figura civil de la simulación también resulta insuficiente para atribuir responsabilidad sobre los administradores ocultos y podría generar incertidumbre entre los terceros que contratan con una compañía que hubiera comparecido a un contrato por intermedio de un administrador de hecho u oculto. Por consiguiente, se puede concluir que la regulación de los administradores de hecho y ocultos debe contener un alcance diferente a las tradicionales figuras civiles que más se le asemejan.

## 4. MARCO NORMATIVO

### 4.1. NORMATIVA LOCAL

En la Ley de Compañías, el artículo innumerado titulado “Representación legal”, en la sección que rige a las SAS, claramente establece que la representación legal de la sociedad por acciones simplificada la ejercerá la persona, natural o jurídica, designada por la asamblea de accionistas. Para tales efectos, se debe extender un nombramiento en su favor, documento que deberá ser inscrito en el Registro de Sociedades de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante SCVS).<sup>42</sup> A partir de dicha inscripción, el representante legal comenzará a desempeñar sus funciones y se considerará un administrador legalmente designado.<sup>43</sup> Cabe mencionar que el tratamiento de las compañías tradicionales, con respecto a las SAS, es distinto.<sup>44</sup>

La sección de artículos innumerados de la LC aluden a que las reglas relativas a la responsabilidad de administradores serán aplicables al representante legal de la SAS, así como a su junta directiva y demás órganos de administración, en caso de existir.<sup>45</sup>

El artículo referente a la responsabilidad de los administradores de hecho y ocultos, añadido en la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo publicada el 15 de marzo de 2023, indica que:

Los artículos de la sección legal que rige a las sociedades por acciones simplificadas [...], también tendrán aplicación en el ámbito de las sociedades anónimas y, por remisión, para las compañías de responsabilidad limitada. La compañía quedará obligada frente a terceros de buena fe por todos los actos o contratos ejecutados o celebrados por un administrador de hecho u oculto.<sup>46</sup>

42 Artículo innumerado. - Representación legal, LC.

43 Id.

44 Artículo 92, LC, en adelante.

45 Artículo innumerado. Responsabilidad del representante legal, LC.

46 Artículo 272.8, LC.

De manera categórica, el artículo reconoce a las dos figuras centrales de este trabajo, incluyendo a todo aquel que, sin ser representante legal de una sociedad mercantil, se inmiscuya en la compañía con una actividad positiva de gestión, administración, dirección, y a aquella persona que asumiere frente a terceros la calidad de administrador sin serlo legalmente.<sup>47</sup> Ambas figuras estarán sujetas a iguales responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores *de iure*.<sup>48</sup>

La ley ecuatoriana permite que se detalle la estructura administrativa de la compañía en su estatuto social, sea unipersonal o colectivo. El principio de blindaje del patrimonio personal de los administradores es protegido en la LC al indicar que ellos no asumirán ninguna obligación personal por los negocios de la compañía,<sup>49</sup> por su administración, salvo que exista una extralimitación en sus atribuciones, siempre que concurrieren actuaciones fraudulentas o abusivas.<sup>50</sup>

Por otro lado, y hablando sobre la teoría contrapuesta a estas figuras, el CC define al cuasicontrato de agencia oficiosa como aquel en el cual alguien administra los negocios de otra persona y se obliga para con esta y, en ciertos casos, la podría obligar también, a pesar de no tener un mandato.<sup>51</sup> Las obligaciones del agente oficioso, son las mismas que las del mandatario.<sup>52</sup> Se dice que la también llamada gestión de negocios ajenos existe si es que, sin autorización alguna del tercero, el mandante obra.<sup>53</sup> En la misma línea, un verdadero mandato existe cuando el negocio interesa juntamente a cualquiera de las dos partes e incluso si hay un tercero, exclusivamente o en la relación con ambos (quien hace el encargo y quien lo acepta).<sup>54</sup>

## 4.2. NORMATIVA INTERNACIONAL

El fin de la Ley Modelo sobre la Sociedad por Acciones Simplificada, promovida por la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA), es establecida en la sección 1 del primer capítulo.<sup>55</sup> Sobre la organización de las SAS, la ley indica que en los estatutos se determinará libremente su estructura orgánica y demás normativa que regule su funcionamiento.<sup>56</sup> Para el tema abordado, seguramente el artículo más importante en la presente Ley Modelo es el que detalla la responsabilidad de los administradores. Se aplicarán las reglas sobre la responsabilidad de administradores del código, ley, decreto o

47 Artículo innumerado. Responsabilidad del representante legal, LC.

48 Id.

49 Artículo 255, LC.

50 Cabezas, "La compañía anónima", 194.

51 Artículo 2186, CC.

52 Artículo 2187, CC.

53 Artículo 2024, CC.

54 Id.

55 Sección 1, Resolución, Proyecto de Ley Modelo Sobre la Sociedad por Acciones Simplificada, Comité Jurídico Interamericano, CJI/RES.188 (LXXX-O/12), OEA, de 9 de marzo de 2012.

56 Artículo 17, Proyecto de Ley Modelo.

estatuto correspondiente, tanto al representante legal de la SAS como a su junta directiva y demás órganos de administración.<sup>57</sup>

De lo mencionado, y sus párrafos subsiguientes, se desprenden las reglas, responsabilidades y sanciones que se aplicarán a los órganos de administración que se inmiscuyan en la gestión, administración o dirección de la sociedad sin ser administradores:

Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuyan en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores.<sup>58</sup>

Dicho artículo, con fundamento en la necesidad de salvaguardar los intereses de terceros de buena fe, determina que una SAS “quedará obligada en los términos pactados ante terceros de buena fe” cuando ella o sus administradores hubieren dado motivos para hacer creer que una persona estaba facultada para obrar en su nombre.<sup>59</sup>

## 5. ALCANCE DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO Y OCULTOS

Para comenzar esta explicación, cabe reiterar que la legislación ecuatoriana admite a los administradores de derecho, así como a los administradores de hecho y ocultos. En relación con los primeros, los nombramientos de los administradores de la compañía deben ser inscritos en el Registro de Sociedades de la SCVS. La ley establece que, para las compañías tradicionales, el nombramiento de un administrador, con razón de su aceptación como representante legal de la compañía, debe inscribirse en el Registro Mercantil del domicilio principal de la compañía.<sup>60</sup>

A raíz de las inscripciones registrales referidas anteriormente, los administradores inician sus funciones y se consideran administradores *de iure*.<sup>61</sup> Para estos administradores, después de haberse configurado en calidad de tal, sea por inscripción en los registros públicos o por su mera designación cuando no ostentaren la representación legal de la compañía, surgen varios deberes y responsabilidades a los que deben ceñirse.<sup>62</sup> Adicionalmente, por poseer tal calidad se encuentran sometidos a ciertas restricciones de orden legal,<sup>63</sup> que

57 Artículo 2, Proyecto de Ley Modelo.

58 Párrafo primero, Proyecto de Ley Modelo.

59 Párrafo segundo, Proyecto de Ley Modelo.

60 Cabezas, *La compañía anónima*, 173-217.

61 Noboa Velasco, “Administradores de hecho y oculto”.

62 Reyes, *Derecho societario*, 697.

63 Artículo 261, LC.

repercuten internamente y ante terceros.<sup>64</sup> En contraste, los administradores de una compañía que no ostentaren la representación legal no deberán efectuar ninguna inscripción de sus nombramientos.<sup>65</sup>

Anteriormente, en la regulación de las compañías tradicionales ecuatorianas, no existía certeza para determinar qué sucedía en los casos en los que la compañía hubiese actuado por intermedio de una persona que, formalmente, no era un administrador legal debidamente designado. Afortunadamente, ahora estas figuras —que tienen aplicación en el ámbito de las SAS— tienen, legalmente, la posibilidad de ser empleadas también en las sociedades anónimas y, por remisión, para las compañías de responsabilidad limitada<sup>66</sup>, en lo relativo a la responsabilidad de los administradores que no son de derecho.

Las *provisions* de los administradores de hecho y ocultos, en las legislaciones en las que se encuentran reguladas, parecen ampliar el ámbito de aplicación de ciertos deberes impuestos a los administradores de derecho a aquellos que en realidad controlan la compañía. Las disposiciones del administrador a la sombra con frecuencia imponen solo responsabilidad cuando esa persona ha ordenado a un administrador *de facto* o *de iure* que infrinja algún deber que este le debe a la compañía. Sin prejuicio de aquello, no se debe considerar que las legislaciones societarias han impuesto deberes fiduciarios distintos sobre los administradores de hecho y ocultos.<sup>67</sup> Esto debido a que solo existe una ampliación de los deberes fiduciarios de los administradores de derecho hacia ellos.

Los administradores de hecho son personas que se presentan como administradores legalmente designados, teniendo esa consideración por parte de la compañía.<sup>68</sup> De este modo, los administradores de hecho asumen la apariencia, ante la compañía y terceros, de administradores de derecho, razón por la que se consideran como una instancia equivalente a los administradores que tienen un nombramiento conferido a su favor.<sup>69</sup> Por lo tanto, y al ser considerados como equivalentes, los administradores de hecho están sujetos a los mismos deberes fiduciarios e igual régimen de responsabilidad que sus contrapartes de derecho.

Las disposiciones del administrador oculto a menudo imponen responsabilidad solamente sobre estos cuándo han ordenado a un administrador *de iure* o *de facto* que infrinja algún deber que estos últimos le deban a la compañía.<sup>70</sup> Es decir, existe una obligación moral de los administradores *de iure* y *de facto* en acatar sus instrucciones sin cuestionamiento, por lo que sus órdenes tienden a

64 Reyes, *Derecho societario*, 697.

65 Artículo 13, LC.

66 Artículo 272.8, LC.

67 Noonan y Watson, "The nature of shadow directorship", 763-98.

68 Mumtaz Properties Ltd, Re, Corte de Apelaciones, División Civil, 24 de mayo de 2011.

69 Hydrodan (Corby) Ltd, Re, Corte Suprema de Justicia de Inglaterra, 17 de diciembre de 1993.

70 Ibid.

ser determinantes en el devenir operacional de una compañía.<sup>71</sup> Por tanto, los administradores ocultos son una instancia de decisión superior.<sup>72</sup>

## 5.1. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO Y OCULTOS

Existen varios nombres otorgados a los diferentes tipos de administradores.<sup>73</sup> No obstante, cabe indicar que, independientemente de la denominación que se le asigne a cada uno, haya sido debidamente designada o no, la persona que ocupe el cargo de administrador y ejerza tal función comparte los mismos deberes y responsabilidades como los demás administradores *de iure*.<sup>74</sup>

Para hablar de similitudes, tanto los administradores *de facto* como los *shadow directors* carecen de una designación legal de administradores por parte de una compañía.<sup>75</sup> En el mismo sentido, para ambas figuras, los administradores *de iure*, aquellos que sí han sido nombrados como tales, pierden autonomía en su gestión.<sup>76</sup> Cabe destacar también que poseen las mismas responsabilidades que los administradores de derecho que han sido formal y legalmente nombrados como tales.

En caso de que se verifique la comisión de daños y perjuicios a la compañía, los administradores de hecho y ocultos estarán sujetos a las disposiciones que la Ley de Compañías ha previsto para sancionar a los administradores legalmente designados. Es decir, los administradores de hecho y ocultos incurrirán en las mismas responsabilidades y afrontarán las mismas sanciones que los administradores designados legalmente.

En relación con las diferencias entre las figuras, los administradores ocultos no actúan como administradores legalmente designados.<sup>77</sup> En su lugar, son quienes ejercen una influencia significativa sobre los administradores sociales y, por tal motivo, son considerados una instancia de decisión superior que controla, tras bastidores, los hilos de la marcha operacional de las compañías.<sup>78</sup>

71 Sección 251, Companies Act (2006), Reino Unido; Sección 127, Companies Act (1993), Nueva Zelanda.

72 Hydrodan (Corby) Ltd, Re, Corte Suprema de Justicia de Inglaterra, 17 de diciembre de 1993.

73 Roberto Salgado Valdez, *Obligaciones y responsabilidades de administradores de compañías* (Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión, 2002).

74 Bruce, *Rights and Duties of Directors 2017/18*, 4.

75 Noboa Velasco, "Administradores de hecho y oculto".

76 Ibid.

77 Ibid.

78 Ibid.

Los administradores de hecho buscan tomar la apariencia de un administrador *de iure* ante la misma compañía y también ante terceros, y son ellos quienes ejecutan los actos que pueden causar perjuicios a la compañía y a terceros. Por su parte, los administradores ocultos únicamente asumen responsabilidad si su influencia significativa genera la comisión de un daño que, formalmente, es ejecutado por el administrador *de iure*.<sup>79</sup>

## 6. LEGISLACIONES EN LAS QUE LA FIGURA SE ENCUENTRA INCORPORADA

Las compañías tradicionales ecuatorianas ya cuentan con regulación societaria sobre los administradores de hecho y ocultos.<sup>80</sup> La regulación de los administradores de hecho y ocultos aplicable sobre las SAS fue trasladada a todas las especies societarias reguladas por la LC, con el objeto de precisar qué sucederá cuando una compañía se obligara, producto de la actuación de una persona que no tiene un nombramiento legalmente conferido a su favor o por influencia de una instancia de decisión superior.

La experiencia del derecho comparado y comparativo permitió implementar la solución más viable para Ecuador, considerando su patrón accionarial de capital concentrado.<sup>81</sup> Estos modelos permitieron entender la importancia de incluir tales figuras en nuestra regulación societaria.

### 6.1. REINO UNIDO

En primer lugar, corresponde manifestar que la efectividad del régimen de los *shadow* o *de facto directors* disminuye si una persona evade cualquier responsabilidad por no tener una designación formal como administrador, a pesar de dirigir e instruir a aquellos que sí lo son.<sup>82</sup> Por esta razón, el concepto legal de director en la sombra y de hecho se crearon en la sección 741(2) de la Companies Act de 1985 (y reformulado en la sección 251 de 2006) para abordar este problema.

En Reino Unido, la denominación de “administrador oculto” o “a la sombra” sugiere ser una figura de fondo que oculta deliberadamente su influencia real sobre los administradores de la compañía.<sup>83</sup> Existe jurisprudencia en la que un director ejecutivo de un grupo de compañías, que da instrucciones

79 Brenda Hannigan, *Company Law* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 167-8.

80 Paúl Noboa Velasco, “La implementación de las acciones derivadas en Ecuador”, *Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, 3 de agosto de 2021, <https://www.derechoyfinanzas.org/la-implementacion-de-las-acciones-derivadas-en-ecuador/>.

81 OECD, “White Paper on Corporate Governance in Latin America 2003”, <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/18976210.pdf>, 23 de marzo de 2022 (traducción no oficial).

82 Michael Taylor, “Directors’ duties: Can a director be liable even if not formally appointed”, *Walker Morris*, 5 de junio de 2018, <https://www.walkermorris.co.uk/publications/directors-duties-can-a-director-be-liable-even-if-not-formally-appointed/>.

83 *Ibid.*

abiertamente a la junta directiva de una compañía parte del grupo, fue considerado como administrador oculto gracias a la influencia ejercida sobre la administración de la compañía subsidiaria.<sup>84</sup>

Como se ha mencionado, estos administradores estarán obligados a los mismos deberes fiduciarios que los administradores *de iure*, dependiendo de los hechos y las circunstancias. Esto incluirá, por ejemplo, la responsabilidad por negociación ilícita.<sup>85</sup> Por su parte, sobre los *de facto directors* se ha dicho que no existe una prueba única para un administrador *de facto*, una persona puede serlo incluso cuando ha habido un nombramiento inválido o no ha habido uno.<sup>86</sup> En tal escenario, lo relevante es saber si una persona ha asumido la responsabilidad de actuar como administrador.

### 6.1.1. RE MUMTAZ PROPERTIES LTD

El caso *Re Mumtaz Properties Ltd*, resuelto por la Corte de Apelaciones del Reino Unido, es considerado el *leading case* para explicar la definición de los administradores *de facto*.<sup>87</sup> El caso trata sobre una compañía familiar que cuenta con varios administradores y que da nombre al caso. El proceso fue iniciado por el liquidador de la compañía contra tres miembros de la familia Ahmed, dos hermanos y su padre. Los hermanos ostentaban formalmente los cargos de directores de la compañía, mientras que el padre no poseía dicha calidad. Sin embargo, todos participaban activamente en el negocio de la compañía.

La compañía cayó en un estado de insolvencia, por lo que el liquidador buscaba atribuir responsabilidad por las pérdidas de la compañía sobre las personas que actuaron por él. A pesar de que el padre no era legalmente administrador, estaba directamente implicado en el giro operacional de la misma, manteniendo relación con los proveedores, fijando la política de remuneraciones de los trabajadores e incluso registrando su firma en las cuentas bancarias de la compañía.

Por tales circunstancias, la Corte consideró que el patriarca era un administrador *de facto*, dado que él se presentaba, ante la compañía y terceros, como un administrador legalmente designado, y la compañía lo consideraba como tal. Por consiguiente, el padre, junto con sus hijos, fue obligado a resarcir dinero a la compañía en liquidación para cubrir las obligaciones de los acreedores, de acuerdo con la figura del *wrongful trading* prevista en la *Insolvency Act* del Reino Unido de 1986.

<sup>84</sup> Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs and other c. Holanda, Corte Suprema del Reino Unido, 24 de noviembre de 2010.

<sup>85</sup> Sección 214, *Insolvency Act* (1986), Reino Unido.

<sup>86</sup> Taylor, "Directors' duties".

<sup>87</sup> *Mumtaz Properties Ltd, Re*, Corte de Apelación, División Civil, 24 de mayo de 2011.

### 6.1.2. SMITHTON LTD C. NAGGAR

Este es otro caso relacionado con la figura de administradores de hecho.<sup>88</sup> Naggar era administrador de una compañía matriz que poseía la mayoría de las acciones de otra compañía, que era su subsidiaria. Naggar tenía vínculos contractuales con la compañía subsidiaria y, en ciertas ocasiones, en calidad de administrador de la primera compañía, ofrecía asesoramiento a los administradores legalmente designados de la subsidiaria.

La compañía subsidiaria sufrió pérdidas debido a los contratos con los asociados de Naggar. Los otros administradores de la compañía subsidiaria lo demandaron, alegando que estaba incumpliendo sus deberes y que su intromisión causó dicho estado de desfinanciamiento. La Corte de Apelaciones concluyó que Naggar no era responsable porque no era un administrador legalmente designado. La Corte también concluyó que Naggar no era un administrador *de facto*, dado que no asumió dicha calidad ante terceras personas y la compañía tampoco lo trató como tal.

La Corte concluyó que, si bien es cierto que Naggar había participado en deliberaciones que afectaron a la compañía Smithton Ltd, su participación se fundamentó en su legítimo rol de cliente y administrador del principal accionista de la compañía. Por consiguiente, Naggar no fue considerado un administrador de hecho y no asumió responsabilidad alguna por las obligaciones de la compañía.

### 6.1.3. RE HYDRODAN (CORBY) LTD

De este caso, cuya decisión ha ofrecido varias definiciones que citadas anteriormente,<sup>89</sup> se desprende el fundamento de la clasificación como administrador oculto. De acuerdo con el criterio del juez Peter Millet, el administrador oculto es una persona a quien la compañía está acostumbrada a escuchar.<sup>90</sup>

Si hay una persona que no está oficialmente nombrada y no se presenta como administrador, pero se comunica regularmente con el directorio y el mismo acostumbra a actuar bajo sus instrucciones, entonces debe ser considerado como administrador oculto o a la sombra.<sup>91</sup> Particularmente, este maneja los hilos de la compañía tras bastidores,<sup>92</sup> refugiándose detrás de los administradores *de iure*. La principal característica de un administrador a la sombra se

88 Smithton Ltd c. Naggar, Corte de Apelación, División Civil, 11 de agosto de 2014.

89 Hydrodan (Corby) Ltd, Re. Corte Suprema de Justicia de Reino Unido, 17 de diciembre de 1993.

90 Holland (Respondent) c. The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs (Appellant) and another, 36-37. <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2009-0131-judgment.pdf>.

91 Ibid.

92 Ibid.

distingue del papel de un administrador de hecho, en vista de que no pretende actuar como un administrador legalmente designado.<sup>93</sup>

#### 6.1.4. SECRETARY OF STATE FOR TRADE & IND. C. DEVERELL

El caso Deverell guarda relación con un proceso de descalificación iniciado por la Secretaría de Industrias del Reino Unido en contra de dos individuos que, formalmente, actuaban como consultores de una compañía que fue declarada en insolvencia.<sup>94</sup> La Corte concluyó que uno de los consultores estaba vinculado al más alto nivel con la toma de decisiones administrativas de la compañía, mientras que el otro consultor se inmiscuía regularmente en aspectos que afectaron la liquidez de la compañía. Con fundamento en su clara intromisión en la gestión administrativa de la compañía, la Corte concluyó que ambos actuaron como administradores ocultos.

De acuerdo con el análisis del caso Deverell, una persona será considerada un administrador oculto cuando, en lugar de limitar su actuación a brindar asesoramiento profesional, ejerce una real influencia en la marcha administrativa de la compañía.<sup>95</sup> Sin embargo, no es indispensable que dicha influencia sea ejercida sobre toda la operación de la compañía, sino que puede concretarse a ciertos aspectos puntuales (decisiones financieras o de negocio de la sociedad). Finalmente, se requiere que los administradores *de iure* estén acostumbrados a actuar de acuerdo con las directrices de los administradores ocultos, acatando, sin cuestionamiento, sus órdenes, instrucciones, recomendaciones o consejos.<sup>96</sup>

Derivado de la decisión de este caso, es posible concluir que un simple consejo es insuficiente. Para hablar de esta figura, es siempre necesaria una obligación moral de los administradores *de iure* en acatar, sin cuestionamiento, las órdenes, instrucciones, recomendaciones o consejos del administrador ocultos.

Este caso aún no se ha discutido en detalle en los varios países de corte anglosajón y, aunque ha sido objeto de numerosas críticas,<sup>97</sup> se lo ha citado como ley por la Corte Suprema de Nueva Zelanda en 2013.<sup>98</sup> Deverell amplía la red de posibles administradores a la sombra. En definitiva, el umbral se sitúa más bajo en la interpretación de requisitos de Hydrodan para estos administradores. Cabe decir que esto es aplicable solo a los procedimientos de

93 Ibid.

94 Secretary of State for Trade and Industry c. Deverell, Corte de Apelación del Reino Unido, División Civil, 21 de diciembre de 1999.

95 Secretary of State for Trade and Industry c. Deverell, párrs. 1-13.

96 Id.

97 Noonan y Watson señalan que al secretario de Estado se le negó el permiso para argumentar que los acusados eran administradores *de facto*, lo que probablemente se haya encontrado en los hechos. Para que fueran responsables, era necesario que la corte aplicara la disposición del administrador oculto.

98 Secretary of State for Trade and Industry c. Deverell, párrs. 1-13.

inhabilitación. Estos procedimientos tienen un interés público: proteger a terceros de tratar con empresas que están atrapadas con directores deficientes.<sup>99</sup>

### 6.1.5. VIVENDI SA C. RICHARDS

Para finalizar, en el caso Vivendi, el señor Richards, accionista mayoritario de la compañía Vivendi SA, participaba regularmente en la creación del plan de negocios de la sociedad, planteaba estrategias comerciales, mantenía contacto con asesores comerciales esenciales y supervisaba las inversiones de la compañía. Sin embargo, el aspecto más relevante del caso fue que el único director de la compañía siempre acudía a buscar las directrices del señor Richards, y seguía sus directrices sin cuestionamiento. Por consiguiente, el señor Richards fue considerado como un administrador oculto.<sup>100</sup>

Este caso demuestra con claridad que los socios de control afrontan un alto riesgo de ser considerados como administradores ocultos si, en la gestión ordinaria de la compañía, van más allá de velar por sus legítimos intereses como accionistas y se inmiscuyen, de manera reiterada, en la toma de decisiones de negocio, siempre que los administradores estén acostumbrados a actuar, sin cuestionamiento, bajo sus directrices e instrucciones.<sup>101</sup>

## 6.2. UNIÓN EUROPEA

El enfoque europeo refleja una renuencia general a responsabilizar a los socios o accionistas mayoritarios mientras no participen directamente en la gestión de la compañía.<sup>102</sup> Pero cuando los socios o accionistas mayoritarios asumen el control real muchas jurisdicciones europeas se vuelven más exigentes.<sup>103</sup> Los socios o accionistas mayoritarios que intervienen activamente en los asuntos corporativos pueden convertirse en administradores de hecho u ocultos y enfrentar responsabilidad civil y, en ocasiones, sanciones penales,<sup>104</sup> por ejemplo, bajo la disposición francesa del *abus de biens sociaux*.

Según la doctrina francesa, los denominados *dirigents de fait* son aquellas personas físicas o jurídicas que, a pesar de estar desprovistas de un mandato social,<sup>105</sup> se inmiscuyen en el funcionamiento de la sociedad para ejercer, con soberanía e independencia, una actividad positiva de gestión, administración y dirección.<sup>106</sup> Dado que las compañías familiares son comunes en Francia,

99 Id.

100 Vivendi SA Centenary Holdings III Limited c. Richard & Ors, Corte Suprema, Chancery Division, 9 de octubre de 2013.

101 Hannigan, *Company Law*, 167-168.

102 John Armour, et al., *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (Oxford: Oxford Scholarship Online, 2017), 229.

103 Ibid., 229.

104 Ibid.

105 Reyes, *Derecho societario*, 670.

106 Ibid.

varios autores de este país se refieren a que la mera existencia de una relación familiar no es suficiente para conferir a una persona la condición de agente que se inmiscuya en las decisiones de negocio de una compañía.<sup>107</sup>

De acuerdo con la legislación francesa, siempre se requiere una intromisión positiva en las actividades de dirección o de administración para atribuir responsabilidad sobre una persona que no ostentare un cargo directivo en una compañía.<sup>108</sup> No muy lejos, en la legislación portuguesa, existe una disposición sobre la *responsabilidade de outras pessoas com funções de administração*, según la cual “las disposiciones relativas a la responsabilidad de los gerentes, administradores y directores se aplican a otras personas a las que les sean confiadas funciones de administración”.<sup>109</sup>

Este artículo permitiría atribuir responsabilidad sobre los administradores de hecho, a quienes la compañía podría confiar ciertas funciones de administración. Sin embargo, este artículo resultaría insuficiente para imponer responsabilidad sobre un administrador oculto, dado que esta persona no recibe un encargo administrativo, sino que ejerce una influencia significativa sobre los administradores de la compañía.

### 6.3. COLOMBIA

Dado el constante escenario de control sobre la administración de una sociedad por parte de individuos ajenos al cargo de administradores,<sup>110</sup> el legislador colombiano tomó la decisión de incluir, en su ordenamiento, la regulación de los administradores de hecho. El artículo 27 de la ley 1258 del 2008 dicta que:

Las personas naturales o jurídicas que, sin ser administradores de una sociedad por acciones simplificada, se inmiscuya en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad, incurrirán en las mismas responsabilidades y sanciones aplicables a los administradores.<sup>111</sup>

En virtud de la vigencia de la mencionada ley que implementó a las SAS en Colombia, las responsabilidades legales aplicables a los administradores se extendieron a individuos que, a pesar de no ocupar cargos formales de administración en una compañía, desempeñen actividades positivas de administración y gestión.<sup>112</sup> Esta clasificación también permite imponer una serie de sanciones legales, originalmente previstas para los administradores legalmente

107 Alexis Constantin, *Droit de sociétés: Droit commun et droit spécial des sociétés* (París: Dalloz, 2005), 52.

108 *Ibid.*, 52.

109 Artículo 80, Código das Sociedades Comerciais, Decreto-Ley n.º 76-A/2006, de 29 de marzo y modificado por Decreto-Ley n.º 357-A/2007, de 31 de octubre, Diário da República de Portugal.

110 Reyes, *La sociedad por acciones simplificada*, 172-83.

111 Artículo 27, Ley 1258, Diario Oficial n.º 47.194 de 5 de diciembre de 2008, Congreso de la República de Colombia.

112 Reyes, *Derecho societario*, 670.

designados, sobre agentes que actúen sin ostentar, nominalmente, un cargo administrativo en la compañía.<sup>113</sup>

## 7. MITIGACIÓN DE LOS PROBLEMAS DE AGENCIA

Con fundamento en la experiencia de otras jurisdicciones, apegados al derecho comparado en la región y al derecho comparativo de acuerdo con los modelos europeos, las figuras de los administradores de hecho y ocultos en la regulación de los tipos societarios tradicionales, dan paso a mitigar el principal problema de agencia que existen en el Derecho Societario ecuatoriano.<sup>114</sup>

### 7.1. ¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS DE AGENCIA?

El derecho societario cumple con algunas funciones, entre ellas controlar los conflictos de interés entre los grupos corporativos, incluidos aquellos entre los *insiders* corporativos, como los socios o accionistas mayoritarios y los altos directivos, y los *outsiders*, como los socios o accionistas minoritarios o los acreedores.<sup>115</sup> Uno de los más importantes objetivos de esta rama del derecho es la mitigación de problemas de agencia.<sup>116</sup>

En términos generales, los problemas de agencia, en su punto de vista económico, surgen cuando una persona (principal) encomienda a un tercero (agente) la gestión de sus negocios e intereses.<sup>117</sup> La conceptualización de agencia debería incluir todas las relaciones en las que el agente tuviere la capacidad de influir y ejercer control sobre el bienestar o la propiedad del principal.

Dentro de este contexto, el derecho societario debería establecer un marco que asegure que los agentes actúen en procura de los intereses de los principales, en lugar de adelantar su propio provecho y beneficio.<sup>118</sup> Existen tres problemas de agencia que se presentan con razón de que las compañías actúan como “elementos aglutinadores”,<sup>119</sup> que provienen de diversos intereses que se encuentran en la posibilidad de colisionar entre sí.<sup>120</sup> De estos tres problemas de agencia, el conflicto que surge entre los asociados controladores y no controladores es el

113 Constanti, *Droit de sociétés*, 52.

114 Noboa Velasco, “Administradores de hecho y oculto”.

115 John Armour, Henry Hansmann, y Reinier Kraakman, “Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement”, *Oxford Legal Studies Research Paper No. 21/2009*, *Yale Law, Economics & Public Policy Research Paper No. 388*, *Harvard Law and Economics Research Paper Series No. 644*, *European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 135/2009* (julio 2009): 3, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1436555](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436555).

116 *Ibid.*, 57.

117 Paúl Noboa Velasco, “Problemas de agencia y su mitigación en el contexto societario ecuatoriano”, *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas, Working Paper Series 5/2020* (2020): 5.

118 Armour et. al., “Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement”, 3.

119 Noboa, “Problemas de agencia y su mitigación en el contexto societario ecuatoriano”, 5.

120 Armour, et. al., “Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement”, 57.

más relevante en el contexto societario ecuatoriano e iberoamericano,<sup>121</sup> con fundamento en su patrón de concentración de capital.<sup>122</sup>

Los denominados problemas de agencia abarcan el conflicto entre los socios de control y los socios no controlantes.<sup>123</sup> Bajo aquel contexto, y con fundamento en su posición de dominio y control de los negocios sociales, los socios mayoritarios pueden ser considerados agentes de los socios minoritarios.<sup>124</sup> Si bien este problema es más notorio en los conflictos entre socios mayoritarios y minoritarios,<sup>125</sup> aparece cada vez que algún grupo de asociados de una compañía puede controlar las decisiones que afectan a otros socios o accionistas, como sucedería en los conflictos entre accionistas ordinarios como agentes de los accionistas preferidos.<sup>126</sup>

Tomando en consideración sus elementos esenciales, las figuras de los administradores *de facto* y ocultos responden a la necesidad de mitigar el *shareholding agency problem*.<sup>127</sup> Al reconocer a los administradores en todas sus formas y manifestaciones, la regulación societaria brindará un evidente refuerzo a la seguridad jurídica.<sup>128</sup> Esto, junto con otras ventajas, reducirá la propensión al oportunismo de los *corporate insiders*, quienes, partiendo de su posición de dominio, puedan tomar decisiones que antepongan su propio beneficio en desmedro del mejor interés de la compañía y de los otros asociados.<sup>129</sup>

## 8. IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN DE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO Y OCULTOS EN LAS COMPAÑÍAS TRADICIONALES

Las posibles soluciones que el derecho civil podría haber ofrecido son, en primer lugar, por intermedio del cuasicontrato de agencia oficiosa y, en segundo lugar, mediante la figura de la simulación. Al no tener aplicación sobre los administradores ocultos y al no cobijar a terceros de buena fe que hubieran contratado con una compañía por intermedio de aquellos agentes, tienen un alcance limitado para mitigar el principal conflicto de interés que el derecho societario ecuatoriano debe mitigar.

121 Paúl Noboa Velasco, "Agency Problems in Ecuadorian Companies: Protecting Non-Controlling Shareholders", *Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas*, 7 de diciembre de 2020, <https://www.derechoyfinanzas.org/agency-problems-in-ecuadorian-companies-protecting-non-controlling-shareholders-2/>.

122 OECD, "White Paper on Corporate Governance in Latin America".

123 Armour et. al., "Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement", 2.

124 Ibid., 3.

125 Luca Enriques, y Paolo Volpin, "Corporate Governance Reforms in Continental Europe", *Journal of Economic Perspectives* 21, n.º 1 (invierno 2007): 117, <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.21.1.117>.

126 Armour et. al., "Agency Problems, Legal Strategies and Enforcement", 4.

127 Noboa Velasco. "Administradores de hecho y oculto".

128 Noboa, "Problemas de agencia y su mitigación en el contexto societario ecuatoriano", 37.

129 Ibid.

Ahora bien, con el fin de mitigar el principal problema de agencia latinoamericano, nuestro ordenamiento societario ha establecido un marco que permite a los socios o accionistas minoritarios entablar las acciones del caso no solamente en contra de los administradores legalmente designados, sino también, y de manera más significativa, en contra de aquellas personas que efectivamente ejercen un control directo sobre las decisiones operacionales y administrativas de las sociedades mercantiles.

Bajo aquel contexto, la regulación de las figuras de los administradores de hecho y ocultos, desde un punto de vista *ex ante*, desincentiva a los socios o accionistas mayoritarios a inmiscuirse directamente en la marcha administrativa de la compañía y a ejercer una influencia significativa e injustificada en la gestión societaria.<sup>130</sup> Desde un punto de vista *ex post*, para la envidia de la mayoría de países en Latinoamérica, nuestra regulación ahora permite entablar acciones procesales en contra de las personas que, efectivamente, manejen tras bastidores los hilos de la marcha operacional de la compañía.<sup>131</sup>

Por su parte, cabe indicar que, en el contexto ecuatoriano, la regulación de las SAS ya cuenta con una serie de medidas para atribuir responsabilidad sobre los administradores de hecho y ocultos. Consecuentemente, las demás sociedades mercantiles consagradas en la LC cuentan con esta protección, con fundamento en las evidentes ventajas derivadas de la mencionada regulación en otros países.

Adicionalmente, y con el fin de efectivizar la regulación de los administradores de hecho y ocultos en Ecuador, las recientes leyes reformativas a la LC complementan dicha implementación con una redefinición de las acciones derivadas y con un marco que asegura la protección de terceros de buena fe que hubieran celebrado un acto o contrato con un administrador *de facto* u oculto.

## 8.1. IMPLEMENTACIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS EN CONTRA DE LOS ADMINISTRADORES DE HECHO U OCULTOS

En principio, en la Ley de Modernización a la Ley de Compañías, vigente a partir de su publicación en el Registro Oficial el 10 de diciembre de 2020, entre otras figuras, se reconoce a las acciones derivadas como una herramienta de protección de los socios o accionistas minoritarios.<sup>132</sup> Esta figura, de manera subsidiaria, otorga legitimación activa a los socios o accionistas para iniciar

<sup>130</sup> Noboa Velasco, "Administradores de hecho y oculto".

<sup>131</sup> Ley Reformativa a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo. R. O. 269, Suplemento de 15 de marzo de 2023.

<sup>132</sup> Aurelio Gurrea-Martínez, Esteban Ortiz-Mena, y Paúl Noboa Velasco, "Modernizing Corporate Law in Latin America: Lessons from Ecuador", *Oxford Business Law Blog*, 27 de enero de 2021, <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2021/01/modernizing-corporate-law-latin-america-lessons-ecuador>.

acciones en nombre de la compañía.<sup>133</sup> En adición a este gran avance con el que cuentan los socios o accionistas de las compañías ecuatorianas, sea SAS, SA o Cía. Ltda., se pueden entablar acciones judiciales en contra de quien corresponda por los supuestos de administración de hecho y oculta,<sup>134</sup> desde la Ley Reformatoria a la Ley de Compañías de 2023.

En estricto rigor procesal, las acciones derivadas permiten a estos socios o accionistas no controladores entablar una acción social de responsabilidad en contra de los administradores sociales, a nombre y en defensa del interés de la compañía, cuando la persona delegada para entablar tales acciones no lo hubiese hecho en el plazo de un mes, contado desde la fecha en que dicha resolución asamblearia fue aprobada.<sup>135</sup> Esta alternativa permite eludir la apatía de los socios controladores, así como un potencial conflicto de interés entre ellos y los administradores de la compañía.<sup>136</sup>

Bajo aquel contexto, las actuaciones de los administradores de hecho y a la sombra pueden reducir el patrimonio social o afectar el mejor interés de la compañía. Por lo tanto, el administrador *de iure*, como representante legal de la compañía, se encontraría plenamente facultado para ejercer acciones en contra de los administradores *de facto* y ocultos.

Sin embargo, en las compañías ecuatorianas es muy común encontrar una actuación coordinada entre los administradores legalmente designados y los socios o accionistas de control, quienes son los más propensos a inmiscuirse en la gestión administrativa de las sociedades mercantiles.<sup>137</sup> Es decir, un administrador que, en teoría, debería demandar al socio de control por su intromisión en la marcha operacional de la compañía, probablemente no ejerza dichas acciones en la práctica, dado que su cargo depende de la decisión de la persona a quien el administrador estaría llamado a demandar.<sup>138</sup>

Por consiguiente, era necesario que el derecho societario permitiera que los socios o accionistas minoritarios soliciten al administrador legalmente designado que entable una demanda en contra de los administradores de hecho u ocultos, que en el contexto ecuatoriano usualmente serían los socios de control.<sup>139</sup> Adicionalmente, si el administrador legalmente designado no entablase la demanda en el plazo de un mes, los socios o accionistas minoritarios

133 "Reforma del sistema de litigios societarios", video de YouTube, publicado por DLA Piper Martínez Beltrán, 26 de agosto de 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=LdPZbUv0W9g&ct=7798s>.

134 Ley Reformatoria a la Ley de Compañías para la Optimización e Impulso Empresarial y para el Fomento del Gobierno Corporativo, R. O. No. 269, Suplemento, de 15 de marzo de 2023.

135 Noboa, "La implementación de las acciones derivadas en Ecuador".

136 Ventoruzzo, et al., "Comparative Corporate Law", 295.

137 Noboa, "La implementación de las acciones derivadas en Ecuador".

138 José Miguel Mendoza, "El laberinto en la legitimación en la causa", *Legis*, 8 de julio de 2021, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/el-laberinto-de-la-legitimacion-en-la-causa>.

139 Noboa, "La implementación de las acciones derivadas en Ecuador".

ahora cuentan con legitimación activa para entablar, las acciones judiciales en defensa del interés de la compañía, aunque, de manera derivada.<sup>140</sup>

De esta forma, se permite entablar acciones procesales, en defensa del interés de la compañía, en contra de aquellas personas que se hubiesen inmiscuido en actividades positivas de gestión, administración o dirección de una compañía ecuatoriana, sorteando la apatía o el conflicto de interés que podría existir entre los administradores legalmente designados y las personas que ejercen una influencia significativa sobre sus actuaciones administrativas.

## **8.2. TERCEROS QUE HUBIESEN CELEBRADO UN ACTO O CONTRATO CON UN ADMINISTRADOR DE HECHO U OCULTO**

La Ley de Compañías se ha encargado de proteger los derechos de terceros que, de buena fe, hubiesen celebrado un acto o contrato con un administrador de hecho u oculto. Cabe señalar que la tendencia societaria contemporánea se apega a la postura en defensa de los derechos de estos terceros de buena fe, limitando, en lo posible, “las causas de invalidez de los compromisos contraídos en nombre de las sociedades por acciones y las sociedades de responsabilidad limitada”.<sup>141</sup> De no ser así, estos sujetos que de buena fe comparecieren a la celebración de un acto o contrato podrán verse afectados ante una posible declaratoria de nulidad del acto o contrato celebrado por un agente que, sin ser administrador, hubiese actuado en nombre de una compañía.

Cabe señalar que este principio ha sido reconocido por el segundo párrafo del artículo 27 de la Ley Modelo de la Sociedad por Acciones Simplificada, emitida por la Organización de Estados Americanos. De manera textual, el tenor de dicho párrafo dice:

Cuando la sociedad por acciones simplificada o alguno de sus administradores de motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para obrar en nombre de la sociedad en la celebración de negocios jurídicos, esta última quedará obligada en los términos pactados ante terceros de buena fe.<sup>142</sup>

Evidentemente, este principio únicamente debería tener aplicación en beneficio de aquellos terceros que, de buena fe, hubiesen celebrado un acto o contrato bajo las condiciones anteriormente señaladas. Por lo tanto, terceros que, con manifiesta mala fe, hubiesen celebrado un acto o contrato con un administrador

<sup>140</sup> Martin Gelter, “Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?”, *Brooklyn Journal of International Law* 37, n.º 3 (febrero 2012): 856-7. <https://ssrn.com/abstract=2000814>.

<sup>141</sup> Considerando 5, Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Determinados aspectos del Derecho de sociedades, 14 de junio de 2017.

<sup>142</sup> Artículo 27, Segundo Párrafo, Resolución, Proyecto de Ley Modelo Sobre la Sociedad por Acciones Simplificada.

de hecho u oculto a sabiendas de aquella situación no deberían quedar cobijados por aquella protección, dado que aquella actuación supondría un claro quebrantamiento al principio de buena fe, eje central en sede obligacional.<sup>143</sup>

La ley es clara y, en resumen, para los casos con terceros de buena fe, la compañía queda obligada frente a ellos por todos los actos o contratos ejecutados o celebrados por un administrador de hecho u oculto.<sup>144</sup> Sin embargo, si la compañía demuestra que este tercero conocía que el acto o contrato no fue celebrado por un administrador legalmente designado o no podía ignorar dicha realidad, la compañía no debería ser responsable por dichos actos o contratos, como excepción.

Adicionalmente, para los casos en que los administradores de hecho u ocultos hubiesen ejecutado o celebrado un acto o contrato en nombre de la compañía, los integrantes de la misma pueden ejercer las acciones de repetición correspondientes en contra de los administradores mencionados para cubrir las obligaciones en las que la compañía hubiese tenido que incurrir.

Para que la protección a los socios o accionistas sea integral y apropiada se permite que cualquiera de ellos, al estar legitimado, entable de manera derivada y en defensa de los intereses de la compañía la acción de repetición en contra de los administradores de hecho u ocultos, siempre que el administrador legalmente designado no hubiere iniciado las acciones correspondientes, de acuerdo con el marco sugerido en el acápite precedente.

## 9. CONCLUSIÓN

Un administrador de hecho es aquella persona que se presenta, ante la compañía y terceras personas, como un administrador legalmente designado. Por su parte, el administrador oculto no busca presentarse como un administrador ante la compañía y terceros. Es, más bien, quien se inmiscuye en actividades positivas de gestión, administración y dirección social, controlando la marcha administrativa de las compañías tras bastidores.

La aplicación de estas figuras puede realizarse plenamente a día de hoy —dado que el legislador ecuatoriano se ha limitado a efectuar el reconocimiento de los administradores de hecho y ocultos, en adición a los administradores legalmente designados, en la regulación de todas las sociedades mercantiles— y permite comprender que existen individuos que deben responder por sus acciones, decisiones o influencia significativa sobre una compañía.

---

143 Artículo 1562, CC.

144 Artículo 272.8, LC.

Ciertas figuras del derecho civil, como el cuasicontrato de agencia oficiosa o la figura de simulación, únicamente ofrecerían soluciones parciales para mitigar la intromisión de los socios de control en la gestión administrativa de las compañías. Por consiguiente, la inclusión de estas figuras en el ámbito de las compañías tradicionales, partiendo de la regulación de las SAS ecuatorianas, resulta muy positivo para reducir la propensión al oportunismo de los *corporate insiders* que pretendan influir o inmiscuirse en la gestión administrativa de las compañías.

Así también, con el objetivo de viabilizar la eficaz implementación de esta figura en Ecuador, se ha dado paso a que los socios minoritarios soliciten al administrador de derecho que inicie las acciones de responsabilidad en contra de los administradores de hecho y ocultos, que usualmente son los socios de control. Adicionalmente, el hecho de que los socios minoritarios se encuentren facultados para entablar, de manera derivada, una acción de responsabilidad en contra de los administradores de hecho u ocultos cuando los administradores legalmente designados no hubiesen atendido su requerimiento oportunamente, es un avance magnífico que servirá a la práctica del derecho societario en la región.

Por su parte —y con el objetivo de evitar que, mediante una inadecuada intromisión en las actividades administrativas de la compañía, se pretenda ulteriormente causar perjuicios a terceros de buena fe—, la LC determina que la compañía quedará obligada por los actos o contratos que un administrador de hecho u oculto celebre con terceros de buena fe, salvo que se demostrara que el tercero conocía aquella realidad. En cualquier caso, en la compañía es posible entablar las acciones de repetición que correspondiesen en contra de los administradores de hecho u ocultos, para resarcir los gastos en los que la compañía hubiese tenido que incurrir.

Con todo lo mencionado, la pregunta de investigación del presente trabajo ha sido respondida, al probar que la regulación de los administradores de hecho y ocultos cumple y seguirá cumpliendo cabalmente con el objetivo esencial planteado que, considerando el patrón de concentración de capital que caracteriza a los regímenes societarios latinoamericanos, sería mitigar el denominado *shareholding agency problem*, que surge entre socios controladores y socios no controladores. Conflicto que podría manifestarse mediante la intromisión de los socios mayoritarios en la marcha administrativa de la compañía en provecho de la posición de los socios de minoría.



*BUSTAMANTE FABARA, una firma orgullosamente  
ecuatoriana, reconocida internacionalmente.*

# EXPERTOS LÍDERES ESTRATEGAS INNOVADORES



**BUSTAMANTE  
FABARA**

La Firma del futuro

**Oficina Quito**

Av. Patria E4-69 y Amazonas  
Edificio COFIEC  
+593 2 256 2680  
[info@bustamantefabara.com](mailto:info@bustamantefabara.com)

**Oficina Guayaquil**

Av. Juan Tanca Marengo y  
Joaquín Orrantía | Edificio 100  
Business Plaza, Oficina 405  
[info@bustamantefabara.com](mailto:info@bustamantefabara.com)

[www.bustamantefabara.com](http://www.bustamantefabara.com)    /BUSTAMANTEFABARA

CABEZAS  
WRAY  
& ALBÁN

—  
Nuestros resultados  
son producto de la  
experiencia, integridad,  
preparación y creatividad.  
—

usticia  
presenta  
Ley de  
Nacional  
umento



CW&A

Av. de los Shyris N33-134 y República del Salvador. Edificio Libertador, piso 14.  
Telf: (593 2) 382 4613 / 382 4653 /382 4693 /382 4694

[www.cywlegal.com](http://www.cywlegal.com)

# La aplicación del principio de flexibilidad en el arbitraje ecuatoriano: ¿continuamos con la ritualización del proceso o hemos avanzado?

*Application of the flexibility principle in Ecuador's arbitration system: are we still ritualizing the process or have we moved forward?*

DANIELA ENDARA BASTIDAS\*

**Recibido / Received:** 12/06/2023

**Aceptado / Accepted:** 18/08/2023

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3001>

**Citación:**

Endara Bastidas, D. “La aplicación del principio de flexibilidad en el arbitraje ecuatoriano: ¿continuamos con la ritualización del proceso o hemos avanzado?” *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, octubre de 2023, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3001>

---

\* ECIJA GPA, Asociada Junior del Área de Litigio y Arbitraje, Quito 170523, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: [dendarab@outlook.com](mailto:dendarab@outlook.com), ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5351-2443>

## RESUMEN

Este trabajo busca responder la interrogante sobre cómo se aplica actualmente el principio de flexibilidad en el arbitraje local ecuatoriano. Para ello, primero se brinda una perspectiva de cómo ha sido abordado este tema a lo largo de los años. Posteriormente, se realiza una breve descripción respecto del principio. Esto con la finalidad de avanzar hacia un análisis de los límites que establece la normativa de arbitraje ecuatoriana y la cultura arbitral del país para la aplicación del principio de flexibilidad. Después se observan los avances en este tema en los últimos años. Finalmente se contesta la pregunta inicial indicando que se ha avanzado en una debida aplicación del principio de flexibilidad en el arbitraje ecuatoriano. Sin embargo, se plantea que todavía hay trabajo por hacer.

## PALABRAS CLAVE

Arbitraje ecuatoriano; principio de flexibilidad; procedimiento arbitral; proceso arbitral

## ABSTRACT

*This paper aims to answer the question of how the flexibility principle is being applied today in Ecuadorian local arbitration. To this end, it provides an overview of how this issue has been approached over the years. Subsequently, a brief description of the principle is provided to move towards an analysis of the limits established by Ecuadorian arbitration rules and the country's arbitration culture for an application of the principle of flexibility. Then, the progress that has been made in recent years is analyzed. And lastly, the initial question is answered by indicating that progress has been made in the proper application of the flexibility principle in Ecuadorian arbitration. However, there is still work to be done.*

## KEYWORDS

*Ecuadorian arbitration; flexibility principle; arbitral procedure; arbitral process*

## 1. INTRODUCCIÓN

El auge del arbitraje en Ecuador comenzó hace más de dos décadas, a finales de los años 90. Este suceso se generó por la necesidad de un mecanismo de resolución de disputas alternativo a la justicia ordinaria. Específicamente, se buscaba que las disputas de sectores comerciales y de inversiones, que habían tenido un crecimiento significativo en años anteriores, se lleven a cabo ante un foro más especializado, expedito y eficaz. Es por ello que, desde entonces y con la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM) en 1997, se ha escrito mucho sobre una problemática que ha enfrentado este método alternativo de solución de conflictos en el país. Esta problemática se refiere a la ritualización del proceso arbitral y los formalismos que se han trasladado a este mecanismo desde la justicia ordinaria. Esto ha impedido que se aplique, a cabalidad y de forma unificada, uno de los principios más importantes y característicos del arbitraje: la flexibilidad.

En el año 2006 se realizó una codificación a la LAM, que llevó a una reforma y sistematización de varias disposiciones del cuerpo legal que siguen vigentes. Desde aquel entonces, la práctica del arbitraje ha evolucionado a gran escala. Por ello, varios practicantes en Ecuador se han cuestionado si la norma debe ser reformada<sup>1</sup> o cómo debe ser interpretada con la finalidad de adaptarse a las nuevas tendencias del arbitraje global. Entre estos cuestionamientos se encuentra muy presente el tema de la aplicación del principio de flexibilidad. Esto se debe a que, en la comunidad arbitral ecuatoriana, se encuentra presente el sentimiento de que muchos formalismos y ritualismos propios de la justicia ordinaria han sido trasladados de una u otra forma hacia el arbitraje. Aquello se ha dado por parte de los operadores jurídicos: abogados, jueces e incluso los mismos árbitros.<sup>2</sup> Si bien esto no sucede en todos los casos, es un tema que debe estar en constante evaluación y al cual debe prestarse mucha atención con el fin de salvaguardar uno de los principios básicos que rige al sistema arbitral.

Por esta razón, el presente texto realizará un análisis sobre la aplicación de la flexibilidad en los procedimientos arbitrales en Ecuador, los límites que presenta y proponer formas para superarlos. Para ello se realizaron cinco entrevistas a distintos practicantes activos del arbitraje (abogados de parte, secretarios arbitrales y árbitros) con la finalidad de obtener sus perspectivas sobre este tema.<sup>3</sup> En las próximas líneas se plasmarán sus visiones y se las analizará

1 Edgar Ulloa, y Javier Jaramillo, "Análisis conceptual de posibles reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación tras más de dos décadas desde su publicación", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 11 (noviembre 2020): 161-213, <https://doi.org/10.36649/rea11>.

2 César Coronel Jones, "Arbitraje y Procedimiento", *Revista Iuris Dictio* 7, n.º 11 (octubre 2007): 37, <https://doi.org/10.18272/ii.v7i11.671>.

3 Los practicantes especializados en arbitraje entrevistados fueron Carla Cepeda, Javier Jaramillo Troya, Jaime Vintimilla Saldaña, María Teresa Borja y Xavier Andrade Cadena. Las entrevistas completas pueden encontrarse en los enlaces en la bibliografía.

junto con los cambios implementados en el arbitraje ecuatoriano durante los últimos años para responder a la pregunta planteada sobre si se continúa con la ritualización del proceso arbitral o si hemos avanzado en este tema.

El esquema que se seguirá para abordar los límites al principio de flexibilidad es el siguiente: primero se expondrá como se han definido y entendido las nociones generales de este principio, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en el país e internacionalmente. Después se realizará un análisis de los límites que impone la normativa de arbitraje y los dogmas culturales hacia la aplicación de la flexibilidad. Luego se plasmarán los avances que han sido implementados con el pasar de los años y se analizará si estos han sido significativos para dejar de lado los ritualismos y las formalidades que se han implementado desde el inicio del arbitraje en Ecuador. Con lo anterior se podrá contestar la interrogante planteada en el título de este trabajo al concluir cómo se ha desarrollado la aplicación del principio de flexibilidad en el arbitraje ecuatoriano. Además, se plantearán algunos de los desafíos y retos a tomar en cuenta en la práctica arbitral para que se logre incluir el principio de flexibilidad de manera unificada en los procedimientos arbitrales.

## **2. LÍMITES DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD EN EL ARBITRAJE ECUATORIANO**

Para entender cuáles son los límites de aplicación que tiene el principio de flexibilidad en el arbitraje ecuatoriano, primero, se hará una explicación del principio en cuestión; posteriormente, se analizarán los límites que impone la normativa ecuatoriana para su aplicación; y, por último, se describirán los límites culturales por los cuales no ha sido suficientemente acogido.

### **2.1. DEFINICIÓN Y NOCIONES GENERALES**

La flexibilidad es una de las características más llamativas que tiene el arbitraje y es considerada un principio del mismo. Born señala que la flexibilidad procedimental, la omisión de formalismos y la eficiencia son atributos claves del proceso arbitral y, además, fundamentales para que la comunidad empresarial prefiera el arbitraje.<sup>4</sup> Al ser un mecanismo alternativo de solución de conflictos, se encuentra investido por el principio de autonomía de la voluntad, algo que no sucede en el proceso judicial ordinario. Con base en este principio, las partes son libres de definir las reglas que guiarán su proceso para la solución de determinada controversia.<sup>5</sup> Se entiende entonces que ambos principios se

<sup>4</sup> Gary Born, *International Commercial Arbitration* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2021).

<sup>5</sup> Sentencia n.º 2573-17-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 25/08/2021, pp.59-68;

encuentran estrechamente ligados. Sin embargo, cabe mencionar que se deben respetar los límites que se le ha impuesto a la flexibilidad, como el debido proceso y el orden público, que se abordarán posteriormente.

Bajo este entendimiento, puede definirse a la flexibilidad como un principio que permite que las partes adecúen ciertas situaciones del procedimiento, previstas o no en la ley, para superar determinados escenarios con la finalidad de lograr un objetivo determinado. Además, como menciona Vargas, la flexibilidad representa una ventaja porque ayuda a que prevalezca el abordaje del fondo de la controversia sobre las formas y los ritualismos que pueden encontrarse dentro del ordenamiento jurídico.<sup>6</sup> De nuevo, esto sucede por el carácter principalmente voluntario del arbitraje.

De acuerdo con lo anterior, la flexibilidad es un medio para garantizar justicia. En palabras de Rojí, “la flexibilidad no constituye un fin en sí misma, sino un medio a nuestra disposición para alcanzar con mayor eficiencia la verdad en el procedimiento arbitral que sirva para dictar un laudo que en derecho o equidad resuelva con justicia la controversia entre las partes”.<sup>7</sup> Con esto se puede entender los límites que tiene el principio en cuestión.

Los límites que tiene el principio de flexibilidad son el debido proceso y el orden público. El debido proceso, y las garantías que emanan del mismo, se encuentra prescrito en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE).<sup>8</sup> Por su parte, el orden público se considera un límite a la autonomía de la voluntad y se entiende como “el conjunto de nociones más básicas de moralidad y de justicia de un sistema jurídico”.<sup>9</sup> En este sentido, dichos límites no pueden ser sobrepasados en aras de promover la flexibilidad. Además, la violación de las garantías de debido proceso contempladas en la CRE constituye causales de nulidad del laudo arbitral de acuerdo con las causales del artículo 31 de la LAM.<sup>10</sup>

En síntesis, la flexibilidad consiste en permitir que las partes configuren su procedimiento arbitral de la mejor forma que se ajuste a las necesidades de su caso en particular. Ello siempre respetando los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y salvaguardando los derechos de las partes. Una vez

6 Fernando N. Vargas, “La importancia de la flexibilidad del arbitraje,” *Revista Peruana de Derecho de la Empresa: Temas Actuales de Derecho Arbitral*, n.º 75 (noviembre 2021): 72, <https://rpde.tytl.com.pe/wp-content/uploads/2021/11/5-Articulo-Fernando-Nakaya-2.pdf>.

7 José M. Rojí, “Arbitraje: Flexibilidad y verdad”, *Món Jurídic*, n.º 318 (septiembre 2018): 57, <https://cms.law/en/medialocal/cms-asl/files/news-information/press-coverage/ver-articulo-completo220>.

8 Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R. O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

9 Francisco González de Cossío, “Orden público y arbitrabilidad: Dúo dinámico del arbitraje”, *Revista Auctoritas Prædientium*, n.º 1 (agosto 2008): 217, <https://www.unis.edu.gt/ap/fecha/orden-publico-arbitrariedad.pdf>.

10 Artículo 31, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM] Registro Oficial n.º 417 de 14 de diciembre de 2006.

explicadas las nociones generales del principio se puede avanzar a analizar los límites que se encuentran previstos en la normativa de arbitraje.

## 2.2. LÍMITES NORMATIVOS A LA APLICACIÓN DE LA FLEXIBILIDAD

En la legislación procesal ecuatoriana no se había prescrito a la flexibilidad como un principio aplicable a los procesos ordinarios o al arbitraje como tal. Este principio sí se ha encontrado presente en los reglamentos de los distintos centros de arbitraje del país; sin embargo, se lo había tomado en cuenta desde una perspectiva más doctrinaria. La única mención que existía hasta antes de 2021 se encuentra en el artículo 233 del Código Orgánico General de Procesos<sup>11</sup> (en adelante COGEP), que se refiere a la oportunidad de conciliación que deben brindar los jueces a las partes durante cualquier momento del proceso. Pero, cuando se expidió el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante RLAM o Reglamento), esto cambió porque dicho cuerpo legal incluyó una mención expresa en la normativa al principio de flexibilidad. En el numeral 3 del artículo 1 del RLAM se establece que “en la interpretación y aplicación de las normas de la LAM y del reglamento se tomará en cuenta la naturaleza negocial y flexible del arbitraje, así como sus principios usos y prácticas” (énfasis añadido).<sup>12</sup> Mediante esta disposición se reconoció a nivel normativo el principio de flexibilidad como parte de la naturaleza del arbitraje. Sin embargo, la flexibilidad siempre ha sido reconocida por la doctrina como un principio propio del arbitraje. En este sentido, en los siguientes párrafos se analizarán los límites que la normativa de arbitraje ecuatoriana tiene para la debida aplicación del principio de flexibilidad.

El primer límite para la aplicación del principio en cuestión se encuentra en la forma de iniciar el procedimiento que determina la LAM. En su artículo 10 se establece que “la demanda se presentará ante el director del centro de arbitraje correspondiente o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio”<sup>13</sup> y señala el contenido que debe tener la misma.

Esta idea de iniciar el procedimiento con la presentación de la demanda deviene del formalismo y los ritualismos que han sido practicados e impuestos durante años en la justicia ordinaria. Y, en ciertos casos, puede llegar a funcionar, pero no siempre. Este punto fue abarcado por varios entrevistados, quienes convergieron en la idea de que esta disposición de la LAM representa

11 Artículo 233, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R. O. Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015, reformado por última vez en R. O. Suplemento 245 de 7 de febrero de 2023.

12 Artículo 1, numeral 3, Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación [RLAM], Registro Oficial n.º 165 Suplemento de 26 de agosto de 2021.

13 Artículo 10, LAM, 2006.

un límite al principio de flexibilidad en la etapa prearbitral.<sup>14</sup> Al establecerse como obligatoriedad que el procedimiento arbitral inicie con la presentación de la demanda, al igual que en el procedimiento ordinario, se limita la implementación de prácticas que se manejan en el ámbito internacional, como iniciar el proceso arbitral con una notificación o solicitud de arbitraje. Además, se entiende que el principio de flexibilidad está siendo excluido totalmente de la fase prearbitral.

Sobre la notificación o solicitud de arbitraje, Ulloa y Jaramillo señalan que esta “constituye la forma en la que el demandante ejecuta y activa el convenio arbitral, señalando, de forma breve, la naturaleza de la controversia a ser sometida al conocimiento de los árbitros”.<sup>15</sup> En ese sentido, dichas prácticas permiten que las partes tengan mayor flexibilidad en el manejo de su procedimiento de acuerdo con las características que el mismo presenta. Además, precautelan que el principio de flexibilidad se encuentre presente desde la fase prearbitral y sean los árbitros quienes precautelen dicho principio.

Adicionalmente, un segundo límite hacia la fase prearbitral se encuentra en el artículo 11 de la LAM, que establece que los directores del centro o los árbitros independientes calificarán la demanda y mandarán a citar a la otra parte, quien tendrá diez días para dar su contestación.<sup>16</sup> Mediante esta disposición se constituye un límite a la flexibilidad debido a que el artículo no prevé la posibilidad de ampliación del plazo por acuerdo de las partes en el convenio arbitral. Para casos complejos puede resultar bastante limitado e incluso considerarse una posible vulneración al derecho a la defensa del demandado<sup>17</sup>. En la misma línea, el artículo 13 de la LAM también establece un plazo específico de cinco días para modificaciones a la demanda o a la contestación. Dicho plazo constituye de igual forma un límite a la flexibilidad debido a que no permite ser ampliado por acuerdo de las partes. Árbitros muy formalistas podrían llegar a aplicar estos plazos de manera incisiva y no permitir que, aunque exista acuerdo entre las partes, los mismos sean ampliados.

Un tercer límite que impone la normativa de arbitraje en Ecuador se encuentra en el artículo 14 de la LAM. Este prescribe que, una vez transcurrido el tiempo para contestar la demanda, con la contestación —o sin ella— los directores del Centro o los árbitros independientes deben convocar a las partes

14 Entrevista realizada a Javier Jaramillo Troya, 20 de abril de 2023. Disponible en [https://drive.google.com/file/d/1i-J7fQ0Z7USq88hJITcQW66NR3I-iwkRG/view?usp=share\\_link](https://drive.google.com/file/d/1i-J7fQ0Z7USq88hJITcQW66NR3I-iwkRG/view?usp=share_link); ver entrevista realizada a María Teresa Borja, el 04 de mayo de 2023. Disponible en: [https://drive.google.com/file/d/1n2Ux-D0S4bPOXKfhyAMXkU6ggRAaSXYU/view?usp=share\\_link](https://drive.google.com/file/d/1n2Ux-D0S4bPOXKfhyAMXkU6ggRAaSXYU/view?usp=share_link).

15 Ulloa y Jaramillo, “Análisis conceptual de posibles reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación”, 169.

16 Artículo 11, LAM, 2006.

17 Ulloa y Jaramillo, “Análisis conceptual de posibles reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación”, 167-8.

a una audiencia de mediación.<sup>18</sup> Se puede considerar a esta disposición como un límite al principio de flexibilidad debido a que la norma indica que debe realizarse un proceso de mediación obligatoria antes de dar inicio el proceso arbitral como tal. La mediación obligatoria, si bien puede ser beneficiosa debido a que permite que el sistema arbitral no se obstruya, también va contra el principio fundamental que rige a los métodos alternativos de solución de conflictos: la autonomía de la voluntad.<sup>19</sup> Por la conexión entre el principio de flexibilidad y el principio de autonomía de la voluntad, la disposición contenida en el artículo 14 de la LAM puede ser considerada como un límite a este último principio. Sin embargo, no se cuestiona que la disposición puede llegar a ser muy efectiva en la práctica y ayudar a que el sistema arbitral no se sature.

Como cuarto límite podría considerarse a la disposición contenida en el artículo 19 de la LAM, que establece las inhabilidades para ser árbitro y se refiere a que las causales de recusación y excusa de árbitros son las mismas que se encuentran previstas en el COGEP.<sup>20</sup> Al referirse expresamente a la normativa procesal ordinaria, debe analizarse esta normativa. El texto del artículo 22 del COGEP prevé una lista de causales de recusación o excusa taxativas, por lo que se entiende que no podrían ser consideradas aquellas que no estén dentro de la lista. Al aplicar el artículo 19 de manera literal en el proceso arbitral se estaría limitando el principio de flexibilidad, debido a que existen cuerpos normativos de *soft law* que podrían ser aplicados también para tipificar causales o estándares de excusa o recusación de árbitros. El RLAM ayuda a superar este límite al establecer, en el artículo 10.1, que:

[L]as partes podrán pactar libremente las reglas procesales a las que se sujetará el tribunal arbitral en sus actuaciones [...] A falta de acuerdo, [...] el tribunal decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso pudiendo para esto recurrir a los principios y prácticas de uso común en materia de arbitraje.<sup>21</sup>

Con la inclusión de este artículo en el Reglamento, se reafirma lo establecido en el artículo 38 de la LAM: que las partes son libres de establecer cuáles serán las reglas aplicables a su procedimiento.

En síntesis, dentro de la LAM se encuentran varios límites para la aplicación del principio de flexibilidad. Estos límites están principalmente en la etapa prearbitral. Es importante señalar que la flexibilidad debe estar presente durante todo el procedimiento arbitral y no solo en determinadas etapas. Por lo tanto, se considera que las disposiciones de la LAM —cuestionadas en

18 Artículo 14, LAM, 2006.

19 Dorcas Quek, "Mandatory mediation: An oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program", *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 11, n.º 2 (septiembre 2010): 484, <https://static1.squarespace.com/static/60a5863870f56068b0f097cd/t/60a69ac1e780cb5f5e59e89f/1621531329817/479-510.pdf>.

20 Artículo 19, LAM, 2006.

21 Artículo 10.1, RLAM, 2021.

este acápite— deben ser reformadas para que el principio de flexibilidad sea aplicado de manera uniforme en la normativa arbitral. Con este antecedente pasaremos a analizar los límites culturales que existen en nuestro país respecto de la aplicación de este principio.

### 2.3. LÍMITES CULTURALES A LA APLICACIÓN DE LA FLEXIBILIDAD

La normativa siempre podrá ser reformada o interpretada para incorporar de manera uniforme una correcta aplicación del principio de flexibilidad. Sin embargo, existen otros límites, como los culturales, que deben ser abordados de diferente manera con el fin de generar un cambio real en el sistema. Por ello, en esta sección se tratarán cuáles son estos límites que han impedido que se aplique el principio de flexibilidad en el arbitraje local ecuatoriano y han generado que se implementen ritualismos y formalismos propios de la justicia ordinaria.

Antes de entrar a analizar los límites es importante tomar en cuenta cómo es la cultura jurídica dentro del país. Esto se debe a que la cultura de litigio varía dependiendo de la región en donde se practique. Por ejemplo, las costumbres de ciudades de la Sierra como Quito y Cuenca son diferentes a las de ciudades de la Costa como Guayaquil. Esta cultura de litigio afecta directamente para determinar la cantidad de formalismos y ritualismos que se emplean en las diferentes regiones de Ecuador. Teniendo esto en consideración, el análisis de los límites se plasmará de manera general tomando en cuenta que en todas las regiones existe, de una u otra forma, un traslado de los ritualismos y formalismos que son propios de la justicia ordinaria hacia el procedimiento arbitral.

Se puede catalogar como primer límite cultural —por el que se han trasladado las formas y ritualismos de la justicia ordinaria al arbitraje— a la falta de cooperación que existe entre el sistema ordinario de justicia y la comunidad arbitral local para garantizar la efectividad del mecanismo alternativo.<sup>22</sup> En este sentido, existe un indebido entendimiento y una falta de preparación por parte de los jueces ordinarios en materia arbitral. Por ello, en muchas ocasiones, el sistema ordinario de justicia ha impedido que se aplique correctamente el principio de flexibilidad, imponiendo que las prácticas en el arbitraje se realicen de la misma forma que en el juicio ordinario. El ejemplo más reciente es la sentencia de nulidad del laudo arbitral dictada por el presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dentro del proceso n.º 17100-2021-00021,<sup>23</sup> en la cual se estableció que no realizar la práctica de la prueba documental en el arbitraje, de acuerdo con lo establecido en el COGEP, constituye una causal de nulidad del laudo.<sup>24</sup> Esto va en contra del principio de flexibi-

22 Eduardo Carmigiani, Carla Cepeda, y Bernarda Muriel, “Del procesalismo rígido a la modernización del arbitraje en el Ecuador: Aplicación de normas no domésticas en el arbitraje local”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 9 (agosto 2017): 201, <https://doi.org/10.36649/rea9>.

23 Causa n.º 17100-2021-00021, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, 12 de enero de 2022.

24 Artículo 196, COGEP, 2015.

lidad porque las partes tienen la autonomía de acordar libremente cómo se realizará la práctica de la prueba durante su procedimiento. En caso de falta de estipulación en el convenio arbitral o acuerdo de las partes, esta decisión podrá ser adoptada directamente por el tribunal arbitral. Esta sentencia genera cierto temor en cuanto a que, si no se practica la prueba documental de la forma establecida en el COGEP, el laudo pueda llegar a ser sujeto a nulidad. Se ve claramente una limitación al principio de flexibilidad, que se da por la existencia de una deficiente preparación en asuntos arbitrales por parte de los operadores de justicia a quienes les corresponde resolver, entre otras, acciones de nulidad de laudos.

De esto se desprende un segundo límite, que es el temor de alejarse de los ritualismos y las formalidades, permitiendo que estos primen sobre el fondo de la controversia. Esto se da en cierta medida debido a la formación que han tenido algunos operadores de justicia, que solamente han ejercido su práctica en la justicia ordinaria y desconocen los principios propios de la justicia arbitral. Uno de los sentimientos de los practicantes entrevistados es que aquello ha sido superado de cierta manera en el último tiempo.<sup>25</sup> Los cambios se han dado debido a que en la actualidad existen más árbitros y abogados de parte jóvenes, así como una mayor difusión de las prácticas más actualizadas en el arbitraje. Sin embargo, todavía sigue siendo —en determinados casos— una limitante para la aplicación del principio de flexibilidad durante todas las etapas del procedimiento arbitral.

Un tercer límite, que podría asociarse con el aspecto cultural, es la falta de entendimiento del arbitraje como mecanismo principalmente negocial. Este límite tiene mucho que ver con los dos mencionados anteriormente, y su base se encuentra en la falta de preparación en materia de arbitraje que existe en el país por parte de los operadores de justicia ordinaria. Si bien este límite está siendo superado gracias a la colaboración de la comunidad arbitral junto con las diferentes facultades de derecho de las universidades locales, todavía no se entiende completamente el concepto de que el arbitraje es un mecanismo principalmente negocial en el que las partes son dueñas de su proceso.

En la práctica del arbitraje local, la cultura ha tendido a asemejarse a la cultura judicial por el hecho de que comúnmente es el árbitro quien impone el procedimiento o las reglas a las partes; y no estas últimas quienes toman ciertas decisiones procedimentales en conjunto. Cabe recalcar que con esto no se quiere decir que la extrema flexibilidad sea buena. La naturaleza del arbitraje es heterocompositiva, esto es, que “se caracteriza porque una persona individual o colegiada, e imparcial, va a resolver el conflicto planteado entre las partes por medio de una resolución con efecto de cosa juzgada [...] el

25 Carla Cepeda, Javier Jaramillo Troya, Jaime Vintimilla Saldaña, María Teresa Borja y Xavier Andrade Cadena. Las entrevistas completas pueden encontrarse en los enlaces en la bibliografía.

tercero imparcial, actúa supra partes, imponiendo su decisión”.<sup>26</sup> En este sentido, el árbitro es quien impone su decisión a las partes. Sin embargo, gracias al carácter negocial del arbitraje, las partes pueden tomar decisiones respecto a cómo se va a llevar el procedimiento. En relación con el carácter negocial, el tribunal constituido en el proceso arbitral n.º 004-2016 llevado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ambato y Cámara de Industrias de Tungurahua hizo referencia a este, indicando que:

Es importante notar que, al reconocer el artículo 38 de la LAM al acuerdo de las partes como una fuente normativa, se reconoce que la naturaleza jurídica de las normas procesales en el arbitraje es negocial y no de Derecho público. Esto está en la esencia del arbitraje pues es lo que le permite ser flexible y distinto a los procesos judiciales. Esto no quiere decir que estas normas negociales no observen un límite común al del Derecho Público, esto es, las garantías al debido proceso y el derecho a la defensa.<sup>27</sup>

En ese sentido, cuando se habla del carácter negocial del arbitraje, se hace referencia a que las normas procesales pueden ser modificadas por el acuerdo entre las partes. Este carácter negocial es justamente lo que permite la aplicación del principio de flexibilidad. Sin embargo, esto último no ha sido entendido del todo en el país por parte de ciertos profesionales que no practican comúnmente arbitraje y operadores de justicia presentes en el sistema ordinario, lo que constituye un límite a la aplicación del principio de flexibilidad.

Por otra parte, un cuarto límite que se encuentra arraigado de manera general en la cultura de litigio judicial, y se traslada al desarrollo del procedimiento de litigio arbitral, es ocasionar incidentes o dilatar el procedimiento. Esto afecta directamente al principio de flexibilidad porque, si este no se aplica de forma correcta, se puede dar paso a que dichas prácticas lleven a uno de los dos extremos del principio: a una extrema flexibilidad, que no es buena porque minimiza por completo el deber de los árbitros de precautelar que el procedimiento se lleve a cabo en apego al debido proceso, o a una falta de aplicación del principio de flexibilidad por tratar de mantener la rigidez del proceso, en la que los árbitros no den paso a prácticas que pueden ayudar a que el proceso se desenvuelva de forma eficiente. Pero no solo los árbitros tienen en sus manos llevar el principio de flexibilidad a uno de sus extremos no deseables, sino también los abogados de parte. A estos últimos corresponde precautelar el principio, evitando las prácticas de dilatar el proceso u ocasionar incidentes hacia la justicia arbitral como estrategia procesal.

26 Susana San Cristóbal Reales, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: Negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense* XLVI (diciembre, 2012): 48.

27 Proceso Arbitral Centro de Arbitraje y Mediación Cámara de Comercio de Ambato y Cámara de Comercio de Industrias de Tungurahua, n.º 004-2016.

En suma, la transformación en términos culturales debe continuar para sobrepasar los límites mencionados en los párrafos anteriores. El traslado de los formalismos y ritualismos propios de la justicia ordinaria y su temor a dejarlos de lado, además de la falta de entendimiento del arbitraje como mecanismo principalmente de carácter negocial y la cultura de ocasionar incidentes o dilatar el procedimiento generan una afectación en la aplicación del principio de flexibilidad en el arbitraje local ecuatoriano. La difusión de información a través de instituciones y la crítica hacia prácticas ajenas al arbitraje ayudan a que se siga dando un cambio en la cultura. Por lo tanto, la tarea sigue en manos de los participantes activos en el foro arbitral.

### **3. ¿AVANZAMOS HACIA UNA DEBIDA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FLEXIBILIDAD?**

El objeto del presente trabajo es observar si —desde que se dio el auge del arbitraje en Ecuador, hace más de veinte años— se ha avanzado en una debida aplicación del principio de flexibilidad. Para ello se realizaron cinco entrevistas a abogados de parte, secretarios arbitrales y árbitros, con el fin de obtener sus perspectivas sobre este tema. En ese sentido, para responder a la cuestión planteada se realizó la siguiente pregunta a los entrevistados: “En una escala de 1 a 10, ¿qué tan flexibles han sido los arbitrajes en los que han estado involucrados?”. Siendo que 1 corresponde a que no se ha respetado en absoluto el principio de flexibilidad o no se lo ha tomado en consideración y 10 representa que se ha respetado y aplicado el principio de flexibilidad. Esto último con la salvedad de que el criterio 10 no es la flexibilidad extrema mencionada en el acápite anterior.

Calculando la media de las respuestas brindadas se obtuvo que la puntuación sobre flexibilidad es 6,5/10.<sup>28</sup> Esa calificación, junto con lo analizado en la sección anterior, brinda luces para contestar a la interrogante planteada, pero no es suficiente. Por esta razón se analizarán aquellas cuestiones que han permitido que poco a poco se aplique de mejor manera el principio de flexibilidad en el arbitraje local.

Recién en el año 2021, con la expedición del RLAM, se reconoció a nivel normativo la naturaleza flexible del arbitraje. Antes de esa fecha, el principio se encontraba presente, pero el reconocimiento que tenía estaba en un nivel doctrinario. La realidad es que la implementación del Reglamento constituyó un avance importante para la regulación del arbitraje local, ya que “es una recopilación de las mejores prácticas en arbitraje que ya se habían consagrado

<sup>28</sup> Carla Cepeda, Javier Jaramillo Troya, Jaime Vintimilla Saldaña, María Teresa Borja y Xavier Andrade Cadena. Las entrevistas completas pueden encontrarse en los enlaces en la bibliografía.

en muchas decisiones de cortes y tribunales arbitrales”.<sup>29</sup> Las disposiciones que contiene el Reglamento ayudan para que se aplique de mejor manera el principio de flexibilidad. Por ejemplo, se incluyó el reconocimiento normativo de la figura del árbitro de emergencia para procedimientos de medidas cautelares.<sup>30</sup> Este reconocimiento tiene relación con el principio de flexibilidad debido a que, a través del mismo, se abrió paso a la implementación de esta práctica que ya estaba presente en el mundo y que flexibiliza que —en determinadas circunstancias— se realice un arbitraje más expedito con la finalidad de obtener de forma rápida las medidas cautelares para salvaguardar una correcta ejecución de un laudo en un procedimiento arbitral posterior. Ello permite un mejor desarrollo del procedimiento de acuerdo con las necesidades y circunstancias de las partes.

También se reconoce de manera más clara la libertad de regulación de las actuaciones, indicando que son las partes quienes podrán pactar libremente las reglas procesales a las que debe sujetarse el tribunal arbitral.<sup>31</sup> Esto último permite romper con el dogma cultural sobre si las partes pueden pactar normas no domésticas en el arbitraje local ecuatoriano. En este sentido se puede concluir que, después de casi veinte años sin cambios a la normativa de arbitraje local, la expedición del Reglamento constituyó una gran ayuda para que prácticas más modernas sean aplicadas en el arbitraje ecuatoriano y significó un avance hacia una debida aplicación del principio de flexibilidad.

De la mano de la expedición del RLAM se realizaron cambios en los reglamentos de arbitraje de los distintos centros del país. Estos han ayudado a una mejor aplicación del principio en cuestión. Por ejemplo, el reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana (en adelante Reglamento AMCHAM) fue el primero en incluir la regulación de la figura del árbitro de emergencia meses después de que se expidió el RLAM.<sup>32</sup> Posteriormente, el reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil (en adelante Reglamento CAC) también incluyó la regulación de la figura.<sup>33</sup> Recientemente, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito incluyó dicha figura en su nuevo Reglamento (en adelante Reglamento CCQ) expedido el 26 de julio de 2023.<sup>34</sup> Asimismo, tanto el Reglamento AMCHAM como el Reglamento

29 Hugo García Larriva, y Bernarda Muriel Bedoya, “Tras bastidores del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 12 (octubre, 2021): 230, <https://doi.org/10.36649/rea12>.

30 Artículo 8, RLAM, 2021.

31 Artículo 10, RLAM, 2021.

32 Artículo 19, Reglamento de Arbitraje Local para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana AMCHAM Quito, 1 de enero de 2022.

33 Artículo 25, Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Cámara de Comercio de Guayaquil, 1 de octubre de 2022.

34 Capítulo X, artículos 121 a 138, Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito [Reglamento de Arbitraje y Mediación CCQ], 26 de julio de 2023.

CAC y el Reglamento CCQ han mejorado sus disposiciones respecto al manejo del procedimiento arbitral, permitiendo que exista una mayor flexibilidad en los procesos en los que se pacten dichas normas.

Sin embargo, todavía existen algunas cuestiones que pueden ser mejoradas o ampliadas para garantizar una mejor aplicación del principio de flexibilidad. Por ejemplo, los reglamentos de los centros de arbitraje podrían incluir disposiciones para la tramitación de un procedimiento expedito o abreviado para los casos que lo requieran. Esta práctica es comúnmente regulada por los reglamentos de los centros de arbitraje internacionales y es ampliamente aceptada por la comunidad arbitral.<sup>35</sup> El nuevo Reglamento CCQ incursiona en la implementación de este tipo de procedimiento en el país, que se encuentra regulado en el capítulo XI y comprende los artículos 139 a 145.<sup>36</sup> El objetivo de tener procedimientos abreviados es acortar la duración del arbitraje y reducir sus costos para determinados procedimientos. La implementación de esta práctica en el arbitraje local encaminaría a una debida aplicación de la flexibilidad.

Se puede observar que en el último tiempo se han implementado cambios de índole normativos que brindan nuevas herramientas para aplicar de mejor forma el principio de flexibilidad en el arbitraje ecuatoriano. Estos cambios, junto con su difusión, pueden ayudar a que el cambio se dé también a nivel cultural. Sin embargo, todavía hay cuestiones que pueden ser mejoradas para avanzar.

#### 4. CONCLUSIONES

La respuesta a la pregunta inicial es que sí se ha avanzado en la aplicación del principio de flexibilidad en el arbitraje ecuatoriano desde que comenzó el auge del arbitraje en Ecuador con la promulgación de la LAM hace más de dos décadas. El problema planteado desde sus inicios no es solo de índole normativa, sino también cultural. A pesar del avance que se está dando, todavía existen cuestiones que limitan la aplicación del principio de flexibilidad. El principio de flexibilidad debe ser aplicado en todos los momentos del proceso arbitral. Del análisis realizado sobre los límites normativos se puede observar que la regulación ecuatoriana ha logrado que la etapa prearbitral sea más inflexible que las demás. Sin embargo, dichas limitaciones pueden ser superadas a través de reformas a la LAM que implementen prácticas internacionales aceptadas en gran escala o a través de la implementación de dichas prácticas en los reglamentos de los centros de arbitraje del país.

35 Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Singapur; Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong; y Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

36 Capítulo XI, Reglamento de Arbitraje y Mediación CCQ.

Con respecto a los límites culturales la situación es diferente. Si bien el sentimiento de que se ha avanzado en dejar de lado los ritualismos y las formalidades del proceso ordinario es grande, todavía existen casos como el mencionado en el acápite segundo que generan dudas. La principal manera de atacar este tipo de límites es a través de la formación en arbitraje y difusión del mecanismo de solución de controversias a través de distintos canales como las universidades, charlas, seminarios, conferencias, escritos de divulgación, entre otros. Poco a poco, las ideologías y los dogmas culturales irán cambiando. Pero es deber de toda la comunidad arbitral continuar trabajando en ello.

Si bien los avances han sido positivos y han permitido desarrollar el principio de flexibilidad en el país, todavía queda trabajo por hacer. El sentimiento de flexibilidad en el arbitraje local todavía no alcanza niveles deseables. Esto quiere decir que se podrían realizar cambios —principalmente normativos— para equiparar el nivel de flexibilidad en el arbitraje local con aquel que existe en el resto del mundo con las prácticas mencionadas en el presente artículo, por ejemplo, iniciar el procedimiento con una solicitud o notificación de arbitraje, permitir la ampliación de plazos para la presentación de escritos y permitir la implementación de prácticas internacionales para la etapa probatoria. Las mismas permiten salvaguardar que se respete el principio de flexibilidad a lo largo de todo el procedimiento, desde la fase prearbitral hasta la emisión del laudo. Sin embargo, todavía no han sido implementadas en el país. Por esta razón, se debe continuar cuestionando y reflexionando sobre este tema.



# CARMIGNIANI PÉREZ

ABOGADOS

AV. 9 DE OCTUBRE 100, EDIF. LA PREVISORA OF. 2202.  
T: 593-4-2300600 GUAYAQUIL - ECUADOR | EC090306

---

AV. NACIONES UNIDAS E20-30 Y NUÑEZ DE VELA, EDIF. METROPOLITAN, OF. 1107.  
T: 593-2-3959590 QUITO - ECUADOR | EC170507 | WWW.CPLAW.EC

## ÁREAS DE PRÁCTICA



Resolución de Conflictos



Derecho Laboral



Derecho Civil y Comercial



Banca, Fideicomisos y Mercado de Valores



Sector Público y Privatizaciones



Derecho Aduanero



Propiedad Intelectual



Derecho Marítimo y Portuario



Derecho de Competencia



Derecho Tributario



Compliance

## MARCAMOS LA DIFERENCIA EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

### RECONOCIMIENTOS



IFLR1000





# El daño en las acciones de wrongful conception y su reparación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

## *Damages in wrongful conception actions and their compensation in the Ecuadorian legal system*

OSWALDO RUIZ MERA\*

LUIS FELIPE CAMPANA MONGE\*\*

JUAN FRANCISCO MARÍN BERMEO\*\*\*

**Recibido / Received:** 25/06/2023

**Aceptado / Accepted:** 08/08/2023

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3025>

### **Citación:**

Ruiz Mera, O. L.F. Campana Monge, J.F. Marín Bermeo. “El daño en las acciones de wrongful conception y su reparación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, octubre de 2023, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3025>

\* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: osruizmera@gmail.com, ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1404-0911>

\*\* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: lfcampana@stud.usfq.edu.ec. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0005-3229-5004>

\*\*\* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: jmarinbermeo@gmail.com, ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0007-3412-1096>

## RESUMEN

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano no existe un marco normativo aplicable a los supuestos de reclamación por daños relacionados con la vida. Entre estos tipos de daños, aquellos que derivan de casos de anticoncepción fallida o *wrongful conception* requieren un análisis particularmente exhaustivo, a riesgo de considerar la existencia misma de una persona como un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial. Así, ante el perjuicio que implica, no la vida misma de un niño o niña no deseado, sino las lesiones a derechos reproductivos y al patrimonio de los progenitores a causa de considerables gastos adicionales en los que se ven obligados a incurrir, se evidencia la necesidad de dar una solución uniforme para este tipo de casos de mala praxis médica, así como la propuesta de un estándar razonable para la reparación de estos daños.

## PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil; daños; *wrongful conception*; anticoncepción fallida; negligencia médica; responsabilidad médica; indemnización; cuantificación

## ABSTRACT

*In the Ecuadorian legal system, there is no normative framework applicable to claims for life-related damages. Among these types of damages, those arising from cases of wrongful conception require a particularly thorough analysis, at the risk of considering a person's very existence as economic and non-economic damages. Thus, considering the harm it may cause —not the life of an unwanted child, but the harm to the reproductive rights and patrimony of the parents as a result of these additional costs— the need to provide a uniform solution for this type of medical malpractice cases is evident, as well as the proposal of a reasonable standard for the reparation of these damages.*

## KEYWORDS

*Civil liability; torts; wrongful conception; failed contraception; medical malpractice; medical liability; damages; compensation.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El daño como presupuesto de responsabilidad civil obedece a múltiples criterios para ser indemnizable. La reparabilidad del daño, entendida como cuan susceptible es el daño de ser indemnizado, puede verse afectada por diversos motivos relacionados con el llamado “problema de la distribución de los infortunios”.<sup>1</sup> En principio, es el titular de un bien jurídico protegido quien ha de soportar los daños que resultan de su titularidad. Esta es la regla general en materia de asunción de daños, que deriva del principio *casum sentit dominus*.<sup>2</sup> En este sentido, trasladar el daño a alguien distinto a quien lo sufrió constituye una excepción a la distribución de los infortunios. De modo que, a menos que existan fundamentos fácticos y jurídicos que permitan atribuirlo a persona distinta de la que lo sufrió, no es resarcible.

Sea por su determinación, certeza o cuan directo o lesivo sea este detrimento, la reparabilidad del daño es una noción que requiere ser abarcada *ad hoc*, caso por caso. ¿Qué sucede entonces en los casos en los que la existencia del daño en sí mismo es debatible? ¿Qué tratamiento debe dar el ordenamiento jurídico a los supuestos en los que no existe una clara demarcación sobre la forma de resarcirlo? Si bien esta es una problemática que atañe a varios tipos de daños, esta discusión se torna más álgida cuando entraña a la vida misma como un potencial daño susceptible de reparación.

La acción de *wrongful conception* es un supuesto de reclamación por responsabilidad civil relacionado con el derecho a la vida que se ha tornado particularmente relevante en la actualidad. En estos casos, el daño surge tras un procedimiento anticonceptivo fallido que lleva a un embarazo no deseado, y mucho menos previsto, por los progenitores. Aunque el niño o niña nazca sano, el daño sobre quien se articula la demanda es precisamente el hecho de esta concepción y de haber llevado a término un embarazo a causa de la anti-concepción fallida.<sup>3</sup> De esta forma, los agraviados por esta mala práctica son los progenitores, quienes acudieron a un profesional médico para someterse a un procedimiento que impida la concepción y se vieron perjudicados por los resultados infructuosos del mismo.

Respecto al enfoque de la pretensión en este tipo de acciones, los demandantes se ven confrontados con el rechazo que puede recibir el planteamiento de una demanda cuyo daño parecería centrarse en el nacimiento o la vida misma

1 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial: La responsabilidad civil extracontractual* (Pamplona: Civitas y Thomson Reuters, 2011), 21.

2 Díez-Picazo expone que a efectos de trasladar el daño a una persona distinta de la que directamente lo sufrió, esta otra debe haber actuado de forma que, sin mediar su actuación, el daño no se hubiera producido. Caso contrario, prima el principio *casum sentit dominus* y el titular del bien jurídico lesionado ha de soportar los daños que resulten de ostentarlo. Ver *ibid.*, 22.

3 Andrea Macía, “La responsabilidad civil médica: Las llamadas acciones de wrongful birth and wrongful life”, *Revista de Derecho*, n.º 27 (julio 2007): 9, <https://www.redalyc.org/pdf/851/85102702.pdf>.

de su hijo o hija, y la contrariedad de esto con los principios fundamentales consagrados en el ordenamiento jurídico. Por ello, se adopta la doctrina alemana de la separación *trennungslehre* y se enfoca el presupuesto de reclamación del daño, no en el hecho de la vida del hijo, sino en bienes e intereses jurídicamente protegidos como la lesión de la libertad de procreación o los propios gastos que acarrea el niño.<sup>4</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, como se verá más adelante, la mayor complejidad en estos supuestos recaerá en demostrar que el profesional médico —encargado del procedimiento anticonceptivo— es el llamado a responder por el daño resultado de su falla y, aún más, de determinar un método idóneo para cuantificar los detrimentos patrimoniales o extrapatrimoniales que su acción u omisión provoque.

De esta manera, el presente trabajo busca determinar los presupuestos que deben verificarse para dar lugar a la responsabilidad civil en los casos de anticoncepción fallida o *wrongful conception*, su aplicación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y las posibles formas de cuantificación de la indemnización producto de este daño. Cabe señalar que, si bien existen varios supuestos de anticoncepción fallida que pueden verse comprendidos en esta acción, para efectos del presente análisis, los casos *sub examine* se reducirán específicamente a aquellos de esterilización fallida. Esta implica que, a pesar de haberse practicado un procedimiento de ligadura de trompas, histerectomía o vasectomía, se produce la concepción y el nacimiento de la persona.<sup>5</sup>

En este respecto, se han planteado dos supuestos que pueden generar responsabilidad médica. Por un lado, la práctica negligente de la esterilización y, por otro, la omisión de la información sobre los riesgos del fracaso de la intervención, por ejemplo, no informar al paciente sobre las posibilidades de recanalización espontánea o sobre las medidas necesarias luego de la intervención.<sup>6</sup>

Así, para efectos del presente trabajo, se parte del (i) análisis del tipo de responsabilidad surgida en este supuesto de mala praxis médica; para luego adentrarse en (ii) los daños provenientes de la esterilización fallida; (iii) la mala praxis médica como hecho ilícito; (iv) el nexo causal entre la culpa galénica y el daño como consecuencia de la anticoncepción fallida; todo desde una óptica de aplicación dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, para finalmente concluir sobre (v) la indemnización y cuantificación del daño en la acción de *wrongful conception* en nuestro sistema jurídico.

4 Ibid., 10.

5 Mónica Fernández, “La ampliación del concepto tradicional de wrongful conception en el campo de la responsabilidad médica en Colombia”. *Revista IUSTA*, n.º 54 (2021): 6-7, <https://doi.org/10.15332/25005286.6550>.

6 Ibid.

## 2. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL APLICABLE A LA ACCIÓN POR ANTICONCEPCIÓN FALLIDA

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano están reconocidos dos regímenes de responsabilidad civil: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. En este sentido, analizar a qué régimen debe atenerse un profesional de la salud es esencial, puesto que de esto dependerá que se configuren o no los presupuestos necesarios para que proceda la indemnización del daño.

Por un lado, en el caso *Aguirre Troya c. Blum Pinto*, la Corte Nacional de Justicia concluyó que, para determinar si un médico incurre en responsabilidad contractual en perjuicio de su paciente, existen cuatro requisitos indispensables: (i) que exista un contrato válido entre las partes, (ii) que dicho contrato genere una obligación, (iii) que la parte que está obligada incumpla culposa o dolosamente la obligación, al mismo tiempo que la parte que reclama no esté en mora de sus propias obligaciones y (iv) que como consecuencia del incumplimiento se hubiere producido un daño real.<sup>7</sup>

Por otro lado, para verificarse un supuesto de responsabilidad extracontractual, el daño debe carecer de este vínculo contractual previo médico-paciente. En la sentencia aludida se menciona que, si la omisión del médico hubiese sido causa directa del fallecimiento del *nasciturus*, la acción por responsabilidad extracontractual procedía por la legitimación de los padres para reclamar daños por esta relación de parentesco. No obstante, como no se verificó en este caso la causalidad descrita, la responsabilidad civil derivó finalmente del incumplimiento contractual al deber de información del médico respecto a una enfermedad que podía causar daños al no nacido. Así, de lo referido se desprende que la configuración de responsabilidad civil extracontractual depende principalmente del sujeto pasivo del daño y su carencia de nexo contractual con el agente dañoso, como se comprueba en el primer requisito de la responsabilidad contractual señalado *ut supra*.

Por consiguiente, en las acciones de *wrongful conception*, el sujeto pasivo del daño es el progenitor. Este afronta las consecuencias patrimoniales y extra-patrimoniales del embarazo y nacimiento no deseados. Este menoscabo es ocasionado por fallas en un procedimiento anticonceptivo practicado por el médico tratante bajo una relación contractual médico-paciente. Por lo tanto, se puede evidenciar que la fuente de este vínculo es netamente contractual.

Ahora bien, ¿qué sucede si el progenitor que reclama una indemnización por este daño no es quien se sometió al procedimiento? A modo de ejemplo, si el

<sup>7</sup> Causa n.º 17711-2014-0158, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 7 de agosto de 2015, pág. 35.

único progenitor que asume los menoscabos patrimoniales o extrapatrimoniales derivados de la concepción que se quiso evitar es la madre, pero fue el padre del niño o la niña quien se realizó una vasectomía, ¿existe un vínculo obligacional entre la madre y el médico que practicó dicha operación que pueda dar lugar a responsabilidad contractual? Como se puede constatar, el régimen de responsabilidad civil aplicable a la acción por anticoncepción fallida no es uniforme.

En cada caso se deberá analizar si el afectado (i) mantuvo una relación médico-paciente con el profesional encargado de la operación anticonceptiva, (ii) si fue incumplida una obligación originada de este contrato de prestación de servicios médicos y (iii) si a causa de este incumplimiento se ha producido el daño. Caso contrario, corresponde determinar si, a pesar de no mediar un contrato entre las partes, (i) el daño fue ocasionado (ii) por una acción u omisión del médico que vulnere el deber general de responsabilidad para con terceros y (iii) que este hecho haya sido causa directa del daño. De verificarse estos presupuestos, podría configurarse responsabilidad civil extracontractual y el daño sería indemnizable.

Sobre esto se pronunció el Tribunal Superior de Medellín en una sentencia inédita respecto a los daños relacionados con la vida. En su resolución, el tribunal sostuvo que en los casos de *wrongful conception*, trátase de responsabilidad contractual o extracontractual, el daño a reparar es la vulneración del derecho a la decisión de procrear (o no) junto con las consecuencias que genere esa lesión en el proyecto vital del titular de esa garantía. Bajo este fundamento, se aclaró que estos derechos de los procreadores son autónomos y, por tanto, no se contraponen a los derechos propios del nuevo ser, que siguen siendo protegidos por el ordenamiento jurídico.<sup>8</sup>

En cuanto al hecho ilícito, este dependerá de las obligaciones asumidas por el profesional sanitario. Por más que aquellas que atañen a la práctica médica sean de medios, se verifica el incumplimiento si un error imputable al galeno ocasiona que se produzca la concepción no deseada. Ya sea a título de negligencia o dolo conforme a la gradación de la culpa galénica, puede verificarse este supuesto de responsabilidad contractual en las fases durante, previa o postoperatoria. De este modo, el hecho generador puede derivar no solo de la mala práctica de la intervención quirúrgica, sino de una actuación negligente al momento del diagnóstico, de indicar los procedimientos a seguir para su eficacia o por faltar al deber de información dictado por la *lex artis* médica.<sup>9</sup> En este aspecto cabe señalar que, sin perjuicio de la determinación

<sup>8</sup> Alcides de Jesús Gallego Toro c. E.P.S. Saludcoop, Tribunal Superior de Medellín, 13 de diciembre de 2022, pág. 16.

<sup>9</sup> *Ibid.*, 14.

de la relación contractual con su paciente, de verificarse el daño por la falta de diligencia en la praxis médica, se configuraría igualmente el hecho antijurídico como presupuesto de responsabilidad extracontractual.

Finalmente, en lo relativo a la relación de causalidad entre el daño y el hecho antijurídico, lo único que varía en uno u otro régimen de responsabilidad es el referido hecho. En la responsabilidad contractual, el nexo causal se constituiría de la relación entre el incumplimiento del profesional médico que dio lugar a la anticoncepción fallida y los daños derivados de la misma al engendrar un hijo o una hija no planificado. En la responsabilidad aquiliana se requeriría demostrar la relación directa entre la negligencia médica y el detrimento patrimonial o extrapatrimonial producto de la misma.

En este respecto se debe delimitar el alcance de los menoscabos ocasionados por el acto médico y aquellos que no están directamente relacionados con este. A modo de ejemplo, es muy probable que el menor requiera cuidados específicos por condiciones médicas congénitas, como tratamientos oftalmológicos, dermatológicos o dentales. Para el efecto, el alcance de la reparación en los casos de *wrongful conception* no pueden abarcar consideraciones específicas a la crianza o salud de cada individuo que escapen a las consecuencias directas de la negligencia médica.

### 3. DAÑOS PROVENIENTES DE LA ESTERILIZACIÓN FALLIDA

El primer elemento por analizar, antes de declarar la responsabilidad civil contractual o extracontractual, es la existencia de un daño. El daño desde el punto de vista jurídico puede ser definido como el detrimento o menoscabo ocasionado a los bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de una persona.<sup>10</sup> Precisamente, el artículo 2214 del Código Civil (en adelante CC) reconoce el principio que prescribe que quien ha inferido un daño a otro está obligado a repararlo.<sup>11</sup> Al respecto se establece que, para que dicho daño pueda ser reparado, es necesario que el ordenamiento jurídico prevea una consecuencia jurídica ante ese hecho dañoso.

En la doctrina, para que un daño pueda ser indemnizado, este debe ser cierto, subsistente y afectar a un interés legítimo y lícito de la víctima. Acerca del daño cierto, Alejandro Ponce Martínez menciona que “la certeza de su existencia es un presupuesto indispensable, pues el daño a los efectos de la responsabilidad es aquel cuya existencia se ha probado adecuadamente. Los que

10 Javier Jaramillo, *De la responsabilidad civil* (Bogotá: Temis, 1990), 5.

11 Artículo 2214, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526 de 14 de marzo de 2022.

son hipotéticos o eventuales no son resarcibles”.<sup>12</sup> Por lo tanto, para verificar la certeza de un daño, es necesario demostrar la existencia real y efectiva del acto u omisión, pues resulta ineficiente una mera posibilidad para determinar una eventual responsabilidad civil. Por lo mismo, existe una serie de requisitos indispensables, además de los ya expuestos, para que se declare la obligación de resarcir un daño como aquel que es objeto del presente análisis.

### 3.1. REQUISITOS PARA LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO

El jurista Corral Talciani enuncia cinco elementos que deben estar presentes para que un daño sea resarcible: la certeza del daño, la relación directa con el hecho ilícito, previsibilidad, que dicho daño subsista y, por último, magnitud suficiente.<sup>13</sup> La certeza del daño, como fue descrita anteriormente, debe denotar cuán real y efectiva es la consecuencia del hecho dañoso, sin importar si es presente o futuro. Para lo cual hay que analizarlo bajo la óptica del común recurrir de los acontecimientos. Por lo que, en un caso de *wrongful conception*, el daño es cierto siempre y cuando los daños sufridos por el paciente efectivamente se traduzcan en un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial y no en una afectación hipotética.<sup>14</sup>

Por su parte, la relación directa del daño con el hecho ilícito implica que el perjuicio o menoscabo se origine en el hecho antijurídico identificado. Lo que conlleva a que los daños secundarios o indirectos no sean indemnizables.<sup>15</sup> Esta relación podría verificarse únicamente en el supuesto que el médico sea el responsable directo por *wrongful conception*, ya sea por actuación negligente o por dolo.

La previsibilidad es esencial para que exista un factor de conexión en la causalidad daño-hecho antijurídico. El daño se produce en el marco de un desenvolvimiento anormal y extraordinario de las circunstancias. Por lo que, si fue imposible de prever por el agente y además era imprevisible para cualquier hombre razonable, no puede considerarse un efecto directo de la acción dañosa<sup>16</sup>. En este supuesto, cuando un paciente decide celebrar un negocio jurídico como el *sub examine*, lo hace con la finalidad de evitar la concepción de un hijo. Por lo que, en principio, el paciente tiene una expectativa razonable de no tener que afrontar un embarazo, mucho menos tener un hijo.

Por otro lado, la subsistencia del daño asegura que no haya un enriquecimiento injustificado al prohibir que la persona afectada reciba una doble

12 Alejandro Ponce, “Responsabilidad civil extracontractual,” *Revista Jurídica de la Sección Académica de Ciencias Jurídicas de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión* 1, n.º 5 (enero 2015): 83.

13 Hernán Corral, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2013), 8-9.

14 Sentencia n.º 188/2013, Audiencia Provincial de Gerona, 6 de mayo de 2013, párrs. 11-3.

15 José Díez, *El daño extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 71.

16 Corral, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 7-8.

compensación.<sup>17</sup> Respecto a este presupuesto, no podría surgir un deber indemnizatorio si es que ya existió una reparación previa a la acción de *wrongful conception*. En este sentido, existiría igualmente un enriquecimiento sin causa si, habiéndose otorgado una indemnización que abarque gastos de educación primaria, secundaria y universitaria, el hijo de los indemnizados únicamente culmina su educación secundaria. En este último caso, existiría una reparación inexacta respecto a daños insubsistentes, al haberse indemnizado más de los efectivamente verificados, o incluso de daños inciertos. En uno u otro supuesto esto podría conllevar a un enriquecimiento injustificado por un error en el alcance y cuantificación de la reparación. Por lo cual, es crucial determinar un estándar razonable para estos efectos, como se analizará en la sección final.

En cuanto a la última de las condiciones requeridas, según la doctrina, para que el daño sea jurídicamente relevante y pueda ser fundamento de una indemnización a título de responsabilidad civil, la magnitud suficiente es un requisito fundamental. Esta última, con base en un estándar delimitado por el “principio de tolerancia del daño ínfimo”, implica que todo daño que se pretenda indemnizar sea significativo. Es decir, que el supuesto menoscabo no sea más gravoso que los recursos requeridos para obtener su reparación.<sup>18</sup> La vulneración del derecho a la decisión de procrear (o no) y sus consecuencias son susceptibles de causar una afectación de magnitud suficiente en la medida que lesionen el proyecto vital del titular. De esta forma, basta que se produzca una concepción no deseada tras la operación de anticoncepción fallida para que la víctima pueda plantear esta acción.

Cabe hacer una puntualización respecto al alcance de la indemnización por daños extrapatrimoniales en sede de responsabilidad contractual. Que estos puedan abarcarse igualmente en la discusión sobre la reparabilidad de los daños relacionados con la vida se debe a un nuevo criterio acuñado por la doctrina moderna.

El artículo 1572 del CC establece que “[l]a indemnización de perjuicios comprende al daño emergente y al lucro cesante” y parece excluir al “daño moral” de este resarcimiento. Aunque a primera vista esta norma parece exceptuar al daño extrapatrimonial de la indemnización por daños en materia contractual, su reparabilidad obedece al criterio del tenor literal del artículo. De ese modo, en un ejercicio de hermenéutica jurídica, se determina el debido alcance de la norma, considerando que el principio de reparación integral es el fundamento de la indemnizabilidad de todo daño.<sup>19</sup> Este criterio se vio vertido tanto en el informe de debate sobre el proyecto de Ley Reformatoria del Código

17 Ibid., 9.

18 Ibid., 10.

19 Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, y Antonio Vodanovic, *Tratado de las obligaciones* (Santiago de Chile: Ediciones EJS, 2016), 296.

Civil sobre la Reparación de Daños Morales como en los considerandos de la misma ley.<sup>20</sup> En virtud de lo cual el alcance del artículo se reduce a separar al daño moral de la distribución del daño patrimonial en razón de su carácter extrapatrimonial.<sup>21</sup> Por lo que es perfectamente posible demandar daños extrapatrimoniales en casos de responsabilidad contractual.

Este criterio ha sido sostenido igualmente en la jurisprudencia ecuatoriana. La Corte Nacional de Justicia, en el emblemático caso Hotel Boulevard c. Londohotel, ratificó la sentencia del juez de instancia que otorgó US\$ 400 000,00 por concepto de indemnización “por el daño moral causado a la buena imagen y prestigio del Hotel Casino Boulevard”.<sup>22</sup> Como lo reafirmó la Corte, el hecho generador del daño fue “el incumplimiento del contrato de administración hotelera por parte de London hotel S. A. provocado por el abandono de la operación hotelera, la desatención a los huéspedes y al personal de trabajadores”.<sup>23</sup>

Otro caso muy ilustrativo sobre la procedencia de esta indemnización es el de Nidian Torres c. USFQ. En esta causa, la Corte Nacional de Justicia otorgó US\$ 80 000,00 a la accionante Nidian Torres Noboa debido a la “conmoción, incertidumbre, angustia, ansiedad, por la negativa del otorgamiento de su título de Especialista de Derecho en Oftalmología, que le impidió su crecimiento profesional y laboral”.<sup>24</sup>

Asimismo, cabe mencionar que también han existido casos en los cuales se ha reconocido daño moral producto de un incumplimiento contractual, mas no se ha resarcido pecuniariamente. Este es el caso de Morales c. Interoceánica, en el que la Corte Provincial de Pichincha resolvió otorgar una medida de satisfacción a favor de David Morales Vela al disponer que la compañía aseguradora Interoceánica C. A. presente sus disculpas en oficio y certificación remitidos a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. Esto en referencia al reporte de siniestro de tránsito en el que la compañía declaró que el beneficiario del seguro y actor en el proceso se encontraba en estado de embriaguez a fin de no cubrir la póliza de seguro, “acusándolo de un hecho que implica infracción legal [...], vulnerando un derecho personalísimo del

20 Luis Parraguez, y Juan Darquea, “La arbitrabilidad del daño moral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 8, (junio 2017): 108, [https://iea.ec/pdfs/2016/REA\\_n8\\_Art4.pdf](https://iea.ec/pdfs/2016/REA_n8_Art4.pdf).

21 Es conocida la intención originaria del legislador en este respecto. Como lo señalan Parraguez y Darquea, en los considerandos de la Ley Reformatoria del Código Civil sobre la Reparación de Daños Morales se reconoce igualmente que existe un sinnúmero de situaciones y actos ilícitos que pueden generar daños morales, y que estos daños deben ser reparados. Para la doctrina jurídica no hay dudas de que el incumplimiento contractual es un hecho ilícito que contraviene no solamente la ley del contrato (artículo 1561 CC), sino también los fundamentos mismos del sistema negocial; y honrar las obligaciones contractuales libremente asumidas no es solo una legítima aspiración de los contratantes, sino un valor social que se integra al ordenamiento jurídico, por lo que puede ser fuente de daños morales que deben indemnizarse. Ver *ibid.*, 107-8.

22 Hotel Boulevard c. Londohotel, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 8 de septiembre de 2010, pág. 7.

23 *Ibid.*, pág. 3.

24 Nidian Torres c. USFQ, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 8 de septiembre de 2017, pág. 11.

actor”.<sup>25</sup> Sin embargo, en este caso, la Corte Provincial dictaminó que no procedía disponer un resarcimiento económico “por no hallarse justificado algún presupuesto para cuantificarlo”.<sup>26</sup> Todo lo cual evidencia la falta de uniformidad respecto al criterio de indemnización por daños provenientes de incumplimientos contractuales.

### 3.2. CLASIFICACIONES DEL DAÑO

A su vez, la doctrina ha establecido distintas clasificaciones en las que un daño puede subsumirse y ser delimitado a fin de verificar su reparabilidad. Para ello, se han utilizado diversos parámetros como previsibilidad, causalidad, manifestación en una línea de tiempo, su ocurrencia o su naturaleza. Estas clasificaciones ayudan a delimitar la forma del perjuicio sufrido y, en consecuencia, sirven para establecer de mejor manera el fundamento de la indemnización. En primer lugar, la previsibilidad se subdivide en daño previsible e imprevisible. El primero implica que la conducta pudo o debió haberse anticipado, empleando certeza razonable. Por otro lado, el daño imprevisible es aquel que no podría ser anticipado por el afectado.<sup>27</sup> Esto se puede determinar en el caso de una esterilización fallida cuando el médico incumple con su deber de información. En consecuencia, el mero hecho de informar acerca de los riesgos de que la intervención no sea fructífera podría hacer que no se verifique el requisito de previsibilidad.

En segundo lugar, se relaciona la conexión que hay entre el daño en sí y el hecho antijurídico. Esta clasificación divide al daño en directo o indirecto. El primero es una consecuencia natural del hecho ilícito. Por otro lado, los daños indirectos carecen del elemento de causalidad, por lo que no pueden ser indemnizados.<sup>28</sup> Dentro de este caso, el ejemplo consiste en que una persona acuda ante un profesional de la salud con la finalidad de quedar imposibilitada de tener hijos. Así, el daño sería causado directamente por el ilícito de mala praxis médica.

En tercer lugar, la manifestación del daño en una línea de tiempo puede ser consumado o instantáneo cuando se manifiesta de forma total tras el hecho originador. A su vez, un daño es de producción sucesiva o continuado cuando existe una afectación que se prolonga en el tiempo, iniciando desde el hecho originador sin parar.<sup>29</sup> Por último, un daño se clasifica como oculto cuando es manifestado después de haber transcurrido cierto tiempo desde el hecho

25 Morales c. Interoceánica, Corte Provincial de Pichincha, Sala de lo Civil y Mercantil, 3 de febrero de 2016, pág. 21.

26 Ibid.

27 Esta clasificación ayuda a discernir una de las primeras diferencias entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual. En el primer tipo de daño, quien generó el hecho dañoso solo está obligado a indemnizar por daños previsibles, exceptuándose culpa o dolo. En la responsabilidad extracontractual no existe esta diferenciación, por lo que se responde por todo daño, salvo eximentes.

28 Corral, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 7.

29 Luis Moisset de Espantés, *Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro, con relación al daño emergente y lucro cesante* (Buenos Aires: El Derecho, 1973), 791.

generador.<sup>30</sup> En la anticoncepción fallida, el daño es *sui generis* ya que puede subsumirse en dos de estas hipótesis en función de la etapa de vida del hijo no planificado. Como se expuso en el caso Enríquez c. Lasso, la Corte Nacional de Justicia concluyó que la víctima había sufrido un daño de naturaleza oculta, ya que esta última padeció en la adolescencia las consecuencias de una evaluación médica errónea realizada durante su infancia.<sup>31</sup> En el caso de *wrongful conception* se trataría inicialmente de un daño oculto ya que únicamente al verificarse el hecho del embarazo se evidenciaría la negligencia médica. A partir de este momento, si bien no puede devolverse a los progenitores a la misma situación en la que estaban antes de la concepción no deseada, se trata de un daño continuado en la medida que este se prolonga durante el embarazo.

En cuarto lugar, la ocurrencia del daño puede ser actual y futura. Según Moisset “serán daños actuales los anteriores al litigio, los que ya se habían producido en el momento de entablarse la demanda; y daños futuros los posteriores a ese tiempo ideal único que es el pleito”.<sup>32</sup> En este sentido, a partir del concebimiento de un hijo no deseado, puede ser utilizada una u otra subcategorización dependiendo de la pretensión que se plantee resarcir. Suponiendo que el hijo haya sido dado a luz, el daño puede ser actual cuando se pretenda la reparación de los valores correspondientes al cuidado durante la gestación y los gastos relacionados al parto del hijo. En el mismo supuesto, puede existir daño futuro cuando, al plantear la acción, los legitimados activos pretendan que se les indemnice por los gastos que deberán realizar para el cuidado del menor tras la presentación de la demanda. Como ejemplo, tales gastos pueden ser los relativos a educación, vestimenta, alimentación, entre otros. En este respecto, la forma de cuantificación de estos daños será analizada en la sección final del presente trabajo.

### 3.3. DAÑOS PATRIMONIALES POR ANTICONCEPCIÓN FALLIDA

El daño patrimonial puede ser definido como “una pérdida pecuniaria, en un detrimento del patrimonio. Se distingue el daño emergente —pérdida actual en el patrimonio— y el lucro cesante —frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de no haber sucedido el hecho dañoso—. ”<sup>33</sup> Esta clasificación de daños engloba las pérdidas de carácter económico que, a su vez, se subdividen en daño emergente, lucro cesante y pérdida de chance.

En primer lugar, acerca del daño emergente, el artículo 1532 CC reconoce esta forma de daño como el perjuicio que efectivamente sufrió el afectado.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Ibid., 792.

<sup>31</sup> Enríquez Jimenez c. Lasso Pinto, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 13 de mayo de 2019.

<sup>32</sup> Moisset de Espantés, *Reflexiones sobre el daño actual y el daño futuro*, 798.

<sup>33</sup> Corral, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 13.

<sup>34</sup> Artículo 1532, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526 de 14 de marzo de 2022.

Por su parte, el tratadista Abeliuk distingue que el daño emergente puede ser entendido como un empobrecimiento real y efectivo que sufre el patrimonio de la víctima sobre quien fue cometida el hecho ilícito.<sup>35</sup> A su vez, el daño emergente puede ser tanto actual como futuro. El primer supuesto ocurre cuando el detrimento al patrimonio del afectado sucede en ese momento, anterior a la presentación del acto de proposición. Por otro lado, en el daño emergente futuro, si bien el hecho dañoso ya sucedió o, al menos, ya inició, los efectos de ese hecho todavía no han dejado de surtir, por lo tanto, existe un detrimento exacto que se producirá en el futuro.

Ante el supuesto de una anticoncepción fallida, cabe considerar los resarcimientos por los detrimentos de tipo pecuniario que sufrieron los padres del recién nacido al realizar todas las pruebas y exámenes médicos durante el período de gestación de la madre, pasando por los costos hospitalarios como consecuencia del parto. Además, se debe tomar en cuenta la manutención del hijo, como alimentación y gastos relacionados con la educación. Por último, ¿cuánto tiempo debería tomarse como referencia para dicho resarcimiento? Se deben aplicar los criterios en relación con los tipos de daños, por ejemplo, lucro cesante y, con base en este tipo, se debe tomar en cuenta el tiempo desde la práctica del anticonceptivo hasta la fecha en que se dio la concepción.

El lucro cesante se define como un daño derivado de un detrimento al patrimonio de forma hipotética, es decir, una ganancia o utilidad frustrada.<sup>36</sup> El artículo 1532 CC reconoce el supuesto de una ganancia legítima que ha sido frustrada<sup>37</sup> frente a beneficios económicos relativamente ciertos. Por lo cual, se puede admitir el carácter relativo de este daño en consideración con los antecedentes del caso.

Dentro del presente análisis surgen cuestiones adicionales. Por ejemplo, se puede plantear como hipótesis el caso en que la madre del hijo se dedica al modelaje. En este supuesto, podría reclamarse por concepto de lucro cesante el dinero correspondiente al tiempo que duró el embarazo y el tiempo postparto durante el cual la madre estuviera impedida de percibir ingresos provenientes de su actividad profesional.

Dicho lo anterior, resulta ejemplificativo otro supuesto en el que la madre tiene como oficio una actividad que involucre viajes constantes. En tal caso, al dar a luz, la progenitora se podría encontrar imposibilitada de ejercer su profesión o al menos le provocaría dificultades que podrían afectar a la misma. Esto en la medida en que, al menos durante el período de lactancia, la madre no estaría habilitada para laborar.

35 René Abeliuk, *Las obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001), 791.

36 Corral, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 13.

37 Artículo 1532, Código Civil, 1970.

### 3.4. DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES POR *WRONGFUL CONCEPTION*

El CC en sus artículos 2232 y 2233 reconoce la existencia y, en consecuencia, el resarcimiento de los daños no patrimoniales llamándolos daños morales. Sin embargo, los daños morales son solo una forma de manifestación de daños extrapatrimoniales. La jurisprudencia y los tratadistas han tenido dificultad para definir de forma exacta el significado del daño extrapatrimonial, por lo mismo, se ha adoptado una definición de carácter negativo. Este daño posee una naturaleza no pecuniaria que, en principio, no puede ser evaluada en dinero.<sup>38</sup> A su vez, en razón de su amplitud, el daño extrapatrimonial contiene en sí mismo varias clasificaciones para dar cabida a otras facetas de perjuicios que no se identifican con el dolor como fenómeno psicossomático. Así, la doctrina ha contemplado como tipos de daños extrapatrimoniales al daño moral o *pretium doloris*; al daño corporal, que incluye al daño estético y biológico; la pérdida de los placeres de la vida; y los daños a derechos de la personalidad o reputacionales.<sup>39</sup>

Por antonomasia, el daño extrapatrimonial más aludido es el *pretium doloris* o daño moral. Este consiste en toda lesión que sufre una persona en su psiquis, traducándose como un sufrimiento físico o aflicción psicológica del afectado.<sup>40</sup> Es importante entender a esta clasificación como *pretium doloris* o “precio del dolor” por cuanto este consiste en el daño moral en *strictu sensu* y no en el sentido genérico que falla en diferenciarlo de los otros tipos de daños extrapatrimoniales.<sup>41</sup> Este daño puede manifestarse en supuestos en los que uno de los progenitores padezca angustia, depresión u otros impactos físicos o emocionales producto de las consecuencias de la negligencia médica. Partiendo del sufrimiento que puede experimentar una persona por ser padre o madre sin tener la intención de serlo, el daño moral puede consistir en múltiples afectaciones físicas o psicológicas para ambos progenitores. Por lo cual, podría verificarse *pretium doloris* ante detrimentos físicos o psicológicos que deriven de la gestación, parto, posparto, lactancia, entre otros momentos ciertamente demandantes que los padres no hubiesen tenido que atravesar si no fuera por la mala praxis del médico operante. Todo esto debe matizarse según el alcance de los daños por anticoncepción fallida.

Por otro lado, como su nombre lo indica, el daño corporal engloba el daño fisiológico del cuerpo, ya sea de manera interna o externa. Su consecuencia es

38 Enrique Barros, *Tratado de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 286.

39 Obdulio Velásquez, *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá: Temis, 2013), 283.

40 Corral, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 15.

41 En la doctrina clásica sostenida por autores como Mazeaud, Rippert-Boulanger, Von Tuhr, Jean Carbonnier, no se hace una diferenciación clara y tajante respecto del daño moral en sentido restringido (*pretium doloris*) y el daño extrapatrimonial o inmaterial. Los motivos yacen en la postura que asumió uno y otro doctrinario para clasificar el daño en sus aspectos patrimoniales o materiales. No obstante, la posición de tales tratadistas dejó dentro de la doctrina la necesidad de diferenciar más a fondo la tipología o clasificación de los daños haciendo rigurosa la diferencia entre el *pretium doloris* y el daño moral *lato sensu*, los daños extrapatrimoniales. Ver María del Socorro Rueda, “Las vertientes doctrinarias del daño moral o *pretium doloris*”, *Iuris Tantum: Revista Boliviana de Derecho*, n.º 4 (2007): 27. <https://www.redalyc.org/pdf/4275/427539904003.pdf>.

un cambio en la vida que poseía la víctima con anterioridad al daño. A su vez, este daño se divide en estético y biológico. Un ejemplo de daño estético dentro de una falla en un método anticonceptivo permanente puede ser la modelo del ejemplo anterior que queda embarazada. Como consecuencia del parto, es muy posible la aparición de estrías en el cuerpo de la modelo, algo que cambiaría la apariencia inicial de esa persona. Siguiendo con el mismo ejemplo, un daño biológico puede manifestarse como consecuencia de una gestación o parto complicados, en los que la modelo puede afrontar consecuencias físicas de por vida.

Por su lado, la pérdida de los placeres de la vida se traduce en una privación de satisfacciones de orden social que poseen las personas, por lo mismo, dependerá mucho el estilo de vida de las personas y de sus preferencias para determinar responsabilidad por este daño. La consecuencia de este daño implicaría que la persona ya no puede disfrutar de su vida como lo era antes del concebimiento de su hijo.

Los daños a la reputación consisten en cualquier detrimento a la honra, intimidad y cualquier cualidad que se desprenda de la personalidad de un sujeto.<sup>42</sup> No cabe descartar situaciones en las que puedan existir daños reputacionales como consecuencia de una mala práctica anticonceptiva a la persona afectada. Sin embargo, tanto por las características específicas de este tipo de daño extrapatrimonial como por su probabilidad de ocurrencia y prueba, no es relevante para el objeto de este estudio.

#### 4. ANÁLISIS DEL HECHO ANTIJURÍDICO EN LAS ACCIONES DE *WRONGFUL CONCEPTION*

La doctrina y la jurisprudencia han abierto al debate dos posiciones, cuestionándose si es correcto hablar de un hecho antijurídico o de un hecho ilícito. El primero tiene una connotación material, del cual se desprende el deber general de no dañar o *alterum non laedere*, que se encuentra más presente en ordenamientos jurídicos anglosajones y permite dinamizar la atribución de la responsabilidad civil a diferentes escenarios. En ese sentido, Hernán Escudero concluye: “la existencia de un presupuesto denominado antijuricidad en la responsabilidad civil tiene sentido solo si definimos su contenido”.<sup>43</sup> Por otro lado, la tesis del hecho ilícito o antijuricidad formal es atribuida a la doctrina clásica, en la que se enuncia que, para que exista un hecho ilícito, se debe encontrar la norma o el derecho que se ha violado dentro de la norma positivizada.<sup>44</sup>

42 Barros, *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*, 287.

43 Hernán Escudero, “La vigencia del principio *alterum non laedere* y la inexistencia de la antijuricidad como presupuesto material de la responsabilidad civil”, tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, octubre 2019: 18, <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/8934>.

44 Jorge Bustamante, *Teoría general de la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997), 87-121.

Los artículos 2214 y 2219 del CC prescriben la obligación de resarcir el daño frente a la ocurrencia de un hecho contrario al ordenamiento jurídico, sea de forma contractual o extracontractual. En casos de *wrongful conception*, el hecho antijurídico, ya sea de acción u omisión, es conocido como acto médico. Este acto consiste en “todas aquellas actividades que profesionalmente deben cumplirse en relación con la atención que debe brindarse al paciente”.<sup>45</sup> De incumplirse las actividades legalmente debidas en la relación contractual médico-paciente, sea por dolo o culpa, se produce el hecho generador de responsabilidad civil.

En el caso de un daño derivado de un método anticonceptivo quirúrgico, el hecho antijurídico recaería en al menos dos supuestos: la propia práctica negligente de la esterilización y la omisión al deber de información sobre los riesgos y fracasos que puede conllevar la intervención, este deber es indispensable para un consentimiento informado que se fundamenta en la propia dignidad humana.<sup>46</sup> Ambos supuestos ocurren cuando el médico tenía un deber general de cuidado sobre el paciente, debiendo atender a estándares de un tercero razonable en las mismas circunstancias; y, además, la obligación de medios de proveer una atención médica diligente conforme a la situación clinicopatológica del paciente y la *lex artis* vigente al momento del acto médico.<sup>47</sup>

## 5. EL NEXO CAUSAL ENTRE LA CULPA GALÉNICA Y EL DAÑO PRODUCTO DE LA ANTICONCEPCIÓN FALLIDA

Con base en lo establecido por José Puig, la causalidad consiste en un “enlace objetivo entre dos fenómenos, de manera que no sólo sucede uno después del otro, sino aquél sin este no se hubiese producido”.<sup>48</sup> Además, la responsabilidad de indemnizar por los daños causados es de tipo subjetiva, es decir, es obligación de la presunta víctima probar la relación de causalidad entre el daño y el hecho antijurídico.<sup>49</sup> En otras palabras, la causalidad es un presupuesto de la responsabilidad civil, de manera que, en ausencia de este requisito, no se configura la obligación de indemnizar conforme lo señala el artículo 2214 del CC.<sup>50</sup>

45 Rosa Carranza, “Incumplimiento del contrato de responsabilidad civil medica por prestación defectuosa del servicio”, *Corporación Universitaria de la Costa* (junio 2010): 28-9, <https://repositorio.cuc.edu.co/bitstream/handle/11323/889/32750188.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

46 *Ibid.*, 31.

47 *Ibid.*, 58.

48 José Puig, *Compendio de derecho civil* (Barcelona: Casa Editorial, 1994), 267.

49 Ponce, “Responsabilidad civil extracontractual”, 93.

50 Artículo 2214, CC: “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”. Artículo 2214, CC, R. O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526 de 14 de marzo de 2022.

En casos de responsabilidad médica, como la esterilización fallida, se analizó que esta deriva del incumplimiento de una obligación de medios plenamente regida bajo un régimen contractual. Sin embargo, el régimen de responsabilidad extracontractual puede operar cuando, producto de esta negligencia, derivan daños que no son objeto del contrato celebrado entre el médico y el paciente. Por lo cual, corresponde analizar el nexo causal de ambos regímenes.

En primer lugar, en la responsabilidad civil contractual, la obligación de reparar deriva del incumplimiento del contrato. Mientras que la causalidad, en la responsabilidad civil extracontractual, deriva del nexo causal entre el daño ocasionado y la vulneración al deber general de cuidado. En relación con la responsabilidad civil contractual, en los casos de responsabilidad médica, el daño únicamente lo produce el médico que no ha cumplido con la obligación pactada. Por lo tanto, se le atribuye la obligación de los daños a ser resarcidos. Sin embargo, en este caso, el cumplimiento forzoso del contrato resultaría imposible, debido a que el embarazo ya se produjo y el objeto del contrato entre las partes fue incumplido.

El problema deriva en la responsabilidad civil extracontractual debido a que, *prima facie*, parecería no haber concausalidad, es decir, la existencia de varios hechos ilícitos cometidos por varias personas debido a que únicamente podrá ser responsable el médico. No obstante, ¿qué sucede si se extiende el panorama? ¿Podría ser también responsable el hospital en el que se llevó a cabo la operación o el personal médico que haya intervenido en el procedimiento quirúrgico? Inclusive, cabe considerar que el daño podría ser causado por la misma víctima al no cumplir los lineamientos médicos exigidos para el cuidado del tratamiento. En consecuencia, corresponde analizar el régimen de causalidad bajo el prisma de las cinco teorías que contempla la doctrina, estas son *sine qua non*, próxima, preponderante, eficiente y adecuada.<sup>51</sup>

### 5.1. TEORÍA *SINE QUA NON*

Se la conoce también como teoría de equivalencia de las condiciones, cuyo fundamento es que “todas las eventualidades presentes en la generación de un daño se miran como equivalentes”.<sup>52</sup>

Sin embargo, para efectos del presente trabajo se considera que esta teoría implicaría un resultado equivocado al momento de establecer responsabilidades debido a que, de entre todas las causas, no “identifica aquella con la

51 Iván Izquierdo, “Causalidad adecuada: una teoría de responsabilidad civil extracontractual aplicable al ordenamiento jurídico ecuatoriano”, tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, noviembre 2020: 11, <https://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/10198>.

52 Ibid.

virtuosidad necesaria para causar el daño”.<sup>53</sup> Respecto a las acciones de *wrongful conception*, con base en esta teoría, cualquier persona que haya participado dentro del proceso de esterilización, incluso el enfermero que simplemente pasaba los utensilios al médico, podría ser responsable por el daño ocasionado. Sin embargo, es necesario tomar en cuenta la falta de cuidado por parte de la víctima o incluso si la misma se ha retirado el tratamiento —en aquellos casos en que se puede desprender el anticonceptivo, por ejemplo, el implante subdérmico—. Lo cual evidencia la mayor crítica a esta teoría, ya que no delimitaría la cantidad de causas posibles, que podrían llegar a ser excesivas e irrazonables, por lo que brindaría el análisis suficiente a las causas relevantes para la atribución de esta responsabilidad.

## 5.2. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD PRÓXIMA

Esta teoría ha sido desarrollada en mayor medida por Juan Prevot, quien señala que solo las condiciones más próximas en tiempo y espacio son las que ayudan a determinar la relación causal.<sup>54</sup> En aplicación de esta teoría a las acciones analizadas en este trabajo, únicamente puede ser responsable el médico que practicó la operación. Sin embargo, deja de lado la responsabilidad que pudiese tener el hospital a cuyo cuidado se encontraban los insumos que podrían afectar la operación u otros intervinientes de esta. Por otro lado, también se debe tomar en cuenta la observancia de las prescripciones sugeridas por el médico a razón de que, en caso de incumplimiento de dichos cuidados, la ineficacia del tratamiento sea directamente atribuible al paciente, por consiguiente, el médico o el hospital quedan a salvo de responsabilidad civil.

## 5.3. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD PREPONDERANTE

Biding y Oertmann se han encargado de desarrollar esta teoría que tiene como fundamento que, a través de criterios cuantitativos, se establezca el hecho dominante del daño, es decir, que en mayor medida haya contribuido a su producción.<sup>55</sup> Si bien se trata de una teoría que, en principio, pretende atribuir responsabilidad a quien contribuye al resultado dañoso, esta no establece cuáles deben ser los criterios para determinar cuánto aportó una determinada conducta en la generación del daño. En relación con el caso estudiado, el médico puede ser quien más daño ha causado, pero también se dejan de lado muchos otros factores. Esto refleja que se trata de una teoría subjetiva, ya que debe tomarse en cuenta igualmente la incidencia de otras potenciales causas, por ejemplo, resultados erróneos de los exámenes del paciente sometido a la

<sup>53</sup> Ibid., 14.

<sup>54</sup> Juan Prevot, “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15 (diciembre 2010): 150, [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_abstract&pid=S0718-80722010000200005&lng=es&nrm=iso](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-80722010000200005&lng=es&nrm=iso).

<sup>55</sup> Jorge Beltrán, “Estudios de la relación causal en la responsabilidad civil,” *Derecho y Sociedad* 23 (septiembre 2004): 262, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16891>.

intervención por parte del laboratorio clínico. En consecuencia, esta teoría resultaría insuficiente para determinar la causa real del daño.

#### 5.4. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD EFICIENTE

En esta teoría se establece el nexo causal entre el daño y la conducta en la medida que posea, intrínsecamente, las características más eficaces para generar el resultado lesivo.<sup>56</sup> Con base en esto, es importante distinguir tres aspectos: causa, condición y ocasión. En relación con la causa, se trata de aquello que provoca el daño, por ejemplo, la incorrecta aplicación del anticonceptivo. En relación con la condición, es todo lo que permite que la causa provoque el efecto, verbigracia, incompleta verificación de los exámenes del paciente. Finalmente, la ocasión se define como aquella que favorece a la causa, es decir, en el caso en que el médico, una vez practicada la operación, no verifica si la misma ha funcionado adecuadamente o no informa preliminarmente al paciente sobre su porcentaje de efectividad. Sin embargo, esta teoría no llega a determinar los criterios cualitativos por los que se puede llegar al resultado dañoso. Por lo que, nuevamente, queda a la libre valoración del juez con base en las pruebas aportadas por la víctima.<sup>57</sup>

#### 5.5. TEORÍA DE LA CAUSALIDAD ADECUADA

Según lo señala Luis Díez-Picazo y Ponce de León, la idea central de esta teoría es buscar atribuir el nexo causal sobre la base de ejercicios probabilísticos que pueden consistir en analizar la frecuencia con que dicho hecho ocurra.<sup>58</sup> Además, la jurisprudencia ecuatoriana refuerza esta definición atribuyéndoles jurídicamente causas del daño a aquellos elementos que debían objetiva y normalmente producirlo, conforme a las reglas de la experiencia, en un curso normal de acontecimientos.<sup>59</sup>

En este caso, la aplicación de la teoría en su primera fase —ejercicio *but for*— significaría que podría responder cualquier persona que, dentro del curso normal de los hechos, provoque el daño, por ejemplo, a causa de la defectuosa transportación de insumos al quirófano o de la mala práctica de esterilización, entre otras causas que deriven en *wrongful conception*. Por lo cual, no existiría certeza a la hora de determinar la causa adecuada por la subjetividad que implica el término “curso normal de los acontecimientos”. No obstante, el ejercicio probabilístico responde a un criterio más objetivo que facilitaría que, en casos como aquellos que son objeto del presente análisis, se empleen métodos

56 Izquierdo, “Causalidad adecuada: una teoría de responsabilidad civil extracontractual aplicable al ordenamiento jurídico ecuatoriano”, 13.

57 *Ibid.*, 14.

58 Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 338.

59 Caso n.º 17312-2009-1245, Juzgado Décimo Segundo, Sala de lo Civil, 29 abril de 2013, pág. 3.

estadísticos que demuestren el agente con mayor potencialidad de ocasionar el daño. En tal virtud, esta teoría resultaría más idónea para el supuesto que nos atañe.

## 6. INDEMNIZACIÓN Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO EN LA ACCIÓN DE *WRONGFUL CONCEPTION*

La indemnización es un mecanismo a través del cual la víctima de un hecho antijurídico puede ser reparada o compensada por las consecuencias del daño sufrido. Con base en el artículo 2214 del CC, todo daño es indemnizable. En consecuencia, todo daño derivado del incumplimiento de las estipulaciones contractuales —responsabilidad civil contractual— o del incumplimiento del deber general de no dañar —responsabilidad civil extracontractual— es indemnizable. Sin embargo, la interrogante es: ¿cómo se cuantifican los daños derivados del cometimiento del hecho antijurídico?

El principal problema en la cuantificación de daños, en general, ha sido que los jueces ordenan como medidas de reparación y compensación valores económicos irrazonables y excesivos. Además, la Corte Constitucional ha sostenido que los jueces no brindan “claridad alguna al momento de entender cuál fue la fuente de derecho que alimentó o sustentó dicha decisión”.<sup>60</sup> Por lo anterior, es necesario esclarecer que la acción indemnizatoria busca resarcir a la víctima. Es decir, una vez probados el daño, el hecho antijurídico y el nexo causal se debe indemnizar a la víctima para que regrese a la posición en que se encontraba antes de la ocurrencia del daño. En consecuencia, es necesario que se fijen ciertos parámetros en relación con la cuantificación de los daños para evitar que las víctimas abusen de su posición y se enriquezcan sin justa causa.

En primer lugar, cabe distinguir la cuantificación de los daños de carácter patrimonial de los daños extrapatrimoniales. En relación con los daños patrimoniales, este tipo de daños recaen sobre el patrimonio de una persona, en consecuencia, son resarcibles por medio de un pago pecuniario para dejar a la víctima en una situación similar a la que hubiera estado sin la producción del hecho antijurídico.

Los tipos de daños que derivan de esta clasificación son daño emergente, lucro cesante y pérdida de oportunidad. El daño emergente, conforme lo define Eduardo Zannoni, consiste en la “sustracción de una utilidad que ya existía en el patrimonio del damnificado”.<sup>61</sup> Además, se entiende al lucro cesante como “aquel que corresponde a la frustración de nuevas utilidades que el damnificado habría presumiblemente obtenido si no se hubiera verificado el hecho

<sup>60</sup> Causa n.º 0289-13-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 2 marzo de 2015, pág. 13.

<sup>61</sup> Eduardo Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Astrea, 1998), 88.

ilícito o el incumplimiento.<sup>62</sup> Por lo tanto, se debe realizar una valoración económica del perjuicio ocasionado en la persona producto de las acciones de *wrongful conception* con fundamento en el artículo 1572 del CC.

En un caso resuelto por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, una persona buscaba practicarse el procedimiento de vasectomía para no tener hijos.<sup>63</sup> Sin embargo, una vez practicada la intervención quirúrgica, el médico no informó al paciente que no había tenido éxito. En consecuencia, meses después se produjo el embarazo no deseado.<sup>64</sup> ¿Qué factores toma en cuenta el Juzgado de Medellín a la hora de cuantificar el daño emergente y el lucro cesante?

El juzgador toma en cuenta una serie de parámetros para la cuantificación del daño: los gastos del tratamiento médico de su pareja durante y después del período de lactancia, así como los costos y la manutención del menor de edad. En relación con el segundo punto, un aspecto para la cuantificación de este tipo de daño son los gastos mínimos del menor de edad tomando como referencia los ingresos de los progenitores —lo que se conoce en el sistema ecuatoriano como derecho de alimentos—, además, se señala que, como “los padres se encuentran trabajando, es necesario que la menor reciba un cuidado hasta una edad en la que lo pueda hacer por ella misma”.<sup>65</sup> Lo anterior se traduce en nuestro ordenamiento jurídico hasta la edad mínima que tienen los menores de edad para celebrar negocios jurídicos en lo relativo a contratos de trabajo.<sup>66</sup>

Sin embargo, dicho criterio se considera erróneo y así lo confirma el Tribunal Superior de Medellín, puesto que no corresponde al médico contribuir con el pago de dichas obligaciones alimentarias porque él, como prestador de un servicio de salud, no tiene el control de la efectividad plena del método anticonceptivo. Además, la existencia de un hijo o una hija no es fundamento para considerarlo como una situación lesiva a los progenitores porque “es una carga que deben soportar, como un posible resultado inherente al ejercicio de la sexualidad”.<sup>67</sup>

Por lo tanto, la cuantificación de daño emergente en este tipo de casos no es plausible puesto que las personas están ejerciendo el derecho a su libertad sexual y, dado que la concepción es un fenómeno natural, su ocurrencia no puede ser

62 Ibid., 89.

63 Causa n.º 05001-31-03-007-2017-00287, Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Oralidad de Medellín, 13 de diciembre de 2022, pág. 5.

64 Ibid.

65 Eduardo Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Astrea, 1998), 90.

66 Artículo 65, Código de la Niñez y Adolescencia [CONA]: La capacidad jurídica respecto a los actos celebrados por niños, niñas y adolescentes estará a lo previsto en el código civil, a excepción de los siguientes casos: 2. las personas que han cumplido quince años, además, tienen capacidad legal para celebrar contratos de trabajo (énfasis añadido). Artículo 2214, CONA, R. O. Suplemento 737, de 3 de enero de 2003, reformado por última vez el 29 de marzo de 2023.

67 Causa n.º 05001-31-03-007-2017-00287, Distrito Judicial de Medellín Tribunal Superior, Sala Cuarta de Decisión Civil, 8 mayo de 2023, párr. 39.

materia de indemnización. Sin embargo, el Consejo de Estado de Colombia establece que existen dos excepciones para la cuantificación de este tipo de daño: “i) cuando se haya garantizado al paciente la total eficacia del método ofrecido o ii) se demuestre que los gastos a asumir son superiores a los que naturaleza se imponen este tipo de eventos adversos, toda vez que la libertad reproductiva no entraña la garantía de la no reproducción”.<sup>68</sup> En este caso, cuando se dé uno de los dos supuestos de excepción, debe aplicarse únicamente el primer criterio empleado por el juzgador de primer nivel y este es la cuantificación de los costos del tratamiento médico de la pareja, y debe tomarse en cuenta: i) tiempo del tratamiento, ii) edad de la pareja, iii) factores de riesgo en la salud de la madre, iv) riesgo de enfermedad del *nasciturus* y v) costos del procedimiento.

Sin embargo, cabe agregar un aspecto esencial en relación con el tipo de daño de la pérdida de oportunidad. En primer lugar, es menester añadir que la pérdida de oportunidad no se encuentra expresamente reconocida en el ordenamiento jurídico, pero sí existe la posibilidad de reclamarla como daño emergente y no como lucro cesante debido a que se configura un daño hipotético. El fundamento de la pérdida de oportunidad es que se impida el aprovechamiento o ejercicio de un derecho que, en principio, ya tenía la persona. En segundo lugar, por ejemplo, la aplicación de este tipo de daño puede radicar en la posibilidad de acceso del progenitor a un trabajo en el que se establezca como requisito no ser padre y, al no funcionar el método anticonceptivo, la persona pierda esta oportunidad. En consecuencia, la cuantificación del daño para este tipo de casos es tomar como base i) la certeza de la obtención del trabajo si el ilícito no hubiese acontecido y ii) la supuesta remuneración a percibir.

Una vez analizados los daños patrimoniales y las posibles formas de cuantificar este tipo de daños por parte de los jueces, corresponde analizar las formas de cuantificación con base en los daños extrapatrimoniales. Por definición, se trata de perjuicios que carecen de un contenido pecuniario, es decir, lesionan o destruyen un bien jurídico inherente a la personalidad de la persona.<sup>69</sup> En la legislación ecuatoriana se ha usado la expresión “daño moral” para referirse a toda la categoría de daños extrapatrimoniales. En este aspecto, es importante hacer énfasis que existe una clasificación de los tipos de daños extrapatrimoniales y no solo la categoría de daño moral. Así como lo expone Coronel, “[el CC] al referirse a daños morales, se está refiriendo a daños extrapatrimoniales en sentido amplio”.<sup>70</sup> Por lo tanto, se torna importante la clasificación de daños extrapatrimoniales en sentido amplio para su aplicación en las acciones de *wrongful conception*.

68 Sentencia 2009-00051, Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativo, 5 de diciembre de 2016, párr. 1.

69 Luis Ternera, y Francisco Ternera, “Breves comentarios sobre el daño y su indemnización,” *Revista Colombiana de Derecho Privado* 7, n.º 13 (junio 2008): 103, [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=s1692-25302008000100005#:tex=el%20da%c3%b1o%20extrapatrimonial%20es%20la,una%20persona%20natural%20o%20jur%c3%addica](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=s1692-25302008000100005#:tex=el%20da%c3%b1o%20extrapatrimonial%20es%20la,una%20persona%20natural%20o%20jur%c3%addica).

70 Leonardo Coronel, “La cuantificación de daños morales: El correcto significado de la prudencia prescrita en el artículo 2232 del Código Civil ecuatoriano”, *USFQ Law Review* 9, n.º 2 (octubre 2022): 102, <https://doi.org/10.18272/ulr.v9i2.2742>.

En primer lugar, se entiende al daño moral como el sufrimiento de naturaleza psicológica.<sup>71</sup> En segundo lugar, el daño corporal dividido en daño estético y biológico.<sup>72</sup> En tercer lugar, los daños a la vida en relación, es decir, la privación de satisfacciones personales. En cuarto lugar, los daños a la personalidad, es decir, daños a derechos personalísimos que giran en torno a la reputación de una persona. Finalmente, el daño moral objetivado, fundamentado en la indemnización pecuniaria por vulneración psicológica. En relación con el *wrongful conception*, todos estos tipos de daños extrapatrimoniales pueden encasillarse dentro de la situación mencionada, por tanto, hay que verificar minuciosamente caso por caso.

Una vez determinado el tipo de daños extrapatrimoniales que las víctimas pueden sufrir según el caso, corresponde analizar el régimen de indemnización y la cuantificación de los mismos. Con base en lo prescrito por el artículo 2214 del CC, todo daño es indemnizable, por lo que los daños extrapatrimoniales no quedan exentos de esta norma. En consecuencia, corresponde analizar la cuantificación del daño.

En respuesta a la arbitrariedad, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en la causa n.º 01803-2018-00396 brinda una posible guía para la cuantificación de los daños.<sup>73</sup> La Corte alega que, en temas de responsabilidad, el estándar de motivación ha de ser más alto, por lo que no basta con la mención de jurisprudencia y doctrina sin conocer cómo aquellos se subsumen para arribar al resultado esperado. Se debe tomar en cuenta que la garantía de la motivación es un derecho de rango constitucional que debe ser observado por todos los funcionarios al momento de dictaminar sus decisiones. En la sentencia referida, la Corte Nacional busca desarrollar un estándar mínimo sobre los parámetros que deben tomarse en cuenta cuando se calculan los daños morales — entendidos en su sentido amplio—. La Sala expone como criterios a tomarse en cuenta: i) tipo de daño físico, ii) duración del daño, iii) máximas de la experiencia, iv) ingresos, v) edad y vi) estado civil.<sup>74</sup>

En este aspecto, trasladando este criterio a las acciones *wrongful conception*, se debe desarrollar un estándar más amplio, puesto que se busca reparar la afectación al bien jurídico de autodeterminación reproductiva. En este caso, además de los parámetros establecidos por la referida sentencia de la Corte Nacional de Justicia, proponemos que se analice este tipo de daños bajo los siguientes parámetros:

71 Jorge Mosset, *Estudios sobre responsabilidad por daños* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 1998), 10.

72 El daño estético se fundamenta en la afectación negativa hacia el cuerpo de una persona y el impacto negativo en el fuero interno de las personas, mientras que el daño biológico es aquel que se percibe en la funcionalidad del cuerpo humano.

73 Causa n.º 01803-2018-00396, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 8 septiembre de 2021, pág. 21.

74 *Ibid.*, 13.

1. Edad de los progenitores: esto con el fin de conocer el grado de madurez psicológica que tengan los padres, porque no es lo mismo que la afectación la sufra una persona de treinta años o que la sufra una persona de dieciocho años. Además, sirve para verificar el grado en que estos se van a ver cohibidos de actividades que, usualmente, a su edad podían haber realizado.
2. Motivo por el que se realizaron la intervención anticonceptiva: en este caso es preciso conocer la razón detrás del sometimiento al método para verificar si la persona lo hace con el único fin de protegerse de algún tipo de enfermedad o con el deseo de no continuar con su descendencia.
3. Nivel de estudio: este requisito tiene por finalidad dar mejores herramientas al juzgador para que tome las medidas necesarias para garantizar un nivel de estudio que permita desarrollarse a la pareja.
4. Medio social en el que se desarrollan: es un tema discutido, pero los jueces lo deben tomar en cuenta dado que —en muchas sociedades, especialmente en la ecuatoriana— existen estereotipos por parte de los habitantes, quienes perjudican con comentarios u opiniones a quienes tengan un niño o una niña a temprana edad. Por ello debe evaluarse para cuantificar el daño psicológico que estos comentarios pueden producir.

Sin embargo, la jurisprudencia ha sido desarrollada muy escasamente en la temática de cuantificación de daños, y las acciones de *wrongful conception* no son la excepción, por lo que se requiere de un pronunciamiento célebre de este problema por parte de la Corte Nacional de Justicia como mayor órgano de administración de justicia ordinaria. Lo mencionado previamente sirve para realizar una cuantificación adecuada para este tipo de daños, sin dejar de lado factores externos e internos de la víctima. Si bien la sentencia mencionada sirve de guía para la cuantificación de daños extrapatrimoniales, en general, esta no es suficiente al momento de cuantificar *wrongful conception* debido a la afectación a un derecho consagrado a nivel constitucional.

## 7. CONCLUSIÓN

En este trabajo se analizaron los presupuestos que deben verificarse para dar lugar a la responsabilidad civil en los casos de anticoncepción fallida o *wrongful conception* en concordancia con lo establecido en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En este sentido, con base en la doctrina y jurisprudencia comparada, se expuso el fundamento de este daño en concreto. Con lo expuesto, se concluye que el régimen de responsabilidad civil aplicable es predominantemente contractual en función de la relación jurídica médico-paciente, y es eventualmente extracontractual cuando los menoscabos patrimoniales y extrapatrimoniales de esta lesión al proyecto vital del titular de esta garantía

son asumidos y reclamados por quien presenta la acción de daños por anti-concepción fallida.

Por la novedad que supone en el sistema ecuatoriano la reclamación de daños relacionados con la concepción, se identificaron los potenciales daños jurídicos originados en estos casos, particularmente centrados en aquellos de esterilización fallida. De esta forma, se abarcaron supuestos en los que podrían verificarse tanto daños patrimoniales como extrapatrimoniales. Por lo cual se determinó que es plausible una reparación por daños pecuniarios o no pecuniarios en los casos examinados.

En consecuencia, una vez probada la negligencia médica que dio lugar a una anticoncepción fallida, no se debe descartar la posibilidad de concausalidad en el *iter* dañoso. Esto considerando que otros intervinientes en el procedimiento quirúrgico pueden ser determinantes para la producción del hecho antijurídico. En virtud de lo cual se concluye que la teoría de causalidad adecuada resulta la más idónea, ya que parte de un criterio más objetivo, como lo es el ejercicio probabilístico que identifica al agente con mayor potencialidad de ocasionar el daño.

Finalmente, partiendo de la jurisprudencia comparada colombiana y ante la ausencia de jurisprudencia nacional sobre las acciones de *wrongful conception*, se establece una propuesta sobre la verificación de ciertos parámetros a la hora de cuantificar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Sin embargo, se debe hacer énfasis en estos últimos debido a la falta de jurisprudencia y lineamientos normativos en relación con la cuantificación de daños. Lo anterior ocasiona que el *quantum* de la reparación quede a total discrecionalidad del juzgador y no siga estándares objetivos. Existen vacíos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano que ameritan ser colmados para evitar que, en las indemnizaciones, se incurra en supuestos de enriquecimiento sin causa o queden daños sin reparar.

Por lo que, conforme a los parámetros analizados y la jurisprudencia comparada, si bien las acciones de *wrongful conception* son teóricamente procedentes, es menester encontrar un marco jurídico aplicable a los daños relacionados con la vida. Esto cobra mayor relevancia si se consideran las interpretaciones erróneas que podrían darse al confundir al daño con la vida misma del hijo o la hija. Por lo cual se debe considerar que el daño en las acciones de *wrongful conception* yace en la vulneración a bienes e intereses jurídicamente protegidos, como la lesión al derecho a la libertad reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad de los progenitores. Así, por cuanto pueden verificarse los presupuestos de responsabilidad civil contemplados en la legislación ecuatoriana, estos daños, como todo daño imputable a malicia o negligencia de otra persona, deben ser reparados.

CORRAL  
ROSALES 

**FIRMA PREFERIDA POR  
LAS MULTINACIONALES  
EN EL ECUADOR**



**ECUADOR**

[info@corralrosales.com](mailto:info@corralrosales.com)

**QUITO**

Robles E4-136 y Av. Amazonas  
Edif. Proinco Calisto, piso 12  
Ecuador  
T.: +593 2 2544144

**GUAYAQUIL**

Av. Francisco de Orellana 234  
Edif. Blue Tower, piso 6, of. 607  
Ecuador  
T.: +593 4 2630441

# ECIJA GPA

Law Firm  
Full-service  
Digital Economy  
Iberoamérica

## Quito

Av. 12 de octubre, N26-97 y Lincoln  
Edificio Torre 1492, 170516, piso 10, oficina 1005  
Telf.: +(593-2) 2986528/29/30/31  
Info.ecuador@ecija.com

## Guayaquil

Av. Numa Pompilio Llona s/n  
Puerto Santa Ana  
Edificio The Point, Piso 8, oficina 806  
Telf.: +59343883007

## Cuenca

Av. Roberto Crespo y Alfonso Uriguen  
Telf.: +(593-7) 2817664  
info.ecuador@ecija.com

## Manta

Calle M3 y Avenida 24  
Edificio Fortaleza, piso 8  
Telf.: +(593-5) 5003008  
info.ecuador@ecija.com



[www.ecija.com](http://www.ecija.com)



# Dispute boards en América Latina: resolución de controversias de infraestructura

*Dispute boards in Latin America:  
resolution of infrastructure disputes*

JUAN PABLO GÓMEZ MORENO\*

**Recibido / Received:** 24/06/2023

**Aceptado / Accepted:** 10/08/2023

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3023>

**Citación:**

Gómez Moreno, J.P. “Las dispute boards en América Latina: ventajas, retos y mejores prácticas para contribuir a la resolución eficiente de controversias de infraestructura en la región”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, octubre de 2023, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3023>

---

\* Universidad de los Andes, consultor independiente y profesor de la Facultad de Derecho, Bogotá 111711, Colombia. Correo electrónico: [jp.gomez1102@gmail.com](mailto:jp.gomez1102@gmail.com), ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8224-3852>

## RESUMEN

Los proyectos de infraestructura son esenciales para el desarrollo de las sociedades, ya que tienen un impacto directo en el acceso a varios derechos básicos como la libre locomoción, la salud pública, el acceso al agua y a la electricidad. La construcción es una industria clave para la ejecución de estos proyectos, pero su complejidad a menudo genera desacuerdos entre los actores principales, lo que puede resultar en altos índices de litigiosidad y costos en tiempo y dinero. Por esta razón, los métodos alternativos de solución de controversias han ganado importancia en la región. Entre ellos, las mesas de solución de conflictos se han destacado como una alternativa exitosa. Sin embargo, su implementación en América Latina ha sido lenta y hay desafíos que deben abordarse para mejorar su eficacia.

Este artículo examina las características de las *dispute boards* y destaca sus beneficios en la gestión de conflictos en proyectos de infraestructura. También se analizan los factores críticos y los desafíos para su implementación en la región. Finalmente, se proponen algunas prácticas para mejorar la aplicación de estos instrumentos en América Latina, haciendo hincapié en que requieren de un mayor compromiso de actores clave, como las agencias reguladoras, para implementarlas y mejorar su eficiencia.

## PALABRAS CLAVE

Resolución de disputas; proyectos de infraestructura; métodos alternativos de solución de controversias; mesas de solución de conflictos; América Latina

## ABSTRACT

*Infrastructure projects are essential for the development of societies, as they have a direct impact on access to several basic rights. Construction is a key industry for the implementation of these projects, but its complexity often generates disagreements among main actors, which can result in high levels of litigation and costs in time and money. For this, alternative dispute resolution methods have gained momentum in the region. Among them, dispute resolution boards have stood out as a successful alternative. However, their implementation in Latin America has been slow and there are challenges that must be addressed to improve their effectiveness.*

*This article examines the characteristics of these alternative mechanisms and highlights their benefits in managing conflicts in infrastructure projects. The critical factors and challenges for their implementation in the region are also analyzed. Lastly, this research presents some best practices for the application of these*

*instruments, which are a promising alternative for the efficient resolution of disputes in infrastructure projects in Latin America. However, proper execution of these contractual tools requires greater commitment from key actors—such as regulatory agencies—to implement them and improve their effectiveness.*

**KEY WORDS**

*Dispute resolution; infrastructure projects; alternative dispute resolution; dispute boards; Latin America*

## 1. INTRODUCCIÓN

En todo el mundo, los proyectos de infraestructura resultan de vital importancia para el desarrollo de una sociedad más justa.<sup>1</sup> Estas iniciativas recogen obras de construcción y mejoramiento de una diversidad de componentes como carreteras, puentes e instalaciones. La industria protagonista para la correcta ejecución de estos proyectos es la construcción. Por su naturaleza compleja e incierta, es común que en estas obras ocurra una multiplicidad de desacuerdos entre los principales actores, lo cual conduce a altos índices de litigiosidad.<sup>2</sup> Ante las demoras y costos inherentes a los procedimientos convencionales de solución de disputas, como es el caso de la justicia ordinaria, los métodos alternativos de solución de controversias (en adelante MASC) han ganado mucho peso en los últimos años.<sup>3</sup> Este es el caso de mecanismos como el arbitraje, que se convirtió en una salida óptima para estas disputas.<sup>4</sup>

El arbitraje, sin embargo, tiene sus propias limitaciones. Si bien el arbitraje también es un MASC, no deja de ser adversarial y requiere un análisis minucioso por parte de los árbitros. Esto implica importantes costos en tiempo y dinero, lo que, en materia de proyectos de infraestructura, supone pérdidas representativas.<sup>5</sup> Lo anterior ha llevado a que se introduzcan nuevas alternativas como las *dispute boards* (en adelante DB). La experiencia comparada en varios países demuestra que esta salida ha sido muy exitosa para la gestión del conflicto,<sup>6</sup> por lo que su debida implementación en América Latina se beneficiaría de revisar las lecciones aprendidas y mejores prácticas en otras jurisdicciones.

Esta investigación busca contextualizar el funcionamiento de las DB y sus principales características, con el objeto de resaltar sus ventajas y proponerlas como una alternativa para mejorar la resolución eficiente de controversias de infraestructura en la región. Para cumplir este objetivo, este artículo se divide en seis secciones. La sección II expone qué son y cómo funcionan las DB, así como algunas breves consideraciones sobre su historia y la forma en que han evolucionado en el tiempo. La sección III trata los principales beneficios de las DB y de qué manera pueden contribuir a gestionar los aspectos críticos de las disputas surgidas en un proyecto de infraestructura. La sección IV plantea

- 
- 1 Sophie Sturup, y Nicholas Low, "Sustainable Development and Mega Infrastructure: An Overview of the Issues", *Journal of Mega Infrastructure & Sustainable Development* 1, n.º 1 (julio 2019): 8-26, <https://doi.org/10.1080/24724718.2019.1591744>.
  - 2 Kathleen M. J. Harmon "Resolution of Construction Disputes: A Review of Current Methodologies", *Leadership and Management in Engineering* 3, n.º 4 (octubre 2003), 187-201. [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)1532-6748\(2003\)3:4\(187\)](https://doi.org/10.1061/(ASCE)1532-6748(2003)3:4(187)).
  - 3 Chia Kuang Lee, Tak Wing Yiu, y Sai On Cheung. "Selection and use of alternative dispute resolution (ADR) in construction projects: past and future research", *International Journal of Project Management* 34, n.º 3 (abril 2016): 494-507. <https://doi.org/10.1016/j.ijproman.2015.12.008>.
  - 4 Walter Matli, "Private justice in a global economy: from litigation to arbitration", *International Organization* 55, n.º 4 (julio 2001): 919-47, <https://doi.org/10.1162/002081801317193646>.
  - 5 Amit Moza, y Virendra Kumar Paul, "Review of the effectiveness of arbitration", *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* 9, n.º 1 (julio 2017): 03716002, [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)LA.1943-4170.0000204](https://doi.org/10.1061/(ASCE)LA.1943-4170.0000204).
  - 6 Gwyn Owen, y Brian Totterdill, *Dispute boards: procedure and practice* (Londres: ICE Publishing, 2007), 1-3.

mejores prácticas para la implementación del mecanismo. Por último, la sección V presenta algunos retos críticos de las DB en el contexto de América Latina.

## 2. QUÉ SON Y CÓMO FUNCIONAN LAS *DISPUTE BOARDS*

### 2.1. NOCIÓN E HISTORIA

Las DB son paneles conformados por expertos, cuyo propósito es resolver los conflictos que surjan con ocasión de un proyecto. A través de una DB, las partes de un contrato acuerdan dar a terceros la potestad de asesorarlas respecto de las desavenencias entre ellas durante la ejecución del proyecto, así como adjudicar estas disputas. Es necesario aclarar que, tratándose de una figura que viene de jurisdicciones anglosajonas, las DB se conocen bajo muchos nombres distintos en países hispanohablantes, por ejemplo, también son llamadas juntas, mesas o paneles técnicos o de resolución de conflictos.

La Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI), que ha desarrollado materiales prácticos sobre la operación de este mecanismo, define a las DB como órganos permanentes que ayudan a las partes a evitar o resolver cualquier conflicto que pudiera surgir durante la ejecución de un contrato de construcción.<sup>7</sup> Por su parte, la doctrina se refiere a ellas como una junta de adjudicación de disputas en el sitio de la obra (*on site*), que está vigente durante la construcción de la misma y cuya función es hacer visitas periódicas para involucrarse activamente en la concepción y el desarrollo del proyecto.<sup>8</sup>

Las DB no son una figura reciente, sino que llevan casi cincuenta años de operación en todo el mundo. En Estados Unidos, la literatura indica que la primera DB se constituyó para la construcción del túnel Eisenhower en 1975.<sup>9</sup> Igualmente, durante los noventa, el Banco Mundial (en adelante BM) las incorporó en su *Standard Bidding Document Procurement of Works* para proyectos de construcción, un documento elaborado para proyectos financiados por la banca multilateral.<sup>10</sup> En Reino Unido, el Institute of Civil Engineers (ICE) incluyó desde 1989 la figura de un experto técnico a cargo de resolver conflictos suscitados durante la ejecución de la obra.

7 Cyril Chern, *Chern on Dispute Boards* (Londres: CRC Press, 2015), 1-32.

8 Gustavo Paredes, "Jugando a las vencidas: Dispute boards vs. árbitro de emergencia", *Derecho & Sociedad*, n.º 55 (octubre 2020): 255-64, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/23246>.

9 Jesse Grove, y Richard Appuhn, "Comparative Experience with Dispute Boards in the United States and Abroad Alternative Dispute Resolution", *Construction Lawyer* 32, n.º 3 (2012): 6-16, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/conlaw32&div=28&cid=&page=>.

10 Nicholas Gould, y Robbie McCrea, "Dispute Boards: Trends, Observations, Developments and Procedures", en *Construction Arbitration and Alternative Dispute Resolution: Theory and Practice Around the World*, ed. Renato Nazzini (Nueva York: Routledge, 2021).

Es fundamental resaltar que las DB son criaturas del contrato. Esto quiere decir que, por lo general, las particularidades sobre su funcionamiento dependerán de las estipulaciones de las partes en el acuerdo privado que las regule.<sup>11</sup> Para regular estos aspectos existen diversas organizaciones que han desarrollado modelos y mejores prácticas contractuales en los que se detallan características y términos de funcionamiento de una DB. Por ejemplo, en 2004, la CCI estableció por primera vez un reglamento de DB, cuya versión más reciente fue aprobada en 2015.<sup>12</sup> Por su parte, la International Federation of Consulting Engineers (en adelante FIDIC) incorpora la figura de las DB en varios de sus contratos modelo.<sup>13</sup>

## 2.2. DIFERENCIAS ENTRE LAS *DISPUTE BOARDS* Y OTROS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

A diferencia del arbitraje, que implica un importante nivel de detalle y esfuerzo —tanto de las partes como de los adjudicadores—, las DB han sido calificadas como una forma de justicia aproximada o *rough justice*.<sup>14</sup> Esto no quiere decir que la forma de justicia que puede ofrecer este órgano sea necesariamente deficiente o de menor calidad, pero sí indica que, en la ponderación entre eficiencia y precisión, prevalece el primer criterio. Esta filosofía se alinea con la industria de la ingeniería y construcción, en la que se anticipa, desde el expediente técnico, que la obra tendrá falencias inevitables y comunes.<sup>15</sup>

Una diferencia clave entre las DB y otras formas de solución de conflictos es el alcance de sus actividades. Mientras que, por ejemplo, la labor central de los árbitros es resolver la disputa, las DB tienen esta misma función y otra de acción preventiva (*dispute avoidance*) y consultiva.<sup>16</sup> Aunque los árbitros también pueden fomentar la solución amistosa de la controversia e invitar a las partes a fórmulas de arreglo,<sup>17</sup> esta no es su actividad principal, como sí lo es la labor propia de las DB.

A partir de estas características autores como Chapman describen las DB como un proceso de toma de decisiones que resulta inevitable para la industria de la construcción y que está hecho a la medida de estos proyectos.<sup>18</sup> En

11 Nael G. Bunni, “Dispute Boards-Do’s and Don’ts”, *Construction Law International* 1, n.º 3 (2006): 10-4.

12 Christopher Koch, “ICC’s new dispute board rules”, *ICC International Court of Arbitration Bulletin* 15, n.º 4 (otoño 2004): 10-34, <http://www.landoltandkoch.com/medias/icc-db-rules-icbul-15-2-04-off-print-english.pdf>.

13 Design Build y Turnkey Project, Libro Naranja, Libros Amarillo y Rojo, por dar algunos ejemplos.

14 Anthony Houghton, “Should Dispute Boards (Also) Be Made Mandatory?”, *Asian Dispute Review* 16, n.º 4 (diciembre 2014): 196-201, <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Asian+Dispute+Review/16.4/ADR2014047>.

15 Mohan Kumaraswamy, “Conflicts, Claims and Disputes in Construction”, *Engineering Construction and Architectural Management* 4, n.º 2 (febrero 1997): 95-111, <https://onlinelibrary.wiley.com/journal/1365232x>.

16 Sarwono Hardjomuljadi, “Use of dispute avoidance and adjudication boards”, *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* 12, n.º 4 (agosto 2020): 03720004, [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)LA.1943-4170.0000431](https://doi.org/10.1061/(ASCE)LA.1943-4170.0000431).

17 Laura García, “Mediación o conciliación: una decisión de política judicial”, *Revista Fronesis* 20, n.º 1 (enero 2013): 104-18.

18 Peter Chapman, “Dispute boards on major infrastructure projects”, *Management, Procurement and Law* 162, n.º 1 (mayo 2009): 7-16, <https://doi.org/10.1680/mpal.2009.162.1.7>.

particular, en un contexto en que los tiempos son de absoluta importancia y la gestión del conflicto debe ser rápida, las DB suponen una alternativa de gran ayuda para estas controversias.

### 2.3. CONSTITUCIÓN DE LAS *DISPUTE BOARDS* Y DESARROLLO DE LA CONTROVERSIA

La DB se suele acordar a través de un contrato entre tres partes. Al ser un mecanismo contractual, la constitución de una DB dependerá de la implementación de un procedimiento que está previsto en el contrato. Es usual, como ocurre en las disposiciones de la CCI y la FIDIC, que cada una de las partes nombre a un experto y la otra lo confirme.<sup>19</sup> En las DB, es usual que la selección de los integrantes deba ser acordada por ambas partes y no haya recusación de los integrantes.<sup>20</sup> Si alguna de las partes se opone al nombramiento, se puede recurrir a una tercera entidad nominadora, como la CCI o la FIDIC.<sup>21</sup>

El plazo de funcionamiento de una DB varía según los términos acordados por las partes, pero comúnmente el término para resolver una reclamación o solicitud formal ante la DB suele ser de noventa días.<sup>22</sup> Es importante considerar la relación de las partes con instituciones administradoras del procedimiento. A manera de ejemplo, existen centros que tienen listas de adjudicatadores, dependiendo de la región de la obra y la experiencia internacional que se requiera, entre otros factores.<sup>23</sup>

También hay entidades que administran el procedimiento de la DB y tienen un reglamento que regula las distintas etapas para el desarrollo de la controversia.<sup>24</sup> Cada modelo contractual o reglamento de DB tiene sus propias etapas y tiempos. Lo primero suele ser la notificación de la reclamación de una parte a la otra.<sup>25</sup> Es fundamental que esta comunicación se remita oportunamente, pues puede haber lugar a una caducidad o prescripción del reclamo.<sup>26</sup> La otra parte puede atender la reclamación sin objetarla o someterla a la DB para su

19 Issaka Ndekugri, et al., "Best practice in the training, appointment, and remuneration of members of dispute boards for large infrastructure projects", *Journal of Management in Engineering* 30, n.º 2 (marzo 2014): 185-93, [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)ME.1943-5479.0000195](https://doi.org/10.1061/(ASCE)ME.1943-5479.0000195).

20 David Proaño, y Marco Guevara, "Las virtudes de los dispute boards y su aplicación en Ecuador", *USFQ Law Review* 6, n.º 1 (septiembre 2019), <https://doi.org/10.18272/lr.v6i1.1372>.

21 Juan Figueroa, "Dispute boards: la visión de las partes y su coexistencia con los contratos administrativos. Experiencias en Chile", en *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*, ed. Roberto Hernández García (Arequipa: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2014), 129.

22 Lukas Klee, y Daniel Novy, "Construction dispute boards", *Czech & Central European Yearbook of Arbitration* 4 (marzo 2014): 171-83, <https://ssrn.com/abstract=2404839>.

23 Fadia Fitriyanti, y Emil Adly, "Lessons learned in the use of dispute boards to the settlement of construction service disputes" *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* 14, n.º 1 (octubre 2021): 04521041, [http://dx.doi.org/10.1061/\(ASCE\)LA.1943-4170.0000508](http://dx.doi.org/10.1061/(ASCE)LA.1943-4170.0000508).

24 Bates y Torres-Fowler, "Dispute Boards: A Different Approach to Dispute Resolution".

25 Owen y Totterdill, *Dispute boards: procedures and practice*.

26 Anton van Langelaar, "Dispute Boards-The New FIDIC Second Edition 2017 DB Provisions", *Civil Engineering*, n.º 1 (enero-febrero 2018): 20-7.

decisión. Entre las partes y los miembros de la DB pueden tratar de avenir las controversias de forma amistosa, sin necesidad de acudir a una solución totalmente heterocompositiva.

En caso de que una solución amistosa no tenga éxito, los expertos de la DB tienen la facultad de pedir todo el material que consideren necesario para resolver el asunto.<sup>27</sup> Esto incluye soportes documentales y discusiones con personal de la obra o incluso la práctica de pruebas. Luego, la DB emite una recomendación o decisión, dependiendo de las facultades que le hayan otorgado las partes y el alcance de la solicitud correspondiente.<sup>28</sup> La parte no conforme con la decisión puede iniciar una controversia formal, como un arbitraje o un proceso judicial, pero la decisión de la DB debe cumplirse desde un principio, ya que tiene el alcance de un compromiso contractual. Suele pactarse que la DB sea una condición precedente para acceder a otras instancias como el arbitraje.<sup>29</sup>

## 2.4. MARGEN DE ACCIÓN DE LAS *DISPUTE BOARDS*

El enfoque principal de las DB es autocompositivo, es decir, buscar que las partes resuelvan sus diferencias *motu proprio*.<sup>30</sup> Las DB representan un caso excepcional en cuanto a su nivel de éxito para resolver disputas. Según los datos disponibles, un noventa y ocho por ciento de los asuntos que son originalmente planteados a la DB son solucionados sin recurrir a instancias posteriores.<sup>31</sup> Es fundamental tener presente que las DB no aconsejan a las partes salvo que sean requeridas para ello ni dan indicaciones sobre cómo actuar. Toda vez que estos asuntos, de ser elevados a una reclamación formal, deban ser resueltos posteriormente por la DB, asesorar a las partes informalmente en una instancia precedente generaría un conflicto de interés.

A su vez, puede haber diferentes tipos de DB. Esto cambiará según la función de la DB sea, por ejemplo, resolver definitivamente las disputas entre las partes (conocidas como *adjudicatory boards*, en adelante DAB) o aconsejar a las partes sobre formas de resolver sus conflictos (conocidas como *review boards*, en adelante DRB). A pesar de la extensa literatura sobre el tema,<sup>32</sup> este artículo

27 Karen Gidwani, "Alternatives to the dispute Board-Project mediation", en *The FIDIC Contracts Conference 2007* (5 de octubre de 2007), <https://www.fenwick-elliott.co.uk/file/41/download?token=oi60wJ-Y>.

28 Toshihiko Omoto, "Dispute boards, resolution and avoidance of disputes in construction contracts", en *Proceeding of TC302 Symposium Osaka 2011: International Symposium on Backwards Problem in Geotechnical Engineering and Monitoring of Geo-Construction* (julio 2011).

29 Nguyen Thi Hoa, y Tran Hoang Tu Linh, "Alternative dispute resolution and the application of the multitered dispute resolution clause in the international construction sector," *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* 15, n.º 1 (noviembre 2022): 04522049, <https://ssrn.com/abstract=4382698>.

30 Verónica Castro-Jiménez, "Generalidades de los mecanismos alternativos de solución de controversias", *Revista de Investigaciones Universidad del Quindío* 33, n.º 2 (julio 2021): 213-18, <https://doi.org/10.33975/riuq.vol33nS2.453>.

31 Guillaume Hess, y Randall Walker, "Dispute boards-A globally growing popularity, but limited use in the Middle East", *JD Supra* (septiembre 2022), <https://www.jdsupra.com/legalnews/dispute-boards-a-globally-growing-2893008/>.

32 Tarek S. El-Sewafy, Ahmed F. Waly, y Ola D. El-Monayeri, "Framework for the successful implementation of dispute boards in construction projects", *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* 14, n.º 1 (diciembre 2021), [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)LA.1943-4170.0000520](https://doi.org/10.1061/(ASCE)LA.1943-4170.0000520).

no se ocupará de las distintas modalidades de DB y sus diferencias, sino que se enfocará en las DAB, que suelen ser el mecanismo más común.

### 3. BENEFICIOS DE LAS *DISPUTE BOARDS* EN LOS PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA

En el ámbito de la gestión de proyectos, se ha reconocido la importancia de los tres aspectos críticos de una obra: alcance, tiempo y costos.<sup>33</sup> Sin embargo, la evolución de la doctrina y la práctica ha llevado a la inclusión de otros factores relevantes como los riesgos, la calidad de los trabajos, entre otros. En este contexto, las DB son útiles para asegurar el éxito de los proyectos de ingeniería y construcción, ya que sirven para abordar precisamente las aristas clave de este tipo de obras.<sup>34</sup>

Para una adecuada gestión y solución de disputas, es fundamental que los miembros de las DB posean un sólido conocimiento técnico de la obra y puedan realizar un análisis completo de factores como las variaciones en el alcance del proyecto, los estudios del cronograma y los retrasos o cambios en el mismo.<sup>35</sup> Las DB son de gran importancia, ya que una particularidad de la industria de la construcción es que requiere la coordinación de un gran movimiento de personas y materiales en medio de cierto nivel de caos y con conocimientos limitados sobre los hechos presentes y futuros.<sup>36</sup>

Las DB ofrecen varios valores agregados a un proyecto de infraestructura y sus principales actores. FIDIC ha afirmado que las DB promueven la resolución expedita de las diferencias de criterio en campo y con información en tiempo real, lo que previene mecanismos de resolución más desgastantes y permite a las partes ahorrar tiempo y costos. A manera de ejemplo, los contratos FIDIC ofrecen ventajas como la reducción de la incertidumbre de las partes en relación con los aspectos técnicos y las obligaciones contractuales, la estabilidad financiera, entre otras.<sup>37</sup> Estos modelos se han convertido en instrumentos comunes<sup>38</sup> y, de hecho, varios Estados y sus entidades públicas los han adoptado en contratos modelo.

33 Daniel Cuentas Pino, e Irene Nuviola Lapieza, “El alma, corazón y vida de los dispute boards: reflexiones acerca de su regulación en Latinoamérica y el Perú”, *Advocatus* 42 (marzo 2022): 225-39, <https://doi.org/10.26439/advocatus2022.n042.5755>.

34 Grove y Appuhn, “Comparative experience with dispute boards in the United States and abroad”, 6-16.

35 James Zack, “Practical dispute management”, *Cost Engineering* 37, n.º 12 (diciembre 1995): 55.

36 Caso Blake Construction c. CJ Coakley, District of Columbia Court of Appeals, Judge Kern, 27 de mayo de 1981.

37 Toby Shnookal, y Donald Charrett, “Standard form contracting: the role for FIDIC contracts domestically and internationally”, en *Society of Construction Law Australia Conference* (2010), <https://mtecc.com.au/standard-form-contracting-the-role-for-fidic-contracts-domestically-and-internationally>.

38 Axel-Volkmar Jaeger, y Götz-Sebastian Hök, *FIDIC: A guide for practitioners* (Heidelberg: Springer, 2010).

### 3.1. MENORES TIEMPOS Y COSTOS

Las estadísticas muestran que es rentable para las partes incurrir en costos para cubrir la operación de una DB.<sup>39</sup> De hecho, gran parte de los casos que se someten a estos órganos no son elevados a un arbitraje o a un proceso judicial. Además de las decisiones tomadas por estas mesas, un porcentaje mínimo es modificado por otras instancias, como el caso de un tribunal arbitral.<sup>40</sup> Esto disuade a las partes de promover una mayor litigiosidad y preservar sus buenas relaciones en proyectos a largo plazo.

Aunque el costo de una DB dependerá del valor del contrato, generalmente es marginal en comparación con otros MASC. Según la Dispute Resolution Board Foundation (en adelante DRBF), un proyecto con pocas controversias generará un costo de aproximadamente el 0,05 % de la obra, en casos con disputas que deben ser atendidas por el órgano el costo estará alrededor del 0,25 %.<sup>41</sup> La primera experiencia del BM en este sentido se dio en Honduras en 1980, donde los casos llevados ante estas entidades fueron resueltos exitosamente por las DB.<sup>42</sup>

En contraste, un procedimiento arbitral puede implicar, en la base, honorarios de abogados y peritos, así como de los propios árbitros.<sup>43</sup> Adicionalmente, las partes suelen incurrir en costos administrativos propios de la gestión del procedimiento.<sup>44</sup> Encima de esto, deben considerarse los costos de tiempo del equipo de cada una de las partes que deben dedicarse a la controversia, así como eventuales costos por conceptos secundarios, como documentos, trámites, viajes, alojamiento y comida, entre otros.<sup>45</sup>

La contratación de una DB opera como un seguro, ya que las partes pagan una prima para lograr la reducción de costos en caso de un conflicto. De esta manera, con las DB no solo se pueden prevenir disputas costosas, sino que también se reducen las ineficiencias causadas por una controversia formal.

39 Graham Easton, "The future for dispute boards in Australia and New Zealand", en *12th Annual DRBF Conference* (Sydney, Australia, 3-5 de mayo de 2012), <https://www.disputeboard.org/wp-content/uploads/2016/02/117b-graham-easton.pdf>.

40 Thomas J. Stipanowich, y Véronique Fraser, "The international task force on mixed mode dispute resolution: exploring the interplay between mediation, evaluation and arbitration in commercial cases", *Fordham International Law Journal* 40, n.º 3 (2017): 839.

41 Dispute Resolution Board Foundation, "Dispute boards: counting the cost", *DRBF Forum* 19, n.º 1 (abril-mayo 2015): 1-3, <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/06/Dispute-Boards-Counting-the-Costs-DRBF-Forum-2015.pdf>.

42 Vaz, Gilberto José, and Pedro Augusto Gravatá. "Los Dispute Boards y Los Contratos Administrativos: ¿Son Los DB's Una Buena Solución Para Disputas Sujetas a Normas de Orden Público?" En *Dispute Boards En Latinoamérica: Experiencias y Retos*, 99-121. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014.

43 James Wiesel, "Cost-effective construction arbitration", *The Construction Lawyer* 31, n.º 2 (primavera 2011): 15-22, [https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawCost\\_effective\\_Construction\\_Arbitration\\_By\\_James\\_Wiesel\\_Construction\\_LawyerSpring2011.pdf](https://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/arbitrationlawCost_effective_Construction_Arbitration_By_James_Wiesel_Construction_LawyerSpring2011.pdf).

44 Christopher Drahozal, "Arbitration costs and forum accessibility: empirical evidence." *University of Michigan Journal of Law Reform* 41, n.º 4 (2008): 813, <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol41/iss4/3>.

45 Ibid.

Por otra parte, la agilidad de las decisiones de las DB también es uno de sus aspectos diferenciales. Con esto, las partes pueden evitarse largos y costosos litigios. Según Podetti, la ventaja más importante de las DB es la seguridad para las partes de que la resolución de las disputas que pudieran surgir será rápida.<sup>46</sup> Debido a que las DB se realizan durante el transcurso del proyecto, se pueden resolver prontamente los problemas antes de que escalen, a diferencia de otros MASC que, por lo general, acaban con el pleito después de concluido el proyecto.

Al estudiar la eficiencia en la solución de disputas de construcción, se ha concluido que, a mayor tiempo que tarde la resolución de un litigio, las partes incurren en un mayor costo.<sup>47</sup> Esto quiere decir que, como regla general, un procedimiento más corto será más favorable para las partes en términos de recursos gastados.

Para terminar, se debe tener en cuenta que, en proyectos con algún interés público —la mayoría de proyectos de esta naturaleza en América Latina—<sup>48</sup> tanto las entidades públicas involucradas como los contratistas tienen un fuerte interés en terminar la obra sin retrasos ni sobrecostos. Para las entidades públicas, la culminación de estas obras es fundamental para el acceso a servicios públicos,<sup>49</sup> mientras que, para los contratistas, la rápida ejecución del proyecto es importante para evitar impactos reputacionales, recibir la contraprestación pactada y avanzar en nuevos negocios.<sup>50</sup>

### 3.2. MAYOR CALIDAD Y EFICACIA

Además de los beneficios en términos de tiempo y costo, las DB también ofrecen ventajas en términos de calidad y eficacia. En primer lugar, las DB pueden mejorar sustancialmente la solución de disputas desde un punto de vista técnico. Los miembros de la DB realizan visitas a la obra, lo cual es una parte fundamental de sus actividades. Es de gran relevancia que, a través de estas visitas, los miembros puedan conocer el proyecto de primera mano.<sup>51</sup>

46 Humberto Podetti, *El contrato de construcción* (Buenos Aires: Astrea, 2004), 432.

47 Sai-On Cheung, Henry Suen, y Tsun-lp Lam, "Fundamentals of alternative dispute resolution processes in construction", *Journal of Construction Engineering and Management* 128, n.º 5 (octubre 2002): 409-17, [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)0733-9364\(2002\)128:5\(409\)](https://doi.org/10.1061/(ASCE)0733-9364(2002)128:5(409)).

48 Jordan Schwartz, Luis Andres, y Georgeta Dragoiu, "Crisis in Latin America: infrastructure investment, employment and the expectations of stimulus", *Journal of Infrastructure Development* 1, n.º 2 (julio 2009): 111-31, <https://doi.org/10.1596/1813-9450-5009>.

49 Antonio Estache, Foster Vivien, y Quentin Wodon, *Cómo considerar la pobreza en las reformas de infraestructura: lecciones de la experiencia en América Latina* (Bogotá: Banco Mundial, 2004).

50 Albert Chan, David Scott, y Edmond Lam, "Framework of success criteria for design/build projects", *Journal of Management in Engineering* 18, n.º 3 (junio 2002): 120-8, [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)0742-597X\(2002\)18:3\(120\)](https://doi.org/10.1061/(ASCE)0742-597X(2002)18:3(120)).

51 Filip De Ly, y Paul-A. Gélinas, eds. *Dispute prevention and settlement through expert determination and dispute boards* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016).

De hecho, para que los adjudicadores en otros MASC puedan acceder a este conocimiento, a menudo es necesario recurrir a herramientas auxiliares, como las inspecciones o visitas. Estos recursos consisten en que el juez o los miembros del tribunal acudan al sitio para conocer el proyecto. Sin embargo, este mecanismo tiene un alcance limitado, ya que generalmente se trata de una visita única y con una interacción mínima.

En este sentido, la primera visita que realizan los miembros de la DB al proyecto es crucial. Durante esta visita establecen un vínculo esencial con las partes y la obra. Además, esta visita suele ser cuidadosamente coordinada por las partes y los expertos, de manera que puedan enfocarse en los aspectos críticos del proyecto y las controversias que pudieran derivarse de los mismos.

Es común que las partes y los miembros de la DB se reúnan antes de la visita.<sup>52</sup> Esto les permite escuchar las consideraciones de las partes y conocerlas de antemano. Durante esta etapa también se puede acceder a documentación clave, como el cronograma de la obra, lo que permite conocer el progreso del proyecto.

Además, las visitas suelen ser periódicas y repetidas, generalmente cada dos o cuatro meses. Esto significa que no se limitan a un solo momento, sino que permiten a los expertos observar progresivamente el avance de la obra. Esta relación a largo plazo con la obra y las partes fortalece la posición de los miembros de la DB para tomar decisiones fundamentadas.

### 3.3. PREVENCIÓN Y DEESCALACIÓN DE CONFLICTOS

Es fundamental que la DB pueda establecer una relación continua con las partes para gestionar de manera más efectiva las disputas. Por ejemplo, pueden mantener una comunicación constante con los actores del proyecto a través de medios informales, como llamadas telefónicas y videoconferencias.<sup>53</sup> A diferencia de los escenarios de controversia formal, esta comunicación evita la escalación del conflicto, ya que las comunicaciones escritas suelen ser utilizadas posteriormente como pruebas contra las partes.

Debido a sus características únicas, las DB también actúan *de facto* como supervisores de la obra. Aunque no tienen el poder de dar instrucciones específicas a las partes,<sup>54</sup> son percibidos como observadores de la ejecución del

52 Nicholas Gould. "Establishing dispute boards-Selecting, nominating and appointing board members." *Society of Construction International Conference in Singapore*, vol. 16 (Singapur: diciembre 2006).

53 Donald Charrett, *The application of contracts in engineering and construction projects* (Londres: Informa Law from Routledge, 2018), 249-58.

54 Gustavo Paredes, "Dispute boards y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan?", en *Dispute boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*, coordinado por Roberto Hernández García (Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2013): 79-85.

proyecto. Esto puede contribuir de manera intangible a la prevención de conflictos y, sobre todo, a evitar comportamientos que suelen causarlos. Las partes son conscientes de que los miembros de la DB pueden conocer sus acciones durante el desarrollo de la obra y, por lo tanto, evitan conductas inapropiadas.

En psicología social esto se conoce como reactividad psicológica.<sup>55</sup> Este fenómeno, conocido como el efecto Hawthorne, dispone que, las personas tienden a modificar su comportamiento cuando tienen la impresión o el conocimiento de que están siendo observadas.<sup>56</sup> Dado que los miembros de la DB deben tener habilidades de conciliación, ser independientes e imparciales y no deben tener un interés previo contrario a ninguna de las partes, su presencia puede tener una influencia positiva en los conflictos existentes.

Esto también fomenta que las partes trabajen con una filosofía de *open book*, es decir, que sean transparentes con la información y no intenten ocultarla para aprovechar las asimetrías de acceso a la misma.<sup>57</sup>

En el caso de mecanismos como el arbitraje es común que las partes acumulen reclamaciones mientras esperan para activar este MASC. Esto implica que los conflictos y las cuantías se incrementan y suman, alcanzando niveles significativos, por lo que posteriormente resulta muy difícil llegar a un acuerdo o buscar una solución amistosa. Las DB, por el contrario, pueden prevenir el efecto de bola de nieve del arbitraje.

Además, las DB tienen un margen de acción muy interesante en la identificación y notificación de posibles controversias, incluso antes de que las partes las presenten formalmente. Por ejemplo, el artículo 16 del Reglamento de la CCI respecto de las DB establece lo siguiente:

Si en cualquier momento, en particular durante las reuniones o visitas al sitio, el DB estima que puede haber un potencial Desacuerdo entre las Partes, el DB puede plantearse a las Partes con el fin de alentarlas a evitar el Desacuerdo por sí mismas, sin mayor participación del DB.<sup>58</sup>

Otra cláusula relevante es la 20.5 del Libro de Oro de FIDIC que aborda la prevención de controversias y establece lo siguiente:

55 Benjamin D. Rosenberg, y Jason T. Siegel, "A 50-year review of psychological reactance theory: do not read this article", *Motivation Science* 4, n.o 4 (diciembre 2018): 281-300, <https://doi.org/10.1037/mot0000091>.

56 Philip Sedgwick, y Nan Greenwood, "Understanding the Hawthorne effect" *BMJ* 351 (septiembre 2015): h4672, <https://doi.org/10.1136/bmj.h4672>.

57 Peter McDermott, Malik Khalfan, y Will Swan. "Trust in construction projects", *Journal of Financial Management of Property and Construction* 10, n.o 1 (marzo 2005): 19-31, <http://alliancecontractingelectroniclawjournal.com/wp-content/uploads/2017/04/McDermott-P.-Khalfan-M.-and-Swan-W.-2005-%E2%80%98Trust-in-Construction-Projects%E2%80%99.pdf>.

58 Reglamento de la CCI Relativo a los Dispute Boards, Cámara de Comercio Internacional, 1 de octubre de 2015, artículo 16.

Si en cualquier momento las Partes así lo acuerdan, pueden presentar conjuntamente un asunto al DAB por escrito con una solicitud de asistencia y/o discutir informalmente y tratar de resolver cualquier desacuerdo que pueda haber surgido entre las Partes durante la ejecución del Contrato. Tal asistencia informal puede tener lugar durante cualquier reunión, visita a la Obra o de otra manera [...]. Las Partes no estarán obligadas a actuar de acuerdo con ningún consejo dado durante tales reuniones informales y el DAB no tiene una posición vinculante en ningún proceso de resolución de disputas y decisión por cualquier punto de vista dado durante el proceso informal de asistencia.<sup>59</sup>

Las DB son de particular importancia en contratos de mediana y larga duración. Esto se debe a que, aunque las disputas surgen durante toda la ejecución del proyecto, resolverlas mediante otros mecanismos puede llevar a la paralización de la obra. En proyectos de construcción esto puede ser extremadamente grave debido a los costos asociados con dichas interrupciones.<sup>60</sup> Las DB permiten gestionar estas controversias a medida que surgen, sin causar la suspensión de las actividades o minimizando sus efectos.

Para que esta ventaja se materialice, es fundamental establecer que el inicio de procedimientos formales de disputa ante la DB no suspenderá las obligaciones contractuales de las partes.<sup>61</sup> Es común que, frente a un conflicto, una o ambas partes suspendan la ejecución de sus actividades. Desde el punto de vista jurídico, en contratos de obra, esto suele respaldarse mediante reglas como la *exceptio non adimpleti contractus*, común en las jurisdicciones de derecho civil.<sup>62</sup> Según esta las partes argumentan que su incumplimiento estaría justificado por el incumplimiento recíproco del otro contratante.<sup>63</sup>

De conformidad con lo anterior, una de las principales premisas de las DB debe ser prevenir, en la mayor medida posible, la interrupción de la ruta crítica del proyecto.<sup>64</sup> Esto implica que los miembros de la DB deben actuar de manera proactiva y tomar medidas oportunas para abordar y resolver las disputas a fin de mantener el flujo continuo de la obra. Al hacerlo, se evitan retrasos significativos y se minimizan los impactos económicos y operativos negativos asociados con la paralización de la obra.

<sup>59</sup> Ibid, artículo 20.5.

<sup>60</sup> Ming Sun, y Xianhai Meng, "Taxonomy for change causes and effects in construction projects," *International Journal of Project Management* 27, n.o 6 (agosto 2009): 560-72, <http://dx.doi.org/10.1016/j.ijproman.2008.10.005>.

<sup>61</sup> Patrick Lane, y Michael Watson. "Effectiveness of dispute adjudication boards, South Africa", *Proceedings of the Institution of Civil Engineers-Management, Procurement and Law* 163, n.º 4 (noviembre 2010): 171-7, <https://doi.org/10.1680/mpal.2010.163.4.171>.

<sup>62</sup> Salwa A. Fawzy, et al., "Civil law context for understanding employer's payment obligations under common law FIDIC", *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction* 11, n.o 1 (noviembre 2018): 06518006, [http://dx.doi.org/10.1061/\(ASCE\)LA.1943-4170.0000285](http://dx.doi.org/10.1061/(ASCE)LA.1943-4170.0000285).

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Anton van Langelaar, "Dispute boards-dispute avoidance role, part 1", *Civil Engineering* 23, n.º 1 (enero 2015): 69-74, <https://hdl.handle.net/10520/EJC166166>.

### 3.4. IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA

Otro aspecto relevante es el carácter de los miembros de la DB como expertos verdaderamente imparciales e independientes. Esto se refleja, por lo menos, en dos aspectos. En primer lugar, como se indicó antes, la designación de los miembros de la DB se basa en el acuerdo de las partes. En segundo lugar, usualmente las reglas aplicables a estos procedimientos indican que los miembros de las DB deben ser profesionales independientes e imparciales.<sup>65</sup>

## 4. MEJORES PRÁCTICAS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS DB

En esta sección se presenta una serie de prácticas que pueden ayudar a la efectiva implementación de las DB en un proyecto real, pues no basta solamente con incluir la cláusula dentro del acuerdo. También es necesario verificar que este mecanismo haya sido incorporado de manera correcta al contrato y que su implementación verdaderamente ayude a las partes a resolver sus controversias en lugar de agravarlas.

### 4.1. ASEGURAR LA CAPACIDAD DECISORIA Y EL PODER VINCULANTE DE LAS DB

Se recomienda que las DB sean DAB, lo que implica que las decisiones que tomen sean vinculantes.<sup>66</sup> Esto se hace para salvaguardar el contrato, la obra y los intereses de las partes involucradas, priorizando la ejecución de los trabajos. La DRB, por el contrario, se encarga de emitir recomendaciones a las partes basadas en su opinión profesional sobre cómo debería resolverse la disputa. Estas recomendaciones carecen de fuerza vinculante, aunque las partes pueden decidir adoptarlas o ignorarlas si lo estiman conveniente.<sup>67</sup>

Por lo que es de vital importancia definir en el contrato, desde el primer momento, cuál será ese poder decisorio de la DB y hasta qué punto podrán vincular sus decisiones a las partes para evitar un panel de expertos con mayores o menores facultades de las que se deseaban.

65 Anton van Langelaar, "Dispute boards-an introduction", *Civil Engineering* 22, n.º 7 (2014): 72-3, <https://hdl.handle.net/10520/EJC157377>.

66 Oana Ruxandra Gherghina, "Comparative study between FIDIC dispute adjudication and negotiation as alternative dispute resolution methods", *Conferința Internațională de Drept, Studii Europene și Relații Internaționale V* (2017): 252-60, <https://www.cceol.com/search/article-detail?id=825057>.

67 Chapman, "Dispute boards on major infrastructure projects", 7-16.

## 4.2. GARANTIZAR LA PERMANENCIA DE LOS ADJUDICADORES

Es crucial que las DB sean permanentes o *standing boards*, es decir, que estén en vigencia desde el inicio hasta la finalización del contrato.<sup>68</sup> En contraposición, también existe la opción de que el órgano sea *ad hoc*, es decir, designado en un momento específico del proyecto. La permanencia de la DB permite familiarizarse con el proyecto y las partes desde el principio, facilitando la prevención y resolución de controversias. Además, al conocer previamente las reclamaciones y detalles del proyecto, los miembros de la DB pueden brindar soluciones más rápidas. En contraste, si la DB se forma hacia el final de la obra, es probable que las discusiones sean similares a las que se presentarían en un arbitraje.

## 4.3. LOGRAR QUE LAS PARTES TENGAN CONOCIMIENTO DEL MECANISMO

Es esencial que las partes involucradas en un contrato con una DB comprendan adecuadamente este mecanismo. En ocasiones, las partes pueden encontrarse inmersas en un contrato que incluye una DB sin tener pleno conocimiento de sus implicaciones, lo que puede llevar a cometer errores que tengan consecuencias graves. También se pueden presentar situaciones en las que las DB queden excluidas de los contratos marco debido al desconocimiento de su existencia. Por lo tanto, es de vital importancia que los asesores que participan en la negociación y redacción de estos contratos estén familiarizados con las DB.

## 4.4. CONSOLIDAR UN PANEL DE ESPECIALISTAS

Los miembros de la DB deben tener un conocimiento profundo de los contratos principales del proyecto en cuestión y estar al tanto de las comunicaciones entre las partes. Esto no implica que tengan acceso a todos los documentos, pero deben estar informados sobre los aspectos clave de la ejecución. Esta atención continua al proyecto justifica la remuneración de la DB, que no solo se basa en la resolución de controversias, sino también en el seguimiento constante del proyecto.

La selección de los miembros de la DB depende del tipo de proyecto. En algunos casos, se puede contar con una lista de especialistas. La composición de la DB puede ser mixta, con miembros permanentes y otros llamados según el tipo de controversia. La experiencia es un factor crucial en la selección de los integrantes, ya que las habilidades y los conocimientos específicos de ingenieros, arquitectos y abogados varían según el proyecto.

---

68 David Entwisle, "Dispute boards in context", tesis, Robert Gordon University, 2010.

Las decisiones de la DB suelen tener una excelente calidad técnica, ya que los miembros son seleccionados de una lista de profesionales expertos. Una ventaja importante es contar con profesionales técnicos y jurídicos en la DB. Si bien los abogados pueden tener experiencia en controversias técnicas, normalmente carecerán del detalle y la experiencia práctica de otras disciplinas. Por otro lado, es importante que los ingenieros también tengan cierta exposición a escenarios de solución de conflictos, como haber actuado en calidad de expertos.

Las habilidades blandas también son fundamentales para los miembros de una DB.<sup>69</sup> Estas habilidades incluyen la comunicación asertiva, la negociación y el liderazgo, ya que una de las funciones fundamentales de la DB es gestionar adecuadamente los intereses contrapuestos de las partes.<sup>70</sup> Si bien una DB de un solo miembro puede reducir costos, se recomienda que la DB esté conformada por un panel de tres miembros.<sup>71</sup> Esta estructura amplía la capacidad de la DB para dialogar con las partes y abordar el conflicto desde diferentes perspectivas.

El enfoque particular de los miembros de la DB para resolver disputas es una de las principales ventajas de este mecanismo. En el caso de los miembros técnicos, como ingenieros o arquitectos, las listas de posibles integrantes de la DB suelen estar conformadas por profesionales con experiencia en el campo y que han participado en diversas obras.<sup>72</sup> Esto implica que pueden ofrecer un enfoque práctico para resolver las disputas, priorizando la no interferencia en la ejecución de los trabajos. Además, sus experiencias pasadas pueden servir como punto de referencia para proponer soluciones no contempladas por las partes.

#### 4.5. CONFORMAR *DISPUTE BOARDS* FLEXIBLES SEGÚN

##### LA NATURALEZA DE LA OBRA

Las DB son herramientas altamente flexibles que se adaptan a la naturaleza y dinámica de cada proyecto. Reconociendo que no todos los proyectos son iguales, es fundamental considerar las particularidades de cada obra al estructurar y operar una DB. Esta adaptabilidad garantiza una mejor gestión de las disputas y una mayor eficiencia en la resolución de conflictos.

En ciertos proyectos, especialmente aquellos con actividades que requieren una ejecución acelerada, es esencial que la DB esté diseñada para operar en sincronía con el ritmo del proyecto. Esto implica establecer plazos ajustados y mecanismos de toma de decisiones ágiles, de modo que las disputas se resuelvan de

69 Issaka Ndekugri, et al. "Best practice", 185-93.

70 Ibid.

71 Brennan Ong, y Paula Gerber, "Dispute boards: is there a role for lawyers?", *Construction Law International* 5, n.º 4 (2010): 7-12, <https://ssrn.com/abstract=1932553>.

72 Chern, Chern on dispute boards.

manera oportuna sin retrasar la ejecución.<sup>73</sup> La agilidad en la estructuración y operación de la DB contribuye a mantener la continuidad de los trabajos y a minimizar el impacto negativo en los plazos y costos del proyecto.

Por otra parte, en busca de optimizar los costos asociados a las DB, se pueden explorar alternativas que permitan una mayor eficiencia financiera. Una opción es reducir el número de miembros de la DB, incluso llegando a designar un único miembro.<sup>74</sup> Esta configuración puede resultar especialmente adecuada en proyectos más pequeños o de menor complejidad, en que una sola persona con experiencia y conocimientos técnicos suficientes pueda desempeñar el rol de manera eficaz.

Otra estrategia para controlar los costos es establecer acuerdos específicos sobre los honorarios y las retribuciones de la DB. En lugar de basar la remuneración en una tarifa por hora o día trabajado, las partes pueden acordar costos fijos por disputas atendidas o por entregables específicos. Esto puede incluir visitas al proyecto, análisis de documentos, emisión de informes y otros aspectos relevantes para la resolución de las disputas. Establecer una estructura de costos clara y predecible permite a las partes planificar y presupuestar de manera más efectiva, evitando sorpresas financieras y facilitando la transparencia.

En este contexto, resulta valioso el enfoque proporcionado por la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI), que sugiere la posibilidad de acordar un valor fijo mensual para la operación de la DB, así como un valor adicional que se asignaría a hitos específicos o tareas adicionales relacionadas con el proyecto.<sup>75</sup> Esta estructura brinda flexibilidad y equilibrio, ya que los costos están vinculados a las necesidades concretas de cada etapa de la obra.

## 5. LA EXPERIENCIA DE LAS DB EN AMÉRICA LATINA

### 5.1. HISTORIA Y DESARROLLO DE LA FIGURA EN LA REGIÓN

El paradigma del arbitraje marcó un importante cambio en la resolución de disputas derivadas de los grandes contratos de infraestructura en América Latina. Durante el siglo XX se observó un movimiento hacia el arbitraje como mecanismo preferido para la solución de controversias en estos contratos.<sup>76</sup> Como resultado, varios Estados de la región introdujeron modificaciones legislativas críticas que favorecían este enfoque.

---

<sup>73</sup> Owen y Totterdill, *Dispute boards: procedures and practice*.

<sup>74</sup> Chapman, "Dispute boards on major infrastructure projects", 7-16.

<sup>75</sup> Reglamento de la CCI Relativo a los Dispute Boards, arts. 29-31.

<sup>76</sup> Walter, "Private justice", 919-47.

Un ejemplo destacado de estas modificaciones fue la Ley de Arbitraje en Perú, que estableció la obligatoriedad de resolver las disputas de contratación estatal a través del arbitraje. Este cambio legislativo reflejó la creciente aceptación y el reconocimiento del arbitraje como un mecanismo eficiente y confiable para resolver controversias en el ámbito de la construcción y la infraestructura.<sup>77</sup>

En América Latina, las DB existen ya desde el siglo pasado, pues la primera se integró para la construcción de la hidroeléctrica El Cajón en Honduras.<sup>78</sup> Esto quiere decir que las DB se han usado en la industria de la construcción de la región desde hace más de cuarenta años. Sin perjuicio de esto, la positivización de las DB en las jurisdicciones latinoamericanas es común desde hace apenas una década. Los países de la región donde las DBs ya se regulan y funcionan con normalidad incluyen a Panamá, Honduras, Perú, Ecuador, Chile, Brasil y Costa Rica.<sup>79</sup>

En estas jurisdicciones, las DB han operado exitosamente durante varios años y se han convertido en el mecanismo preferido para megaproyectos de infraestructura. Sin embargo, en otras jurisdicciones, como Colombia, se sigue el modelo francés de amigable componedor, que presenta desafíos debido a las diferencias en las cualidades y los efectos jurídicos de ambas figuras.<sup>80</sup> La amigable composición está prevista en la ley colombiana y consiste en un MASC mediante el cual las partes de una controversia designan a un tercero para resolver de manera definitiva esta disputa.

La doctrina ha criticado la amigable composición porque considera que desnaturaliza las DB en la medida que las partes suelen disfrazar las DB como amigables componedores para asegurar que las decisiones del panel tengan vinculatoriedad o simplemente desisten de su uso para utilizar un mecanismo cuyos efectos estén soportados en la ley. Además, conceptos de entidades estatales colombianas han llegado a recomendar la sustitución de las DB por amigables componedores, ya que las primeras no son un MASC contemplado en la ley.<sup>81</sup>

El ejemplo que se suele citar en esta discusión es el de la Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante ANI) en Colombia, que en 2010 intentó reemplazar los MASC tradicionales por el uso de DB. En el proyecto Ruta del Sol,

77 Mario Castillo Freyre, y Rita Sabroso Minaya, "Arbitraje obligatorio y de derecho en la contratación pública", *Revista Oficial del Poder Judicial* 5, n.º 5 (diciembre 2009): 237-52, <https://doi.org/10.35292/ropj.v5i5.220>.

78 Juan Eduardo Figueroa, "Los dispute boards o paneles técnicos en los contratos internacionales de construcción", *Gaceta Jurídica* 364 (octubre 2010): 9-17.

79 Cuentas y Nuviala, "El alma de las dispute boards", 225-39.

80 Tatiana Oñate, y Francisco Ternera Barrios, "El contrato sui generis de amigable composición: una alternativa para la solución de controversias en los proyectos de infraestructura", *Derecho Público*, n.º 35 (julio 2015): 3-23, <http://dx.doi.org/10.15425/redepub.35.2015.03>.

81 Mónica Paola Burgos, y José David Lemus Gutiérrez, "Implementación de los dispute boards en los contratos de infraestructura vial", tesis de grado, Universidad Externado de Colombia, 2019. <https://bdigital.uexternado.edu.co/server/api/core/bitstreams/932079a-c41e-4c59-aade-2a1f715684e1/content>.

una de las obras de infraestructura vial más grandes de los últimos años en el país, se incluyeron en los distintos contratos de concesión cláusulas que disponían expresamente que las partes se comprometían a constituir un “panel de expertos” para resolver sus disputas.<sup>82</sup>

A pesar de esto, la Contraloría —ente de control encargado de fiscalizar el uso de recursos públicos— y Colombia Compra Eficiente —agencia de contratación estatal— emitieron dos conceptos negando la posibilidad de implementar los paneles de expertos puesto que no estaban contemplados en la ley y, por tanto, no se les podía considerar un MASC. Esto forzó a la ANI a desistir de las DB e incorporar la amigable composición en los contratos de concesión de la referencia, práctica que ha continuado a través de los años.<sup>83</sup>

El ejemplo de Colombia demuestra que, a pesar de la tendencia hacia la regulación y formalización de las DB en América Latina, aún queda trabajo por hacer en ciertos países donde hay una escasez de disposiciones normativas que regulen las DB. Esta falta de reconocimiento oficial limita el alcance de las DB en casos en los que, por ejemplo, una de las partes contratantes es una entidad pública. Entre otras razones, esto es así debido al principio de legalidad, de acuerdo con el cual, a diferencia de los particulares, las autoridades solo pueden hacer lo que está expresamente reconocido en la ley.<sup>84</sup>

Contrario al caso de Colombia, recientemente, Costa Rica incluyó las DB en su Ley General de Contratación Pública después de un largo proceso que tomó casi una década.<sup>85</sup> Esta incorporación demuestra el reconocimiento gradual de las DB como un mecanismo oficial de solución de controversias en la región. Previamente, Chile había sido el Estado pionero en la región al introducir los “paneles técnicos” en los contratos públicos de construcción mediante la Ley 20.410 que modificó la regulación de las concesiones.<sup>86</sup> Igualmente, Brasil introdujo en 2018 los “comités de prevención y solución de disputas” a través de una norma municipal de São Paulo para contratos administrativos.<sup>87</sup>

Aunque el reconocimiento legal de las DB varía en la región, ya se han utilizado con éxito en algunos de los proyectos más destacados. En las Olimpiadas de Río de Janeiro en Brasil, las DB desempeñaron un papel fundamental en la resolución de disputas y en el seguimiento constante del proyecto, asegurando

82 Contrato de Concesión 001, 2010, p. 107; Contrato de Concesión 002, 2010, p. 110; y Contrato de Concesión 007, 2010, p. 116. Disponibles en: <https://www.ani.gov.co/documento-de-contratacion/contrato-de-concesion-no-001-del-2010-sector-2pdf-1870>; <https://www.ani.gov.co/documento-de-contratacion/contrato-de-concesion-no-002-del-2010-sector-1pdf-1726>; [https://www.ani.gov.co/sites/default/files/contrato\\_de\\_concesion\\_007-2010\\_con\\_apendices.pdf](https://www.ani.gov.co/sites/default/files/contrato_de_concesion_007-2010_con_apendices.pdf).

83 Burgos y Lemus, “Implementación de dispute boards en los contratos de infraestructura vial”.

84 Juan Carlos Cassagne, y Eduardo García de Enterría, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* (Madrid: Marcial Pons, 2009).

85 Artículo 117, Ley 9986, Ley General de Contratación Pública, Asamblea Legislativa de Costa Rica, de 27 de mayo de 2021.

86 Cuentas y Nuviala, “El alma, corazón y vida de las dispute Boards”, 225-39.

87 *Ibid.*, 231.

su ejecución exitosa.<sup>88</sup> Durante este proyecto, el Comité Olímpico decidió tomar las DB como referente para la solución de disputas asociadas a la obra, aspirando, de acuerdo con las cifras de la DRBF, a la reducción de un 44 % a un 13 % en los atrasos en la ejecución de los proyectos.<sup>89</sup> Este mecanismo ya se había usado en 2012 en los Juegos Olímpicos de Londres y su implementación exitosa llevó a que la experiencia fuera replicada en América Latina.<sup>90</sup>

De igual forma, en las obras del canal de Panamá, las DB se utilizaron de manera efectiva para resolver y prevenir conflictos durante la etapa de ampliación del canal, lo que contribuyó al éxito de esta importante obra de infraestructura.<sup>91</sup> Este proyecto implicaba un nivel de gasto de quinientos veinte millones de dólares y el uso de las DB en esta obra fue valorado positivamente, dado que permitió a los inversionistas extranjeros recurrir a una fórmula de arreglo distinta a los litigios tradicionales.<sup>92</sup> Vale resaltar esta experiencia debido a que ilustró a todo el mundo el uso de DB en proyectos de alta complejidad.

Asimismo, durante la construcción de la hidroeléctrica Cheves en Perú, las DB jugaron un papel crucial al brindar un enfoque práctico y especializado en la resolución de disputas relacionadas con la construcción y operación de la hidroeléctrica.<sup>93</sup> También es de resaltar el caso de los Juegos Panamericanos 2019 en Lima. Con el objeto de que este evento se realizara correctamente, el compromiso del país anfitrión era poner a disposición de los participantes veintiuna instalaciones deportivas, con una inversión de infraestructura de mil doscientos millones de dólares.<sup>94</sup> Para cumplir con este compromiso, la comisión organizadora estableció como modelo contractual el contrato NEC3 de la ICE. Este contrato remite a los reglamentos de la CCI para la administración de disputas ante una DB. De esta forma, el uso de las DB en este proyecto se ha considerado fundamental para la gestión de conflictos, priorizando tiempos y costos.<sup>95</sup>

Estos ejemplos destacan la capacidad de las DB para abordar de manera efectiva los desafíos y conflictos en proyectos de gran envergadura en América

88 Dante Figueroa, "Dispute boards for infrastructure projects in Latin America: a new kid on the block," *Dispute Resolution International* 11, n.º 2 (octubre 2017): 151-74, <https://fidic.org/content/dispute-boards-infrastructure-projects-latin-america-new-kid-block>.

89 Nicolás Frías, y Macarena Letelier, "Dispute boards: nuevo mecanismo de resolución de conflictos", *Reformas a la Justicia Pontificia Universidad Católica de Chile* (5 de marzo de 2016), <https://reformasalajusticia.uc.cl/opinion/36-columna-de-opinion-publicada-en-el-diario-la-tercera-el-25-de-enero-de-2016-por-nicolas-frias-y-macarena-letelier>.

90 Peter Rosher, "The application of dispute boards in the field of satellite projects", *International Business Law Journal*, n.º 2 (2016): 119-35.

91 Marcia Carla Pereira Ribeiro, y Caroline Sampaio de Almeida, "Análise crítica das cláusulas dispute board: eficiência e casos práticos", *Novos Estudos Jurídicos* 18, n.º 2 (agosto, 2013): 224-39, <https://doi.org/10.14210/nej.v18n2.p224-239>.

92 La Vanguardia, "El Canal de Panamá valora positivamente la mediación de los mandatarios en el litigio", *La Vanguardia* (enero 2014), <https://www.lavanguardia.com/economia/20140105/54397812821/canal-de-panama-valora-mediacion-de-martinel-li-y-pastor-en-litigio-con-gupc.html>.

93 Miguel Ángel Sipán Velásquez, "La eficacia de la Junta de Resolución de Disputas en el Sistema de Solución de Conflictos de las Contrataciones del Estado", tesis de grado, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2018.

94 Cuentas y Nuviala, "El alma, corazón y vida de los dispute boards".

95 Ibid.

Latina. Aunque todavía existen obstáculos normativos y de reconocimiento en la región, la experiencia exitosa de las DB en proyectos emblemáticos demuestra su valor y la necesidad de promover su implementación en la resolución de controversias en el campo de la construcción e infraestructura en América Latina.

## 5.2. EL RETO DE LA POSITIVIZACIÓN DE LAS *DISPUTE BOARDS*

En algunos países de América Latina, como Costa Rica y Perú, las DB están reguladas expresamente por la ley.<sup>96</sup> Esto implica que gozan de un reconocimiento formal en el sistema jurídico interno y están disponibles para las autoridades públicas. En muchos casos, esto permite que las DB se incluyan en contratos proforma de autoridades de infraestructura y otros instrumentos similares. En otros Estados se están discutiendo modificaciones a la regulación con el objetivo de incorporar expresamente las DB en el marco de la contratación estatal. A manera de ejemplo, en Panamá se revisó recientemente la Ley 22 de 2006, precisamente con el objetivo de regular en mayor detalle las DB.<sup>97</sup>

Es relevante destacar que la capacidad del Estado para acceder a mecanismos como las DB debe estar establecida en la ley. En la región, muchos países cuentan con regulaciones estrictas en materia de contratación estatal y gasto público. Las entidades encargadas de supervisar el uso de fondos públicos, como las contralorías, podrían cuestionar el pago de honorarios a los miembros de una DB. Sin embargo, es importante aclarar que, en principio, las DB no representan costos inmediatos, al igual que los arbitrajes o procedimientos judiciales, ya que su función principal es la prevención de conflictos y no la resolución definitiva de disputas.

La concepción de la administración pública como entidad autoritaria y policíva, que surge del desarrollo francés de conceptos como el acto administrativo y la conceptualización del contrato estatal con cláusulas excepcionales y poderes exorbitantes,<sup>98</sup> puede dificultar la amplia adopción de figuras como las DB en ausencia de una comprensión adecuada por parte de las autoridades. Sin embargo, esta percepción puede ser superada mediante la ley misma que, al reconocer las DB como mecanismo válido y deseable de solución de disputas, permite conjurar las objeciones por parte de los reguladores.

En consecuencia, resulta fundamental promover la inclusión de las DB en la agenda legislativa y buscar que estos mecanismos sean reconocidos

<sup>96</sup> Ibid., 225-39.

<sup>97</sup> Francisco Lorenzo Hernández González, "La problemática del restablecimiento del equilibrio económico en la contratación pública internacional: la crisis de la ampliación del Canal de Panamá", *Revista de Administración Pública* 194 (mayo 2014): 475-508, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4792842>.

<sup>98</sup> Eduardo García Enterría Martínez-Carande, "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", *Revista de Administración Pública* 38 (1962): 159-208.

formalmente en el sistema jurídico. Por otra parte, además de la incorporación de las DB en la ley, también es fundamental capacitar a entidades públicas y funcionarios en el uso de estos MASC, explicando que su aplicación —especialmente en el contexto de la prevención y gestión efectiva de disputas— no representa un conflicto con la ley o con el cuidado de los recursos públicos. Por ejemplo, en el caso de Costa Rica, la Contraloría se ha manifestado sobre la compatibilidad de este MASC con la contratación pública. Esto muestra un claro contraste con jurisdicciones como Colombia, donde la reacción de las entidades públicas a las DB fue la opuesta.

Si las DB se prevén en la ley, también es relevante que los reguladores consideren el margen de acción que desean otorgar a las entidades públicas contratantes. Por ejemplo, se pueden establecer limitaciones en diferentes aspectos, como los requisitos previos para pactar una DB, la duración del contrato o su cuantía. Lo habitual es establecer un umbral de materialidad que justifique la creación de este órgano, ya que para algunos casos con cuantías bajas podría resultar irrelevante. Este criterio de cuantía se utiliza, por ejemplo, en los proyectos financiados por la Banca Multilateral de Desarrollo bajo los contratos FIDIC.<sup>99</sup>

Estos aspectos se alinean con los principios generales de contratación en los diversos Estados de la región. Por lo tanto, un paso fundamental para impulsar adecuadamente la aplicación de las DB será interpretar estos casos en armonía con todo el sistema jurídico y, en particular, con estos parámetros que promueven cada vez más la eficiencia y el cuidado de los recursos públicos, entre otros aspectos.

Esto se alinea con los beneficios de las DB en la prevención de la parálisis de las obras y con los valores de rango legal e incluso constitucional, como el interés público. Por ejemplo, se deben considerar proyectos críticos para la provisión de servicios básicos. Esto es parte natural del desarrollo de la industria, en la que cada vez más se buscan formas de optimizar los recursos y gestionar eficientemente las controversias, como lo promueve la filosofía de la construcción *lean*.<sup>100</sup>

Otros aspectos que se pueden definir son la estructura y el funcionamiento de las DB. Es común acordar el número de miembros de la DB, la periodicidad de las visitas a la obra, los mecanismos de selección de los expertos y otros aspectos relevantes para su operatividad. Si bien no todos estos detalles deben reposar en la regulación, las buenas prácticas de algunas entidades de la región incluyen el desarrollo de contratos modelo que permitan a las entidades públicas contratantes asegurar una mayor predictibilidad al usar una DB.

99 Philip R. Wood, *Project finance, securitisations, subordinated debt* (Londres: Sweet & Maxwell, 2007).

100 Miguel David Rojas López, Mariana Henao-Grajales, y María Elena Valencia-Corrales, "Lean construction-LC bajo pensamiento Lean", *Revista Ingenierías: Universidad de Medellín* 16, n.º 30 (enero 2017): 115-28, <http://dx.doi.org/10.22395/rium.v16n30a6>.

### 5.3. ADOPCIÓN DE LAS DB EN PROYECTOS PEQUEÑOS Y MEDIANOS

Adicionalmente, las DB pueden ser utilizadas como una herramienta de democratización en el ámbito de la resolución de disputas en la industria de la construcción. Aunque tradicionalmente se han asociado con proyectos de gran envergadura, es importante reconocer que también pueden ser implementadas en proyectos de menor escala.<sup>101</sup> Al hacerlo, se promueve un acceso más equitativo a mecanismos de resolución de conflictos efectivos, independientemente del tamaño del proyecto o la capacidad financiera de las partes involucradas.

La práctica recomendada, por ejemplo, es considerar la implementación de DB en proyectos de más de seis meses.<sup>102</sup> Al considerar la duración mínima recomendada de seis meses para la aplicación de las DB, se busca evitar que la constitución de una mesa de expertos se convierta en un proceso burocrático y costoso. Esta condición permite que el mecanismo sea ágil y viable, incluso en proyectos de menor magnitud. Al establecer este umbral, se garantiza que las DB se utilicen de manera eficiente y se enfoquen en resolver disputas que tengan un impacto significativo en la ejecución del proyecto.

Además, al evaluar la previsibilidad de conflictos entre las partes, se debe tener en cuenta que los contratos de construcción suelen ser propensos a disputas debido a la complejidad de las obras y la interacción entre múltiples actores. Por ejemplo, el reporte del año 2020 de la CCI reveló que las disputas asociadas con construcción e ingeniería representaban el treinta y ocho por ciento de la totalidad de controversias,<sup>103</sup> mientras que el reporte del 2021 de la London Court of International Arbitration expone que este tipo de disputas están dentro de las cinco más arbitradas.<sup>104</sup> Por lo tanto, la utilización de las DB adquiere mayor relevancia en proyectos en los que se espera un mayor grado de complejidad y diversidad de intereses.

La estructura del proyecto es un factor determinante para determinar la idoneidad de las DB. En proyectos lineales o de naturaleza sencilla, en los que no se requiere una interacción significativa entre múltiples partes o actividades, las disputas pueden ser resueltas de manera más eficiente a través de otros mecanismos. Sin embargo, en proyectos que involucran una secuencia de actividades interdependientes, múltiples contratos o partes interesadas, y una mayor duración, las DB se convierten en una herramienta valiosa para prevenir y gestionar eficazmente los conflictos.

101 Munachiso Ogu-Jude, "Are dispute boards the future of dispute resolution in the international construction industry?", *Transnational Litigation/Arbitration, Private International Law & Conflict of Laws Ejournal* 7, n.º 32 (julio 2020), <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3630343>.

102 Irene Nuviala Lapieza, "Los dispute boards como mecanismo de resolución de conflictos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción: un análisis desde la perspectiva del derecho transnacional", tesis doctoral, Universidad de Zaragoza, 2021, p. 33, <https://zaguan.unizar.es/record/106186/files/TESIS-2021-158.pdf>.

103 Dispute Resolution Statistics, International Chamber of Commerce, 2020, p. 17.

104 Annual Casework Report, London Court of International Arbitration, 2021, pp. 8-11.

En conclusión, la adopción de las DB en proyectos de menor escala contribuye a la democratización de los mecanismos de resolución de disputas en la industria de la construcción. Establecer una duración mínima del proyecto y evaluar la previsibilidad de conflictos en función de la complejidad y estructura del proyecto son aspectos clave para maximizar la efectividad de las DB y asegurar su adecuación en cada caso particular.

#### 5.4. EL ROL DE LOS FUNCIONARIOS

El rol de los funcionarios en relación con los proyectos de infraestructura y su interacción con las DB es un aspecto crucial a tener en cuenta. Como se ha mencionado anteriormente, los funcionarios a menudo enfrentan temores y reticencias al tomar decisiones en estos proyectos debido a las responsabilidades y consecuencias que pueden conllevar.<sup>105</sup>

A diferencia de las partes privadas involucradas, cuyo interés principal suele ser la pérdida de recursos monetarios, los funcionarios tienen en juego el interés general y la responsabilidad del Estado, así como su propia responsabilidad. La adopción de medidas como reconocimientos económicos o el ejercicio de poderes exorbitantes sobre el contrato puede generar preocupación y precaución en los funcionarios, ya que estas acciones están sujetas a un mayor escrutinio y pueden acarrear consecuencias legales y disciplinarias.

Además, en proyectos de infraestructura, las cuantías suelen ser significativas y las reclamaciones presentadas pueden ser complejas y desafiantes. Esta complejidad expone a los funcionarios a decisiones difíciles que pueden tener un impacto sustancial en el desarrollo y éxito del proyecto. A esto se suma la rigurosa supervisión de la actividad pública y el control del gasto en muchos países de la región, lo que amplifica las preocupaciones y la presión sobre los funcionarios.<sup>106</sup>

En este contexto, las DB pueden desempeñar un papel fundamental para mitigar estos problemas y brindar apoyo a los funcionarios. A diferencia del arbitraje, en el que las decisiones se toman en un escenario *ex post* y los funcionarios pueden estar expuestos a mayor riesgo y responsabilidad, las DB permiten tomar medidas *ex ante*, es decir, antes de que surjan las disputas o durante su desarrollo. Esto incluye la prevención de conflictos y un mejor entendimiento de las disputas a medida que se van desarrollando.

La participación de expertos reconocidos en las DB proporciona a los funcionarios una base sólida para comprender mejor las medidas que deben tomar

105 Segismundo Royo-Villanova, "La responsabilidad de la administración pública", *Revista de Administración Pública* 19 (1956): 11-58.

106 María Yokir Reyna Zambrano, "El control a la gestión en la administración pública: una mirada a las legislaciones de Ecuador y Perú", *Revista San Gregorio* 19 (diciembre, 2017): 154-167, <https://doi.org/10.36097/rsan.v4i19.537>.

y les permite aproximarse a las disputas de manera razonable y proporcional. Esto no solo contribuye a una mejor gestión de los proyectos, sino que también brinda un acompañamiento directo y asesoramiento experto a los funcionarios, lo que puede fortalecer su capacidad para enfrentar y resolver los desafíos que surgen en la implementación de los proyectos de infraestructura.

Es esencial promover activamente la capacitación de los funcionarios y sus respectivas entidades en relación con las DB. Esto les permitirá comprender el funcionamiento de estos mecanismos, conocer las mejores prácticas y lecciones aprendidas de otras jurisdicciones y casos de estudio y utilizar estratégicamente las DB para una gestión más eficiente de los megaproyectos de infraestructura. La capacitación también contribuirá a fomentar la confianza y la aceptación de las DB entre los funcionarios, al proporcionarles herramientas necesarias para abordar las disputas de manera efectiva, en línea con el marco legal y los objetivos de interés público.

En resumen, el rol de los funcionarios en relación con las DB es de vital importancia. Estos mecanismos les brindan la oportunidad de tomar medidas anticipadas y razonables en la gestión de disputas, proporcionándoles un respaldo experto y una mayor confianza en la toma de decisiones. Sin embargo, para maximizar los beneficios de las DB, es esencial invertir en la capacitación y formación de los funcionarios, asegurándose de que comprendan plenamente el potencial de estas herramientas y puedan aprovecharlas de manera efectiva en la gestión de los proyectos de infraestructura en América Latina.

## 6. CONCLUSIONES

Este artículo ha discutido los beneficios de las DB como mecanismo de solución de controversias en proyectos de infraestructura. Estos órganos son de gran utilidad para la gestión de las disputas en términos generales. En principio, la experiencia de los miembros de las DB y su cercanía con las obras, la documentación y las partes sirven para prevenir estos problemas. Además, si estos asuntos llegan a surgir, las DB pueden contribuir a desescalar el conflicto o tramitarlo de la forma más eficiente. Finalmente, una vez que las controversias han escalado, las DB ofrecen un foro alternativo para gestionarlas.

En América Latina, las DB han tenido un desarrollo lento pero exitoso en varios proyectos relevantes. En tal medida, la regulación de esta cuestión resulta fundamental para que el mecanismo pueda continuar su desarrollo y, sobre todo, para que el uso de las DB se vuelva más regular y legítimo en este tipo de proyectos. Esto puede ser de gran ayuda para el control del gasto público y

la prevalencia del interés general, aunque la implementación de las DB puede enfrentarse a dificultades significativas debido a las particularidades regulatorias de la región.

A pesar de todo lo anterior, la efectiva implementación de las DB también está sujeta a una serie de retos regulatorios. Una pregunta interesante es: ¿qué sucede con la estructura de los DB en el escenario de un proyecto multiparte y multicontrato? Este es un caso común con megaproyectos, en los que frecuentemente concurren una variedad de contratistas con acuerdos que tienen un objeto y alcance distintos. Por otra parte, existe una buena cantidad de doctrina que discute las dificultades de ejecución de las decisiones emitidas por las DB.

Con respecto al problema de la ejecución, las decisiones emitidas por la DB no implican siempre un componente jurisdiccional. Esto quiere decir que los miembros y el órgano como tal no tienen los mismos poderes de un juez o un árbitro y que, por tanto, su decisión no tiene efectos de cosa juzgada.

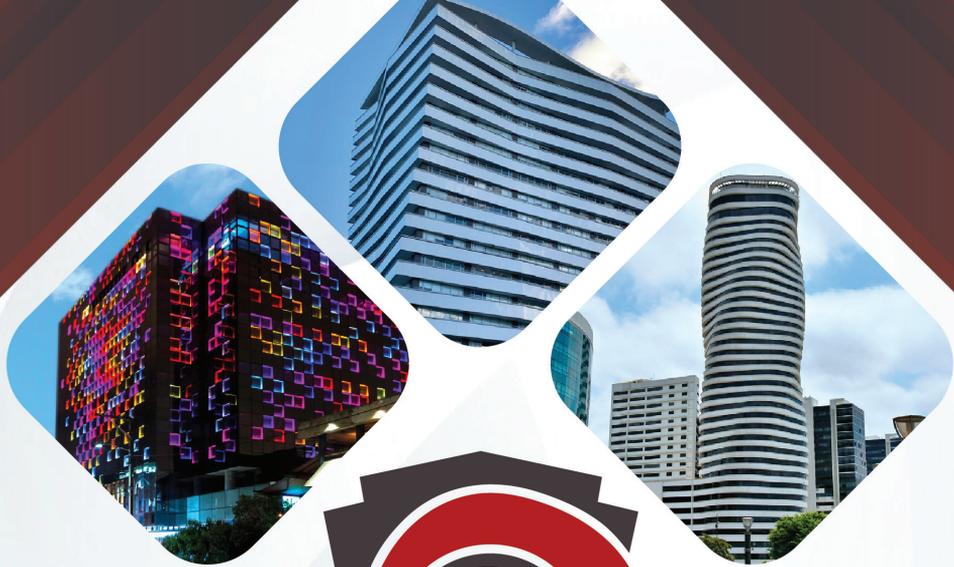
A diferencia de lo que ocurre con el arbitraje, en el que —en muchos países— los árbitros detentan temporalmente funciones jurisdiccionales, en las DB la fuente de la vinculatoriedad de las decisiones es meramente contractual. Esto quiere decir que las partes ejecutan las medidas indicadas por la DB porque así lo acordaron en el contrato y, en caso de incumplimiento, la parte que incumpla se verá sometida a medidas como una indemnización de perjuicios.

Esto, aunque otorga a las partes cierto nivel de protección, supone también un gran reto de las DB. Los laudos y las decisiones judiciales son ejecutables por la vía directa, lo cual implica que, una vez emitidos, la parte vencedora puede acudir directamente a otra autoridad para que haga efectivo el cumplimiento. Por el contrario, las decisiones de las DB son meramente exigibles contractualmente y, por lo tanto, su ejecutabilidad es limitada. Esto resulta problemático en la medida en que será necesario enfrentar dificultades como los costos y tiempos de un procedimiento adicional.

Desde el ángulo regulatorio, una pregunta que también debe hacerse el Estado es si debe plantear la obligatoriedad de las DB en contratos estatales o si, por el contrario, resulta más estratégico hacer de este mecanismo un recurso meramente potestativo. En jurisdicciones como Costa Rica, por ejemplo, el legislador adoptó la primera alternativa y, consecuentemente, las DB son el mecanismo predeterminado. Esto no quiere decir que las DB pierdan su naturaleza contractual o que las autoridades deban asumir la carga de diseñar, desde cero, las cláusulas que prevén las DB y sus términos específicos.

Por último, un punto a considerar es la interacción de las DB con otros MASC. Para empezar, por la naturaleza de estos proyectos, es probable que, como resultado de contratos distintas con DB independientes, resulten decisiones que caigan en conflicto entre sí y que, a diferencia de una sentencia o un laudo, no tengan reglas claras de jerarquía. Por otra parte, también es usual que las DB hagan parte de cláusulas escalonadas de solución de disputas, lo que da lugar a dudas sobre cómo opera esta instancia con respecto a mecanismos adicionales como el arbitraje o los recursos ante los jueces domésticos.

En esta misma línea, las DB no están exentas de las discusiones vigentes sobre la transformación de los MASC en el contexto de las disputas contemporáneas, en las que se consideran aspectos que van más allá del proyecto mismo. Esto incluye, por ejemplo, el relacionamiento con distintos *stakeholders*, incluidos el medioambiente y las comunidades locales, que resultan fundamentales en este tipo de megaobras y que, por tanto, deben ser considerados al momento en que las DB pueden asistir a las partes en la gestión de estos temas.



# FEXLAW

A B O G A D O S

IMPLACABLE • GLOBAL • ROTUNDO



Firma de abogados altamente especializados, local e internacionalmente, en servicios jurídicos de excelencia.



**Quito**

+593 2-452-7300

+593 2-478-9015

**Guayaquil**

+593 4-460-5385

**Bogotá**

+57 300 3924025

 FEXLAW

 @fexlaw

 @Fexlaw

 @FexlawGlobal

 [www.fexlaw.com](http://www.fexlaw.com)

 [info.ecuador@fexlaw.com](mailto:info.ecuador@fexlaw.com)

[info.colombia@fexlaw.com](mailto:info.colombia@fexlaw.com)

## #MásQueAbogados



# Equidad o arbitrariedad: análisis de las compensaciones por daños otorgadas por la Corte Constitucional del Ecuador

*Equity or arbitrariness: analysis of the compensation for damages awarded by the Constitutional Court of Ecuador*

MARÍA DOLORES MIÑO\*  
ISABELLA PALACIOS ORDÓÑEZ\*\*

**Recibido / Received:** 26/06/2023  
**Aceptado / Accepted:** 09/08/2023  
**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3029>

**Citación:**

Miño Buitrón, M. D. I. Palacios Ordóñez. “Equidad o arbitrariedad: análisis de las compensaciones por daños otorgadas por la Corte Constitucional del Ecuador”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3029>

---

\* Observatorio de Derechos y Justicia, Directora Ejecutiva, Av. República de El Salvador N34-221 y Moscú, Quito 170505, Pichincha, Ecuador. Candidata a Doctora en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: [mdminob@odjec.org](mailto:mdminob@odjec.org). ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0001-1696-3106>

\*\* Universidad Internacional del Ecuador UIDE, estudiante de la Escuela de Derecho, Quito 170411, Pichincha, Ecuador. Oficial de Justicia del Observatorio de Derechos y Justicia. Correo electrónico: [isapalacios1234@gmail.com](mailto:isapalacios1234@gmail.com). ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0007-0953-6046>.

## RESUMEN

El presente artículo realiza un análisis crítico de la forma en que la Corte Constitucional del Ecuador ha aplicado la equidad al momento de otorgar compensaciones económicas por daños en el marco de la reparación integral de las violaciones a derechos que conoce. Esto a la luz de la noción de la equidad como un criterio auxiliar de interpretación judicial y los límites y requisitos que supone su ejercicio; así como de los elementos que forman la reparación integral, que han sido desarrollados en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y por la propia jurisprudencia constitucional. Con estos elementos se pretende ilustrar que la aplicación de la equidad por parte de la Corte Constitucional no cumple con los parámetros que rigen estas figuras e incluso podría constituir un ejercicio de arbitrariedad.

## PALABRAS CLAVE

Equidad; reparación integral; Corte Constitucional; interpretación judicial; compensación

## ABSTRACT

*This article critically analyzes how the Constitutional Court of Ecuador has applied equity when awarding economic compensation for damages caused by human rights violations, in the framework of integral reparation. This, considering the notion of equity as an auxiliary criterion of judicial interpretation and the limits and requirements that its exercise implies, as well as the elements that make up integral reparation, which has been developed in the Inter-American Human Rights System and by the constitutional jurisprudence. With these elements, it is intended to illustrate that the application of equity by the Constitutional Court is inconsistent with the parameters governing these figures and could even constitute an exercise of arbitrariness.*

## KEYWORDS

*Equity; reparation; Constitutional Court; judicial interpretation; damage compensation*

## 1. INTRODUCCIÓN

La equidad es un criterio auxiliar de interpretación judicial que, ante la falta de soluciones para un caso concreto en las normas jurídicas y en el resto de las fuentes del derecho, permite adaptar el derecho a las circunstancias particulares para alcanzar una decisión justa. Esto implica que la aplicación de este criterio debe restringirse a casos en extremo singulares en los que sea, efectivamente, imposible resolver sin recurrir a la equidad.

El otorgamiento de compensaciones económicas en equidad es inusual en la práctica de la Corte Constitucional del Ecuador. Aunque son pocas las sentencias en las que se aplica esta figura, se observa que en la mayoría se otorga el mismo monto para compensar violaciones a una amplia gama de derechos. Por este motivo, el presente artículo pretende analizar esta situación entendiendo los conceptos de equidad —como criterio auxiliar de interpretación judicial— y reparación integral como las figuras que deben orientar esta práctica.

Para entender la equidad como criterio auxiliar de interpretación judicial será necesario iniciar con una exposición de la evolución de este concepto y sus desarrollos en torno a la legalidad y la justicia. Esto permitirá apreciar que, aunque con ciertos matices, históricamente se ha conceptualizado a la equidad como un recurso que faculta a los jueces a adaptar las normas para evitar injusticias.

Luego se abordarán concepciones más modernas en torno a la equidad y al rol que puede cumplir en la resolución de un caso judicial, con el fin de establecer que la equidad es un recurso de *ultima ratio* para los jueces y, además, tomando en cuenta que este recurso no puede suponer una licencia para la arbitrariedad, por lo que debe aplicarse de manera excepcional, motivada e individualizada.

En relación con lo anterior, se observará que el régimen principal para el cálculo de indemnizaciones por violaciones a derechos es la determinación precisa de montos según criterios matemáticos a partir de los hechos probados en cada caso, lo que implica que el recurso a la equidad deba ser la excepción. En este marco se explicará cómo debe emplearse la equidad para la valoración de los daños producidos por una violación de derechos, diferenciando entre daño material e inmaterial y los diferentes parámetros de cuantificación que les corresponde. Específicamente, se explicará el alcance del concepto de la reparación integral en el ámbito del derecho internacional de derechos humanos y el derecho constitucional y cómo la equidad se emplea también en este ámbito en favor de los derechos de las víctimas.

Con estos antecedentes se analizarán varias sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador, en la que se han otorgado reparaciones en aplicación del principio de equidad y, a la luz de los conceptos antes vistos, se determinará si la forma en

que la Corte Constitucional aplica esta figura se compadece con la naturaleza, los requisitos y límites a la aplicación auxiliar de la equidad por el juez y si, a partir de aquello, logra cumplir con la obligación constitucional de otorgar una verdadera reparación integral a las víctimas de violaciones a sus derechos.

## 2. DESARROLLO

### 2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA EQUIDAD COMO CRITERIO AUXILIAR DE INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Las primeras reflexiones sobre la equidad como auxiliar de interpretación judicial se encuentran en la filosofía griega. Para Aristóteles, la equidad era sinónimo de justicia, pero no en el sentido estrictamente legal, sino en términos de lo que es correcto.<sup>1</sup> De esta manera, el pensamiento aristotélico se preocupaba por las injusticias que pueden derivar de la aplicación general de las leyes y veía en la equidad un correctivo que permitía alcanzar la justicia en el caso concreto.<sup>2</sup>

Más adelante, en el derecho romano, se desarrolló la *aequitas* como una figura vinculada a las nociones de igualdad y justicia, que permitía atemperar la rigurosidad en la aplicación de las leyes para evitar resultados injustos.<sup>3</sup> Aquello se consolidó con la labor de los pretores, quienes, a través de su autoridad, la aplicaban para complementar o modificar al *ius civile* en casos particulares.<sup>4</sup> En este sentido, el derecho pretoriano se destacó por su amplia flexibilidad y dinamismo, reflejado en la creación de nuevas acciones *in factum* adaptadas a las circunstancias y cuyo objetivo era evitar soluciones que, basadas únicamente en la ley formal, podrían resultar igualitarias pero injustas para los conflictos jurídicos.<sup>5</sup>

En la Edad Media, el cristianismo promulgó un entendimiento de la equidad como sinónimo de benignidad, vinculado a las nociones de humanidad y misericordia.<sup>6</sup> Ello fue cuestionado por Santo Tomás de Aquino, en la medida en que, en ciertas ocasiones, la gravedad de un hecho hace que lo severo sea lo

- 
- 1 Isabel Ruiz-Gallardón, “La equidad: Una justicia más justa”, *FORO: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época* 20, n.º 2 (febrero 2018):176, <https://doi.org/10.5209/FORO.59013>.
  - 2 Daniel Merchán, “La equidad: De concepto jurídico indeterminado a extensión del arte de lo justo” (tesis de grado, Universidad Católica de Colombia, 2018), 8, <https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/e731945d-1538-4a91-9c11-0ef6f3d7635e/content>.
  - 3 Mariano Robles, “Aequitas y sus relaciones con la equity: Diferencias, similitudes e influencias”, *Revista Internacional de Derecho Romano*, n.º 10 (2013): 294, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4451188>.
  - 4 Blasco Ibáñez, “La equidad: Criterio auxiliar de interpretación judicial”, *Revista de Derecho Universidad del Norte*, n.º 1 (diciembre 1992): 64, <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2430/1580>.
  - 5 María Dolores Parra, “La equidad como criterio auxiliar en la interpretación judicial”, en *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, dir. Justo García Sánchez (Madrid: BOE, 2021), 4: 1418, [https://boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-R-2021-40141301420](https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-40141301420).
  - 6 Merchán, *La equidad*, 10.

equitativo.<sup>7</sup> En su lugar, Santo Tomás sostuvo que la equidad era un recurso que permitía acudir a la justicia natural para otorgar a cada uno lo que le corresponde —lo justo, lo suyo— en el caso particular.<sup>8</sup>

Sin embargo, en la Ilustración, la noción del imperio de la razón humana supuso cierto rechazo hacia la equidad como una fuente superior a las normas y prefirió a la *aequitas constituta*, cuya fuente era la ley.<sup>9</sup> El surgimiento del Estado de derecho reforzó la idea de que los jueces no debían invocar la equidad para crear o modificar el derecho, ya que esta facultad correspondía exclusivamente al legislador; la equidad, entonces, debía servir para descubrir las razones de utilidad y justicia en la voluntad del legislador.<sup>10</sup>

A pesar de que existen diversas concepciones de la equidad en los sistemas jurídicos contemporáneos, su papel sigue siendo fundamental en la resolución de situaciones en las que la aplicación estricta de las normas resulta imposible o altamente injusta.<sup>11</sup> En este sentido, el recurso de la equidad es más frecuente en ordenamientos con abundantes lagunas; mientras que en sistemas más completos su uso es menos habitual, pero sigue siendo necesario.<sup>12</sup>

## 2.2. LA EQUIDAD COMO CRITERIO AUXILIAR DE INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Antes de entender a la equidad como criterio auxiliar de interpretación judicial, es necesario establecer en qué consiste dicha interpretación. Para este propósito, es esclarecedor lo indicado por Guastini para quien la interpretación judicial es:

[U]na interpretación “orientada a los hechos”, en el sentido de que el punto de partida de la interpretación judicial no es tanto el texto normativo como un particular supuesto de hecho o controversia, del que se busca solución. Los jueces, en suma, no se preguntan cuál es el significado de un texto normativo “en abstracto”, sino que se preguntan si un determinado supuesto de hecho se encuentra o no dentro del campo de aplicación de una cierta norma.<sup>13</sup>

De manera similar, Massini explica que, a diferencia de la interpretación jurídica de carácter cognoscitivo, la interpretación judicial se caracteriza por su finalidad

7 Ruiz-Gallardón, “La equidad”, 179.

8 Silvio Pestalardo, *La equidad en Santo Tomás de Aquino según Abelardo Rossi* (Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, 2011), 8, <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/4137/1/equidad-santo-tomas-abelardo-rossi.pdf>, citado en *XXXVI Semana Tomista-Congreso Internacional*, ed. Sociedad Tomista Argentina.

9 María Cecilia M’Causland, *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019), 62.

10 *Ibid.*, 64.

11 Robles, “Aequitas”, 196.

12 *Ibid.*

13 Riccardo Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1999), 20.

práctica, que es la conformación de una norma que resulte adecuada para regular un caso concreto.<sup>14</sup> En este contexto, cabe distinguir entre los casos fáciles, que se resuelven por la subsunción de un hecho a una norma jurídica, y los casos difíciles, que plantean dudas en lo jurídico o en lo fáctico y deben aclararse por otra vía.<sup>15</sup> Así, los casos difíciles pueden requerir de herramientas como los criterios de solución de antinomias, la analogía, la ponderación o la aplicación de ciertas presunciones y criterios de valoración probatoria.<sup>16</sup>

### 2.2.1. EL CONCEPTO DE EQUIDAD COMO CRITERIO AUXILIAR DE INTERPRETACIÓN JUDICIAL

A pesar de lo anterior, pueden existir casos muy singulares en los que la aplicación rigurosa de las normas jurídicas sea imposible o sumamente injusta.<sup>17</sup> Ante ello, la equidad se presenta como un criterio auxiliar de la interpretación judicial para amoldar el derecho a las circunstancias particulares.<sup>18</sup> En este sentido, es ilustrativo lo que indica Perelman con respecto a que la equidad es “la muleta de la justicia, y es el complemento indispensable de la justicia formal siempre que su aplicación resulta imposible”.<sup>19</sup>

En este punto, se debe advertir que existen diversas posturas en torno a si cabe conceptualizar, de manera más precisa, a la equidad como criterio auxiliar de interpretación judicial.<sup>20</sup> Por ejemplo, Falcón y Tella señala que existe controversia en cuanto a la relevancia de definir a la equidad por las similitudes que tiene esta con nociones como los sentimientos, valores y principios y porque “hay quien dice que la equidad no debe ser definida, ni valorada, ni cuantificada”.<sup>21</sup> En similar sentido, Robles advierte que la equidad es conceptualizada de maneras tan diversas en la ciencia jurídica “que es vano todo intento de encontrar una sistematización temática unitaria de un concepto claramente polisémico”.<sup>22</sup>

Por el contrario, Ruiz-Gallardón argumenta en favor de la necesidad de definir la equidad, señalando que, aunque es una idea polifacética que puede vincularse con sentimientos individuales o colectivos, en el ámbito del derecho

14 Carlos Massini, “La interpretación jurídica como interpretación práctica”, *Persona y Derecho* 52 (junio 2005): 427, <http://dx.doi.org/10.15581/011.32484>.

15 Manuel Atienza, “Los límites de la interpretación constitucional: De nuevo sobre los casos trágicos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid* 1 (noviembre 1997): 247, [https://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/1/atienza\\_manuel.pdf](https://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/1/atienza_manuel.pdf).

16 Fernando Rojas, *Cuestiones de indeterminación, interpretación y motivación en el derecho* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 4 y ss.

17 Robles, “Aequitas”, 270.

18 Ibáñez, “La equidad”, 68.

19 Chaim Perelman, *De la justicia*, trad. Ricardo Guerra (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1964), 59, <https://philpapers.org/archive/PERMF.pdf>.

20 María José Falcón y Tella, *Equidad, derecho y justicia* (Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006), 127, <https://vlex.es/vid/concepto-equidad-330189>.

21 Ibid.

22 Robles, “Aequitas”, 269.

la equidad debe fundamentarse en las exigencias de la ética, dejando de lado los factores subjetivos.<sup>23</sup> M<sup>c</sup>Causland sostiene que no solo es posible sino necesario definir a la equidad, porque lo contrario implicaría negar su existencia como noción autónoma en el derecho.<sup>24</sup> A su vez, Muñoz de la Cuesta considera que es necesaria una definición de la equidad que oriente la forma en la que esta puede aplicarse para modular o suplir las normas.<sup>25</sup>

Dichos autores consideran adecuada la definición propuesta por Castán Tobeñas<sup>26</sup> en los siguientes términos:

Equidad es el criterio de determinación y de valoración del Derecho que busca la adecuación de las normas y de las decisiones jurídicas a los imperativos de la ley natural y de la justicia, en forma tal que permita dar a los casos concretos de la vida, con sentido flexible y humano (no rígido y formalista), el tratamiento más conforme a su naturaleza y circunstancias.<sup>27</sup>

Como se observa, esta definición no contempla a la equidad como sinónimo de bondad o benignidad; ni se limita a la modificación de las normas jurídicas positivas. En su lugar adopta una perspectiva más amplia y objetiva de este criterio auxiliar de interpretación judicial que resulta adecuada para el análisis que aquí se propone.

### 2.2.2. LAS FUNCIONES DE LA EQUIDAD COMO CRITERIO AUXILIAR DE INTERPRETACIÓN JUDICIAL

Así definida, la equidad se subclasifica según sus funciones que, dependiendo del caso, pueden ser de interpretación, integración o corrección del derecho.<sup>28</sup> En primer lugar, la equidad interpretativa puede aplicarse *infra, secundum o propter legem*, en presencia de enunciados normativos cuyo sentido o alcance no está claramente determinado en relación con las circunstancias particulares de un caso.<sup>29</sup> De esta manera, la equidad interpretativa opera frente a las injusticias que podrían derivar de la generalidad de las normas y supone la necesidad de adaptar las disposiciones aplicables a la singularidad de un caso concreto.<sup>30</sup> Finalmente, debe distinguirse a la equidad interpretativa autorizada por delegación legislativa

23 Ruiz-Gallardón, "Equidad", 183.

24 M<sup>c</sup>Causland, *Equidad judicial*, 111.

25 Javier Muñoz de la Cuesta, "Equidad: Aproximación a la definición de un concepto jurídico indeterminado a través de sus límites" (tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2021), 26. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/65026/1/T42373.pdf>.

26 Ruiz-Gallardón, *Equidad*, 188; M<sup>c</sup>Causland, *Equidad judicial*, 106; Muñoz de la Cuesta, *Equidad*, 41.

27 José Castán Tobeñas, *La idea de equidad y su relación con otras ideas, morales y jurídicas afines* (Madrid: Instituto Editorial Reus, 1950), 51. [https://books.google.com.ec/books/about/La\\_idea\\_de\\_equidad\\_y\\_su\\_relaci%C3%B3n\\_con\\_ot.html?id=EQJUzwEACAAJ&redir\\_esc=y](https://books.google.com.ec/books/about/La_idea_de_equidad_y_su_relaci%C3%B3n_con_ot.html?id=EQJUzwEACAAJ&redir_esc=y).

28 Falcón y Tella, *Equidad*, 189.

29 *Ibid.*

30 Ibáñez, "La equidad", 69.

que opera en supuestos determinados en los que el legislador defiere al juez la facultad de resolver un asunto con arreglo a la equidad.<sup>31</sup>

En segundo lugar, la equidad cumple una función integradora, o *praeter legem*, ante la presencia de vacíos en el derecho.<sup>32</sup> Sin embargo, el recurso a la equidad no se habilita por la falta de una norma, sino que debe ser imposible extraer dicha norma por otras vías.<sup>33</sup> Así, ante la falta de otras fuentes, el juez podrá acudir a la equidad, adaptando la justicia abstracta a las circunstancias, para establecer la norma aplicable al caso concreto.<sup>34</sup> Por tanto, la equidad debe limitarse para solventar la cuestión específica sobre la que existe una laguna, siendo improcedente aplicarla para decidir sobre todo un proceso.<sup>35</sup> Esta función de la equidad se aplica para compensar los daños producidos por violaciones a derechos.

Finalmente, es posible que la equidad cumpla una función correctora, o *contra legem*, aplicándose para ajustar o corregir lo establecido por las normas positivas, para evitar injusticias que podrían derivarse de su generalidad.<sup>36</sup> Evidentemente, esta función de la equidad es cuestionable por razones de seguridad jurídica.<sup>37</sup> Sin embargo, es ilustrativo el criterio de la Corte Constitucional de Colombia con respecto a que, en ciertos casos límites, la equidad permite superar la igualdad de hecho presupuesta en las normas generales e incluir circunstancias específicas que no están contempladas en sus premisas.<sup>38</sup>

### 2.2.3. LOS LÍMITES A LA EQUIDAD COMO CRITERIO AUXILIAR DE INTERPRETACIÓN JUDICIAL

En este punto es necesario aclarar que el recurso de la equidad como criterio auxiliar de interpretación judicial no es sinónimo de arbitrariedad, que tiene lugar cuando el juez decide al margen de la legalidad, la razón y lo equitativo.<sup>39</sup> Por el contrario, la equidad debe respetar límites de excepcionalidad, motivación e individualización.

#### 2.2.3.1. LA EQUIDAD DEBE APLICARSE DE MANERA EXCEPCIONAL

31 Falcón y Tella, *Equidad*, 189.

32 Wilfrid Robayo, "La equidad como elemento fundamental en los procesos de delimitación marítima en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia", *Revista Derecho del Estado*, n.º 38 (marzo 2017): 206, <https://doi.org/10.18601/01229893.n38.08>.

33 Ruiz-Gallardón, *La equidad*, 184.

34 Falcón y Tella, *Equidad*, 189.

35 M'Causland, *Equidad judicial*, 153.

36 Ruiz-Gallardón, *La equidad*, 184.

37 Helga María Lell, "La equidad y la seguridad jurídica: El equilibrio como desafío a la ética judicial", *Lex Humana, Petrópolis* 9, n.º 1 (junio 2017): 30-1, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6356811.pdf>.

38 Sentencia C-1547/00, Corte Constitucional de Colombia, Sala Plena, 21 de noviembre de 2000, párr. 5.

39 Alejandro Nieto, *Equidad judicial* (Madrid: Editorial Colex, 2022), 65.

Como se ha indicado, solo es procedente recurrir a la equidad habiéndose agotado el resto de posibilidades previstas en el ordenamiento jurídico.<sup>40</sup> Ello supone que la equidad debe limitarse a situaciones excepcionales que, por sus circunstancias singulares, no caben en los supuestos de generalidad de las normas.<sup>41</sup> Si la regla sostiene que los jueces están sujetos al derecho, la equidad no puede ser aplicada de manera habitual como recurso argumentativo para soslayar las normas vigentes.<sup>42</sup> Como bien advierte Barreto:

Si la equidad supone el logro de la justicia [...] en el ámbito particular e individual dentro de una situación excepcional, especial y peculiar, no puede invocarse cualquier circunstancia exceptiva para inaplicar preceptos o corregir alcances normativos fundándose en la equidad [...]. Toda excepción que se haga a la aplicación general de la normatividad por fuera de la invocación de la equidad y de su fin primordial, constituye no ya el logro de la justicia, sino posiblemente arbitrariedad e inseguridad jurídica.<sup>43</sup>

### 2.2.3.2. LA EQUIDAD NO IMPLICA AUSENCIA DE MOTIVACIÓN

La invocación de la equidad tampoco releva a los jueces de la obligación de motivar sus decisiones.<sup>44</sup> Por el contrario, será necesaria una exposición razonable de los argumentos o criterios que sustentan el juicio equitativo para que este goce de legitimidad.<sup>45</sup> La motivación permite verificar que, al aplicar la equidad, los jueces no decidan en función de apreciaciones puramente subjetivas, prescindiendo de los hechos probados y de las circunstancias de cada caso particular.<sup>46</sup> En definitiva, esto será lo único que permita diferenciar a la equidad de la arbitrariedad.<sup>47</sup>

Como señala de Trazegnies, las decisiones en equidad no pueden basarse en sentimientos, intuiciones o criterios difusos, puesto que la equidad no es otra cosa que una razón que complementa a la razón jurídica.<sup>48</sup> Por lo tanto, es necesario que el juez explicita su razonamiento, incluso sobre los criterios metajurídicos que informan la decisión.<sup>49</sup> Así, las sentencias en equidad pueden ser incluso más complejas que las sentencias en estricto derecho, en la medida

40 Las vías que hayan de agotarse antes de recurrir a la equidad dependerán de las necesidades del caso concreto; aunque, en general, estas pueden incluir los métodos de interpretación, la analogía, la costumbre, los principios generales y la jurisprudencia.

41 Hernando Barreto, "Cuantificación de la indemnización judicial en equidad o en derecho en el marco de la Ley de Justicia y Paz", *Revista de Derecho Penal y Criminología* XXXIII, n.º 95 (diciembre 2012): 110, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3422/3109>.

42 Lell, "La equidad", 31.

43 Barreto, "Cuantificación de la indemnización judicial", 100.

44 Nieto, *Equidad judicial*, 63.

45 Roxana Jiménez, "La equidad en la cuantificación del daño de imposible (o muy difícil)", 10, <http://www.justiciayderecho.org.pe/revista8/articulos/Valoracion%20de%20equitativa%20del%20dano%20-%20Roxana%20Jimenez.pdf>.

46 M'Causland, *Equidad judicial*, 292.

47 Jiménez, *La equidad*, 15.

48 Fernando de Trazegnies, "Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia", *Ius et Veritas* 7, n.º 12 (1996): 115, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15541/15991>.

49 Ibid.

en que las razones de equidad invocadas deben ser una justificación objetiva y socialmente reconocible de la decisión.<sup>50</sup>

Específicamente, las decisiones en equidad deben contener una argumentación estrictamente jurídica que acredite la necesidad de recurrir a este criterio auxiliar y deben desarrollar una argumentación de estricta equidad para demostrar que la decisión final es adecuada.<sup>51</sup> Sobre lo último, la Corte Constitucional de Colombia ha indicado que las decisiones en equidad deben contemplar las particularidades del caso, el equilibrio en la distribución de cargas y beneficios entre las partes y los efectos que puedan surgir de la decisión en las circunstancias específicas.<sup>52</sup>

### 2.2.3.3. LA EQUIDAD NO PUEDE APLICARSE DE MANERA GENERALIZADA

El tercer límite para la aplicación de la equidad como criterio auxiliar de interpretación judicial radica en la imposibilidad de establecer reglas abstractas o generales que puedan aplicarse en múltiples casos,<sup>53</sup> pues esto contradice el hecho de que el recurso a la equidad se justifica por las particularidades de cada caso individual, lo que implica que la decisión equitativa solo es válida para este.<sup>54</sup> Al respecto, Barreto sostiene que el recurso a la equidad supone:

Crear derecho por vía de adoptar una decisión excepcional y especial, diversa del texto legal, para solucionar la situación que por sus características particulares resultaría con un tratamiento injusto si se diera aplicación a la normatividad general.<sup>55</sup>

Por lo anterior, tampoco cabe considerar que las decisiones basadas en la equidad constituyan precedentes jurisprudenciales que deban aplicarse a futuros casos análogos.<sup>56</sup> En estos supuestos, las decisiones equitativas pueden, a lo sumo, tener valor persuasivo; pero no pueden tener carácter obligatorio.<sup>57</sup>

<sup>50</sup> M'Causland, *Equidad judicial*, 305.

<sup>51</sup> *Ibid.*, 299.

<sup>52</sup> Sentencia n.º SU.837/02, Corte Constitucional de la República de Colombia, 9 de octubre de 2002, párr. 5.4.

<sup>53</sup> M'Causland, *Equidad judicial*, 266.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Barreto, "Cuantificación de la indemnización judicial", 110.

<sup>56</sup> M'Causland, *Equidad judicial*, 281.

<sup>57</sup> *Ibid.*

## 2.3. CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS BAJO EL CRITERIO DE EQUIDAD: SUPUESTOS Y LÍMITES PARA EVITAR LA IMPLEMENTACIÓN DISCRECIONAL DE LA FIGURA

Como se indicó con anterioridad, es posible recurrir a la equidad para cuantificar los daños producidos por violaciones a derechos. Para ello, será necesario distinguir entre el daño material y el daño inmaterial, cuyas características exigen una aplicación diferenciada de la equidad.

### 2.3.1. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MATERIAL EN EQUIDAD

El daño material se divide en daño emergente y lucro cesante. El daño emergente abarca los gastos directos e inmediatos en que las víctimas han incurrido para reparar o anular los efectos del hecho ilícito.<sup>58</sup> Por otro lado, el lucro cesante se refiere a la pérdida de ingresos sufrida por la víctima o sus familiares como consecuencia de la violación de derechos.<sup>59</sup> Por su naturaleza, el daño material es susceptible de ser probado y cuantificado; lo cual implica que su valoración en equidad debe ser excepcional.<sup>60</sup> En otras palabras, es improcedente hacer una valoración equitativa del daño material cuando existen los elementos necesarios para fijarlo de manera precisa.<sup>61</sup>

### 2.3.2. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL EN EQUIDAD

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha indicado que el daño inmaterial abarca:

[T]anto los sufrimientos y aflicciones causados a las víctimas directas y a sus familiares, el menoscabo de valores muy significativos para las personas, otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria, así como las alteraciones de condiciones de existencia de la víctima o su familia.<sup>62</sup>

La naturaleza del daño inmaterial hace imposible su valoración con arreglo a criterios matemáticos.<sup>63</sup> Por este motivo, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha entendido que la indemnización por daño inmaterial no tiene una función de equivalencia, sino que busca hacer menos sensible el dolor

58 Jorge Calderón, *Evolución de la "reparación integral" en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, 2013): 11-3, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31941.pdf>.

59 Ximena Ron, "La reparación integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *JUEES* 2, n.º 1 (2022): 38, <https://revistas.uecs.edu.ec/index.php/rjuees/article/view/942/699>.

60 M<sup>c</sup>Causland, *Equidad judicial*, 385.

61 *Ibid.*, 401.

62 Caso Cantoral Benavides c. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de diciembre de 2001, párr. 53.

63 M<sup>c</sup>Causland, *Equidad judicial*, 386.

experimentado y brindar una nueva fuente de alivio y bienestar.<sup>64</sup> En consecuencia, como afirma M'Causland, siempre es necesario valorar el daño inmaterial en equidad.<sup>65</sup> Sin embargo, los jueces no pueden otorgar indemnizaciones en función de sus apreciaciones subjetivas, sino que deben establecer pautas y referentes que conduzcan el juicio equitativo y justifiquen la decisión.<sup>66</sup> El análisis debe partir del marco objetivo delimitado por los hechos y las circunstancias particulares, para luego examinar las posibles alternativas y escoger la que sea justa en el caso concreto.<sup>67</sup>

En este contexto, es esencial diferenciar entre las distintas manifestaciones del daño inmaterial. Según Coronel-Larrea, este se divide en i) daño moral, ii) daño estético, iii) daño por lesiones a derechos de la personalidad, iv) daño a la vida de relación y v) daño moral objetivado.<sup>68</sup> El daño moral involucra el sufrimiento y las perturbaciones psicológicas, mientras que el daño estético se relaciona con las afectaciones físicas como desfiguraciones o mutilaciones. El daño por lesiones a los derechos de la personalidad afecta la dignidad y la intimidad, mientras que el daño a la vida de relación se refiere a la incapacidad para llevar a cabo actividades que brindaban satisfacción. Por último, el daño moral objetivado implica que el daño inmaterial también tiene consecuencias económicas.<sup>69</sup>

Adicionalmente, la Corte IDH ha indicado que el daño inmaterial debe valorarse según la naturaleza y la gravedad de la violación y las circunstancias particulares de cada caso.<sup>70</sup> Para esto, deben tomarse en cuenta elementos como la edad de las víctimas, el tiempo transcurrido, el contexto, el cambio en las condiciones de vida, la existencia o no de denegación de justicia o de impunidad y el tratamiento otorgado a las víctimas.<sup>71</sup> Además, será importante considerar si las víctimas están en una situación de vulnerabilidad o pertenecen a grupos históricamente excluidos y discriminados, que son factores que pueden agravar el daño inmaterial.<sup>72</sup>

64 Caso León Villaveces c. Municipio de Bogotá, Corte Suprema de Justicia de Colombia, 22 de agosto de 1924, [https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol\\_7397b27f022b4cada2d46e7b3b03b39a/coleccion-de-jurisprudencia-colombiana/sentencia-sin-numero-de-agosto-22-de-1924](https://xperta.legis.co/visor/jurcol/jurcol_7397b27f022b4cada2d46e7b3b03b39a/coleccion-de-jurisprudencia-colombiana/sentencia-sin-numero-de-agosto-22-de-1924).

65 M'Causland, *Equidad judicial*, 386.

66 Barreto, "Cuantificación de la indemnización judicial", 115-6.

67 Jiménez, *La equidad*, 10.

68 Leonardo Coronel-Larrea, "La cuantificación de daños morales: El correcto significado de la prudencia prescrita en el artículo 2232 del Código Civil ecuatoriano", *USFQ Law Review* 9, n.º 2 (octubre 2022): 103, doi:10.18272/ulr.v9i2.2742.

69 Felipe Navia, "Daño moral, daño fisiológico y daño a la vida de relación en Colombia", *Revista de Derecho Privado*, n.º 12-13 (diciembre 2007): 297-302, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/567/537>.

70 Sergio García, "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, ed. Sergio García (San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005), 242, <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuarto-siglo.pdf>.

71 Caso Rosendo Cantú y otra c. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 279.

72 Claudio Nash, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)* (Santiago de Chile: Andros Impresores, 2009), 54, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r15428.pdf>.

En definitiva, el recurso a la equidad para la valoración del daño material o inmaterial no significa que el juez pueda fijar montos indemnizatorios de manera arbitraria.<sup>73</sup> Por el contrario, exige la adopción y exposición de parámetros objetivos que sustenten la decisión.<sup>74</sup> Para el daño material, esto supondrá la necesidad de demostrar la imposibilidad de cuantificar el daño emergente o lucro cesante de manera precisa y el análisis de los elementos que se han aportado para acreditarlo; y, para el daño inmaterial, requerirá la identificación del tipo de daño del que se trata y la fijación de parámetros para su valoración.

## 2.4. LA REPARACIÓN INTEGRAL EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS COMPONENTES

### 2.4.1. CONCEPTO DE REPARACIÓN INTEGRAL

Dado que este artículo pretende analizar la forma en que la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE) aplica la equidad para otorgar compensaciones por violaciones a derechos, es necesario conceptualizar la reparación integral. En materia de derechos humanos, y en el derecho constitucional, se reconoce a esta figura en una doble dimensión.<sup>75</sup> Por una parte, es un derecho de las personas que han sufrido violaciones de derechos<sup>76</sup> y también es una obligación estatal que surge como consecuencia de tal violación.<sup>77</sup> La CCE ha aterrizado la segunda dimensión al marco de las garantías jurisdiccionales, señalando que los jueces que conocen violaciones a derechos deben emplear todos los medios a su alcance para ofrecer una reparación integral.<sup>78</sup> Esta se compone por medidas de restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.<sup>79</sup>

### 2.4.2. LA RESTITUCIÓN

La restitución busca restablecer la situación anterior del derecho y, por tanto, es el *desiderátum* de la reparación integral.<sup>80</sup> Así, la restitución incluye acciones como ordenar la libertad, revocar sentencias y eliminar antecedentes,

73 Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas c. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C n.º 239, párr. 291.

74 M<sup>c</sup>Causland, *Equidad judicial*, 303.

75 Sentencia n.º 004-13-SAN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de junio de 2010, 24.

76 Ibid.

77 Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 29 de julio de 1988, párr. 66.

78 Sentencia n.º 983-18-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de agosto de 2021, párr. 311.

79 Jorge Calderón, *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos: Estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2013), 152, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>.

80 Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, 17 de agosto de 2000, párr. 27.

reintegrar al empleo y pagar haberes no percibidos, devolver bienes o valores o devolver al lugar de residencia.<sup>81</sup>

En este sentido, la restitución se asemeja a la noción de la reparación *in natura*, o en especie, del derecho de daños, que consiste en la restauración de la víctima a la situación que tendría si no se hubiera producido un hecho dañoso.<sup>82</sup> Como bien indica Solarte, la reparación *in natura* puede consistir en varias conductas, desde la reposición de bienes perdidos, el deshecho de acciones realizadas indebidamente y, en general, las actividades necesarias para remover la causa que generó el daño.<sup>83</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, se reconoce que la restitución puede resultar imposible en ciertos casos debido a la naturaleza de la violación o a factores como el paso del tiempo.<sup>84</sup> Por lo tanto, la restitución debe preferirse siempre que sea posible, pero su imposibilidad no agota la obligación de reparación integral.<sup>85</sup>

### 2.4.3. LA COMPENSACIÓN

La compensación es la indemnización que se otorga para reparar el daño material e inmaterial producido a consecuencia de la violación.<sup>86</sup> Los componentes y la forma en que se determina son aquellos que fueron desarrollados en la sección sobre la cuantificación de daños en equidad.

### 2.4.4. LA REHABILITACIÓN

Las medidas de rehabilitación se ordenan cuando, a consecuencia de la violación, han existido afectaciones físicas, psíquicas o morales que deban ser atendidas.<sup>87</sup> En estos casos, la rehabilitación consiste en la provisión de atención médica y psicológica o en la prestación de servicios jurídicos y sociales.<sup>88</sup> Estas medidas deben brindarse de manera gratuita, especializada y por el tiempo que las víctimas lo necesiten.<sup>89</sup>

81 Artículo 19, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/60/147, 16 de diciembre de 2005.

82 Arturo Solarte, "La reparación *in natura* del daño", *Universitas*, n.º 109 (2005): 205-7, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82510906>.

83 *Ibid.*, 208.

84 García, "La jurisprudencia", 39-41.

85 Caso Aloeboetoe c. Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Reparaciones y Costas, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, párr. 49.

86 García, "La jurisprudencia", 44.

87 Salvador Herencia, "Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, ed. Christian Steiner (Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung), 2: 389, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3801/17.pdf>.

88 Artículo 21, Principios y directrices básicos.

89 Caso Kawas Fernández c. Honduras, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 3 de abril de 2009, párr. 209.

## 2.4.5. LAS MEDIDAS DE SATISFACCIÓN

Las medidas de satisfacción son actos u obras de público alcance o repercusión que buscan restaurar la memoria y la dignidad de las víctimas y reivindicarlas ante la sociedad.<sup>90</sup> También sirven para transmitir un mensaje de reprobación oficial de las violaciones o consolar a las víctimas o sus deudos.<sup>91</sup> Por ejemplo, la satisfacción se logra con disculpas públicas, reconocimientos de responsabilidad, publicación de sentencias, conmemoraciones y homenajes y la revelación de la verdad.<sup>92</sup>

## 2.4.6. LAS GARANTÍAS DE NO REPETICIÓN

Las garantías de no repetición buscan evitar que una violación de derechos vuelva a ocurrir en el futuro, a través de medidas legales, administrativas y de otra índole.<sup>93</sup> Estas medidas se centran en las circunstancias que crearon la violación de derechos, especialmente en casos con patrones recurrentes o situaciones estructurales.<sup>94</sup> Las garantías de no repetición abarcan un amplio catálogo de medidas como la modificación de normas, la capacitación de funcionarios, campañas de concientización y la adecuación de infraestructuras.<sup>95</sup> En ciertos casos, la no repetición puede requerir la mejora en las condiciones de vida, proveyendo bienes y servicios básicos.<sup>96</sup>

## 2.4.7. SOBRE LAS CARACTERÍSTICAS MÍNIMAS DE LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN INTEGRAL SEGÚN LA CCE

De manera adicional, conviene mencionar que la CCE ha establecido que, para cumplir su objetivo, las medidas de reparación integral deben ser i) adecuadas, ii) deseables, iii) aceptables y iv) posibles.<sup>97</sup>

Para ser adecuadas, las medidas deben tener relación con la violación de derechos y las circunstancias; y para ser deseables deben responder —en lo posible— a los requerimientos de la víctima.<sup>98</sup> Para ser aceptables, las medidas deben tomar en cuenta el contexto social y cultural de la víctima; y para que

90 García, “La jurisprudencia”, 80.

91 Caso De la Cruz Flores c. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr. 155.

92 Artículo 22, Principios y directrices básicos.

93 Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) c. Venezuela, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2006, párr. 146.

94 Calderón, *La reparación*, 186.

95 Calderón, *La evolución*, 64-5.

96 Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 230.

97 Sentencia n.º 202-19-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de febrero de 2021, párr. 184.

98 Id.

sean posibles deben considerar cuestiones como las normas vigentes, los recursos económicos, el tiempo, la disponibilidad de las personas o entidades encargadas de ejecutar la medida.<sup>99</sup> Si las medidas ordenadas no cumplen estas características, no se satisface la reparación integral.

## 2.5. APLICACIÓN DE LA EQUIDAD EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

La aplicación de la equidad para la fijación de compensaciones económicas en el marco de la reparación integral es inusual en la jurisprudencia de la CCE. En la elaboración del presente artículo se identificaron únicamente veintidós sentencias en las que se emplea esta figura para estimar el daño material o inmaterial. Dado que los casos abarcan todas las garantías jurisdiccionales de conocimiento de la Corte, con circunstancias de muy diversa índole, se presenta a continuación un cuadro para resumir la información pertinente de los casos.

Sentencia	Derechos vulnerados	Compesación en equidad	Motivación de la compensación
<b>Derechos de mujeres embarazadas a la salud, atención prioritaria y otros relacionados</b>			
<b>904-12-JP/19 (13/12/2019)</b>	Derechos a la salud, atención prioritaria y a la seguridad social, por la violencia obstétrica y la falta de atención a una mujer durante el parto en un hospital público.	US\$ 5000 por daño inmaterial por violencia obstétrica.	Se indica que el monto conferido corresponde al daño inmaterial por la violencia obstétrica, sin consideraciones adicionales.
<b>2951-17-EP/21 (21/12/2021)</b>	Derecho a la salud en el elemento de calidad, por la falta de información sobre la formación del médico, la firma de formularios de consentimiento informado incompletos y la falta de instalaciones adecuadas en una clínica privada para la atención de un parto humanizado.	US\$ 5000 por daño inmaterial.	La Corte declinó la indemnización de US\$ 600 000 por el supuesto daño al proyecto de vida del niño solicitada por los accionantes, al considerar que la condición médica del niño no se había probado en el proceso y que el monto y la forma de reparación solicitados debían ser reclamados por otras vías, como la acción civil por daños. Indicó que las reparaciones deben ordenarse en función de los hechos probados y de las violaciones declaradas; y ordenó el monto por “el sufrimiento causado a los accionantes en la calidad de la prestación del servicio público”.

99 Id.

<b>Derechos económicos y sociales de personas adultas mayores, atención prioritaria, acceso a servicios públicos y otros relacionados</b>			
<b>732-18-EP-20 (23/09/2020)</b>	Derecho a la identidad por anulación de la cédula de identidad de una mujer adulta mayor con vulnerabilidad múltiple, que impidió su acceso a prestaciones de salud y seguridad social.	US\$ 5000 por daño inmaterial.	Se señala que el monto corresponde a los sentimientos de angustia, ansiedad y sufrimiento experimentados durante los dos años que permaneció sin cédula.
<b>889-20-JP/21 (10/03/2021)</b>	Derechos a la atención prioritaria, a acceder a servicios públicos de calidad y a la seguridad social, por retención de pensiones de montepío de una adulta mayor con vulnerabilidad múltiple, en un proceso coactivo de CNT.	US\$ 1000 por daño inmaterial.	Se fija el monto por la angustia y el sufrimiento provocados por la retención de pensiones durante cuatro meses.
<b>2936-18-EP/21 (28/07/2021)</b>	Derechos a la salud, seguridad social y vida digna, por retención de pensiones jubilares y de montepío de una mujer con discapacidad y cáncer, en un proceso de cobro de glosas por responsabilidad patronal.	US\$ 5000 por daño inmaterial.	Se indica que el monto corresponde a la evidente angustia y sufrimiento provocados por la retención y el embargo de pensiones, y el cobro ilegítimo de responsabilidad patronal.
<b>832-20-JP/21 (21/12/2021)</b>	Derechos a la vivienda digna, a la atención prioritaria, a acceder a servicios públicos de calidad y a la protección de la propiedad privada de una mujer adulta mayor en situación de pobreza y analfabetismo; que fue engañada por el sacerdote de su confianza para vender su casa y celebrar la escritura pública.	US\$ 5000 por daño material e inmaterial, cancelados por el sacerdote y el Consejo de la Judicatura (entidad responsable del servicio notarial).	Se alude a la necesidad de evitar dilaciones y cargas judiciales adicionales y se citan casos anteriores. Se indica que, al haberse identificado violaciones de derechos por parte del sacerdote y del entonces notario, corresponde que el primero y el Consejo de la Judicatura —como entidad responsable del servicio notarial— paguen el monto fijado. No se hacen consideraciones adicionales sobre el daño material o inmaterial.

<b>145-17-EP/23</b> <b>(08/03/2023)</b>	Derechos a la seguridad social y a la protección especial y atención prioritaria de una mujer adulta mayor con discapacidad por la cancelación de la pensión de montepío que recibía, a pesar de pertenecer a un grupo de cobertura.	US\$ 5000 por daño inmaterial.	Se indica que, aunque las pensiones retenidas fueron restituidas, es necesario reparar el daño inmaterial consistente en la angustia y el sufrimiento padecidos por la accionante. No se hacen otras consideraciones.
<b>725-15-JP/23</b> <b>(10/05/2023)</b>	Derecho a la seguridad social y atención prioritaria de una adulta mayor jubilada, por la retención de sus pensiones jubilares, por parte del IESS, en un proceso coactivo iniciado por la entidad.	US\$ 1000 por las limitaciones y contrariedad provocadas por la retención de las pensiones y los gastos incurridos (daño inmaterial y material).	La Corte advierte que la accionante había recuperado los valores retenidos y, al momento, percibía sus pensiones oportunamente. Sin embargo, considera necesario disponer medidas respecto de los hechos objeto de la acción de protección para compensar “las limitaciones y contrariedad provocadas” por la retención. Se fija el monto en equidad, considerando el valor de la pensión y de los gastos en los que tuvo que incurrir la accionante.

### Derechos a la igualdad y no discriminación y al trabajo y otros relacionados

<b>1416-16-EP/21</b> <b>(06/10/2021)</b>	Derechos a obtener resoluciones motivadas, a la igualdad y no discriminación y a tomar decisiones libres sobre la vida sexual y reproductiva; por la baja de un miembro de las Fuerzas Armadas por haber procreado hijos fuera del matrimonio.	US\$ 5000 por daño inmaterial.	Se indica que, ante la imposibilidad de disponer la restitución del accionante a su cargo, por el tiempo transcurrido y otras circunstancias, era adecuado ordenar una compensación económica establecida “razonablemente y aplicando criterios de equidad”. No se efectúan consideraciones adicionales sobre el daño inmaterial.
<b>1290-18-EP/21</b> <b>(20/10/2021)</b>	Derechos al debido proceso, a la igualdad y no discriminación y al trabajo, por la baja de un oficial de la Armada debido a su orientación sexual percibida, en 1991.	US\$ 5000 por daño inmaterial.	Se indica que, al haber transcurrido más de veintisiete años desde los hechos, no era posible ordenar la reparación material, al no haberse justificado la demora en acudir a la justicia. Sin embargo, se observa la necesidad de reparar el daño inmaterial generado por la discriminación; y se hace referencia a ocasiones anteriores en las que ordenó indemnizaciones en equidad y a la necesidad de evitar dilaciones y cargas adicionales a la víctima.

<b>Derecho al trabajo en el marco de acciones de incumplimiento</b>			
<b>65-10-IS/20 (30/09/2020)</b>	Incumplimiento de decisión que ordenó el reintegro de una mujer a su puesto de trabajo, diecisiete años después.	US\$ 5000 por el retardo en la ejecución.	Se refiere a la dificultad de estimar el daño causado por el tiempo transcurrido y al propósito de evitar dilaciones para fijar el monto.
<b>9-17-IS/21 (17/11/2021)</b>	Incumplimiento de una acción de protección (2011), que ordenó dejar sin efecto la separación de un oficial de la Policía Nacional, que fue incluido en la "Lista de eliminación anual" de 2009 por un acto ulterior que afectó la decisión.	US\$ 5000 como reparación material.	Se señala la imposibilidad de ordenar medidas de restitución, por haber transcurrido más de siete años, por el cambio en las circunstancias del accionante en cuanto a su aptitud para el servicio activo y por la consolidación de situaciones jurídicas en la Policía Nacional; se citan casos anteriores.
<b>12-16-IS/21 (17/11/2021)</b>	Incumplimiento de una acción de protección (2011) que ordenó el reintegro y pago de remuneraciones no percibidas a un cabo primero de la Policía Nacional dado de baja en 2004; por la demora en la cancelación de los valores y la emisión de un acto ulterior que afectó la decisión.	US\$ 5000 como reparación material.	Se señala la imposibilidad de ordenar medidas de restitución, por haber transcurrido más de siete años, por el cambio en las circunstancias del accionante en cuanto a su aptitud para el servicio activo y por la consolidación de situaciones jurídicas en la Policía Nacional; se citan casos anteriores.
<b>40-19-IS/21 (17/11/21)</b>	Incumplimiento de una acción de protección (2011) que ordenó el reintegro y pago de remuneraciones no percibidas a un cabo segundo de la Policía Nacional, separado de la institución en 2005; por la demora en la cancelación de los valores y la emisión de un acto ulterior que afectó la decisión.	US\$ 5000 como reparación material.	Se señala la imposibilidad de ordenar medidas de restitución, por haber transcurrido más de siete años, por el cambio en las circunstancias del accionante en cuanto a su aptitud para el servicio activo y por la consolidación de situaciones jurídicas en la Policía Nacional; se citan casos anteriores.

<b>10-17-IS/21</b> <b>(21/12/2021)</b>	Incumplimiento de una acción de amparo (2008) que ordenó el reintegro de un exoficial de la Policía Nacional, dado de baja en 2008, por un acto ulterior que afectó la decisión.	US\$ 5000 como reparación material.	Se señala la imposibilidad de ordenar medidas de restitución, por haber transcurrido más de siete años, por el cambio en las circunstancias del accionante en cuanto a su aptitud para el servicio activo y por la consolidación de situaciones jurídicas en la Policía Nacional; se citan casos anteriores.
<b>71-21-IS/22</b> <b>(02/11/2022)</b>	Incumplimiento parcial de la acción de protección que, en 2019, ordenó el reintegro de una psicóloga a su cargo en un hospital de las Fuerzas Armadas y el pago de remuneraciones dejadas de percibir. El reintegro se hizo de forma temporal, pero sí se pagaron los valores no percibidos.	US\$ 3000 como reparación material.	Se señala que sería inoficioso volver a ordenar el reintegro de la accionante a su cargo, porque ello sería temporal, hasta que se efectúe el concurso de méritos y oposición correspondiente; se citan casos anteriores. No se hacen consideraciones adicionales sobre el daño material.

### Derechos económicos y sociales de personas con discapacidad, atención prioritaria, protección reforzada y otros relacionados

<b>1504-19-JP/21</b> <b>(24/11/2021)</b>	Derechos a la protección especial y reforzada, seguridad social, vida digna e integridad; por la negativa de una pensión de subsistencia a un exmiembro de la Armada con 80 % de discapacidad, generada por un accidente mientras se encontraba en servicio en 1991.	US\$ 5000 por daño inmaterial.	Se indica la necesidad de reparar los padecimientos y afectaciones psicológicas sufridos por el exmiembro de las Fuerzas Armadas y sus padres con una compensación económica. No se efectúan consideraciones adicionales y se ordena un único monto para las tres personas.
<b>50-20-IS/22</b> <b>(27/01/2022)</b>	Incumplimiento de la acción de protección que, en 2019, ordenó adaptaciones curriculares y otras medidas para la inserción de estudiantes con discapacidad en una universidad pública.	US\$ 5000 a cada accionante por el incumplimiento de la sentencia.	Se indica que es imposible ordenar medidas de restitución, dado que los accionantes ya no eran estudiantes de la universidad y no deseaban retornar a la institución. Se otorga la indemnización "por concepto de reparación en equidad".

<b>Derecho a la nacionalidad y relacionados</b>			
<b>335-13-JP/20 (12/08/2020)</b>	Derechos al debido proceso, a la nacionalidad y a migrar, por la revocatoria de nacionalidad ecuatoriana a un ciudadano cubano.	US\$ 5000 por daños inmaterial.	Se indica que el daño se produjo por la vulnerabilidad ocasionada por la revocatoria de nacionalidad, incluyendo afecciones causadas por la detención en el aeropuerto.

<b>Derechos civiles y políticos de personas políticamente expuestas</b>			
<b>25-14-AN/21 (29/09/2021)</b>	Incumplimiento de medidas cautelares otorgadas por la CIDH en 2014, para la suspensión de los efectos de una sentencia que condenó a tres personas por “injuria judicial” contra un expresidente de la república.	US\$ 5000 por daño inmaterial a cada beneficiario de la medida cautelar.	Se hace referencia a los casos anteriores en los que se otorgó una compensación en equidad e indica que el monto se dispone sin perjuicio de otras acciones que pudieran iniciar los beneficiarios para reclamar otras afectaciones. El juez Enrique Herrería disintió sobre el monto fijado en equidad, al considerarlo insuficiente para reparar los diversos daños que se produjeron por el incumplimiento de la medida cautelar. Sostuvo que, en su lugar, la compensación debía ser calculada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.
<b>1219-12-EP/22 (26/12/2022)</b>	Derechos a la seguridad jurídica y a la motivación, por el reemplazo del suplente del presidente del Consejo de la Judicatura, fundamentada en una interpretación parcial y aislada de las normas aplicables.	US\$ 5000 por daño inmaterial.	La Corte considera que el daño irrogado al accionante consistió en i) la privación de una expectativa razonable de presidir temporalmente el Consejo de la Judicatura y ii) la afectación de la trayectoria profesional y desconfianza en la institucionalidad. Se indica que estas afectaciones “deben ser reparadas inmaterialmente en equidad”, sin consideraciones adicionales.

Derechos de niños, niñas y adolescentes			
<b>335-13-JP/20 (12/08/2020)</b>	Derechos a la vida, salud, igualdad y no discriminación, no devolución, interés superior del niño, unidad familiar y otros; por la falta de atención médica adecuada a una mujer embarazada solicitante de refugio, que derivó en la muerte del bebé recién nacido.	US\$ 25 000 por los daños ocasionados al niño.	Se hace referencia al informe pericial que fijó el monto por el daño moral infligido a los padres en US\$ 20 000; y se advierte que dicho informe no consideró la reparación de los daños causados al neonato fallecido. Se enfatiza que, en los casos de violaciones a derechos de niñas, niños y adolescentes, la reparación integral debe enfocarse en sus derechos, sin que sea posible una “sustitución radical” para reparar únicamente a sus padres. Se alude al tiempo transcurrido y a la falta de celeridad en la tramitación del proceso en sede contencioso-administrativa y a la necesidad de evitar un mayor desgaste de las víctimas. Finalmente, señala que el monto ordenado corresponde a “los daños ocasionados al niño F. B. L. [identidad protegida] con causa de muerte”.

Cuadro 1. Sentencias de la Corte Constitucional del Ecuador con reparaciones en equidad. Elaboración propia.

### 2.5.1. ANÁLISIS A LA LUZ DE LA EQUIDAD Y LA REPARACIÓN INTEGRAL, CONCEPTO DE EQUIDAD Y SUS LÍMITES

En esta sección corresponde analizar si la práctica de la CCE se ajusta a los límites de la equidad como criterio auxiliar de interpretación judicial y a los estándares de reparación integral desarrollados con anterioridad. Para este propósito, será necesario examinar si, en las sentencias revisadas, la equidad se aplica de manera i) individualizada, ii) motivada y iii) excepcional.

### 2.5.2. APLICACIÓN INDIVIDUALIZADA DE LA EQUIDAD

Como se desprende del cuadro, la CCE ha recurrido a la equidad para compensar violaciones de un amplio listado de derechos, cuyas víctimas fueron personas con condiciones y circunstancias muy diversas. De igual manera, se verifica que, en la mayoría de los casos, se otorga el mismo monto de compensación en equidad (US\$ 5000). Entre las veintidós sentencias revisadas, solo

hay tres en las que se ordenan cantidades distintas: US\$ 1000,<sup>100</sup> US\$ 3000<sup>101</sup> y US\$ 25 000,<sup>102</sup> cuyo análisis será objeto de la siguiente sección.

Lo anterior resulta llamativo porque la equidad debe aplicarse en función de los derechos vulnerados y las afectaciones causadas a las víctimas.<sup>103</sup> Sin embargo, la CCE otorga la misma compensación para violaciones de diferente naturaleza y gravedad; equiparando así derechos como salud<sup>104</sup>, nacionalidad<sup>105</sup> y seguridad jurídica.<sup>106</sup> De igual manera, es evidente que el impacto de una violación de derechos diferirá entre una adulta mayor con discapacidad y escasos recursos económicos,<sup>107</sup> un policía destituido,<sup>108</sup> una mujer embarazada<sup>109</sup> y una persona políticamente expuesta.<sup>110</sup> Asimismo, se observa que los casos analizados se originaron en un periodo de treinta años y que algunos accionantes obtuvieron sentencias favorables y recibieron alguna reparación, otros no.

Con estas consideraciones se puede establecer que, lejos de efectuar un análisis detallado de las singularidades de cada caso como exige la figura, la CCE aplica la equidad de manera frecuentemente uniformizada. Ello no se compadece con el requisito de individualización impuesto para evitar el uso arbitrario de la equidad, ni con el objetivo de brindar reparaciones adecuadas para cada caso particular.

### 2.5.3. MOTIVACIÓN DE LAS COMPENSACIONES EN EQUIDAD

Como también se ha establecido, los jueces deben explicar por qué fijan un monto de compensación en equidad. Esto implica exponer los parámetros objetivos empleados para valorar los daños y su adecuación al caso particular<sup>111</sup> y, para el daño material, requiere acreditar la imposibilidad de cuantificarlo de manera precisa.<sup>112</sup> Por lo último, el análisis propuesto requiere diferenciar la forma en que la CCE motiva las compensaciones por daño inmaterial y por daño material.

Con respecto al daño inmaterial, se observa que, en algunos casos, la CCE lo vincula a cuestiones como sufrimiento, ansiedad y angustia, la violencia sufrida, las afectaciones psicológicas, la vulnerabilidad generada y la afectación

100 Sentencia n.º 983-19-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de agosto de 2021.

101 Sentencia n.º 71-21-IS/22, Corte Constitucional del Ecuador, 2 de noviembre de 2022.

102 Sentencia n.º 725-15-JP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de mayo de 2023.

103 García, "La jurisprudencia", 242.

104 Sentencia n.º 904-12-JP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de diciembre de 2019.

105 Sentencia n.º 335-13-JP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de agosto de 2020.

106 Sentencia n.º 1219-12-EP/12, Corte Constitucional del Ecuador, 26 de diciembre de 2022.

107 Sentencia n.º 732-18-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 23 de septiembre de 2020.

108 Sentencia n.º 12-16-IS/IS, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de noviembre de 2021.

109 Sentencia n.º 904-12-JP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de diciembre de 2019.

110 Sentencia n.º 25-14-AN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de septiembre de 2021.

111 M'Causland, *Equidad judicial*, 303.

112 Jiménez, *La equidad*, 7.

a la trayectoria profesional. Sin embargo, en ninguno de ellos explica por qué el monto ordenado es, efectivamente, adecuado para compensar estas afectaciones según su intensidad. Por ejemplo, se asigna el mismo valor a lo experimentado por unos padres cuyo hijo sufrió una lesión que le generó una discapacidad grave y se agudizó durante años<sup>113</sup> y a lo que vivió un alto funcionario que no pudo ascender a un cargo por unos meses.<sup>114</sup>

Por otra parte, se identifican pocas sentencias en las que se compensa equitativamente el daño material, todas relacionadas con el derecho al trabajo en el marco de acciones de incumplimiento. Para cuatro de ellas, la CCE emplea una suerte de fórmula en la que i) indica que este rubro debe ser fijado en equidad por el tiempo transcurrido y los cambios en las circunstancias que existían al momento de la violación; ii) hace referencia a casos anteriores en los que aplicó este criterio y iii) fija un monto en equidad.<sup>115</sup> En la que resta se señala que sería inoficioso ordenar el reintegro de la accionante a su cargo porque esto sería temporal y también se hace referencia a casos anteriores para ordenar un pago en equidad.<sup>116</sup> Sin embargo, estas afirmaciones no explican por qué es imposible demostrar el daño material, ni detallan si lo que se valora equitativamente es el daño emergente o el lucro cesante, que son los componentes del daño material.

#### 2.5.4. APLICACIÓN EXCEPCIONAL DE LA EQUIDAD

También se ha establecido que la equidad debe aplicarse, de manera excepcional, para casos cuyas particularidades lo justifiquen. Esto, en el marco de la reparación integral, implica que las compensaciones en equidad no pueden sustituir al resto de medidas y, en particular, a la restitución cuando esta es posible. En este sentido, se identifican dos sentencias en las que, aunque reconoció que se podía restablecer a las víctimas a la situación anterior a la violación, la CCE optó por no hacerlo y, en su lugar, otorgó una compensación en equidad. En el primer caso indicó que sería inoficioso restituir a una persona a un puesto de nombramiento provisional, precisamente por la naturaleza temporal del cargo.<sup>117</sup> En el segundo, se abstuvo de disponer que un alto funcionario accediera temporalmente al cargo que le correspondía por considerar que ello dificultaría las actividades de la institución.<sup>118</sup>

113 Sentencia n.º 1504-19-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de noviembre de 2021.

114 Sentencia n.º 1219-12-EP/12, Corte Constitucional del Ecuador, 26 de diciembre de 2022.

115 Sentencia n.º 9-17-IS/21, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de noviembre de 2021; Sentencia n.º 12-16-IS/21, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de noviembre de 2021; Sentencia n.º 40-19-IS/21, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de noviembre de 2021; Sentencia n.º 10-17-IS/21, 21 de diciembre de 2021.

116 Sentencia n.º 71-21-IS/22, Corte Constitucional del Ecuador, 2 de noviembre de 2022.

117 Ibid.

118 Sentencia n.º 1219-12-EP/12, Corte Constitucional del Ecuador, 26 de diciembre de 2022.

### 3. CONCLUSIONES

La equidad no solo es un recurso válido, sino necesario para aquellos casos excepcionales cuyas particularidades hacen que las soluciones que, ordinariamente ofrece el derecho, sean insuficientes o inadecuadas a la luz de los imperativos de justicia. En este sentido, la aplicación de la equidad como criterio auxiliar de interpretación judicial está justificado y también supeditado al objetivo de encontrar lo que es justo para un caso particular, para otorgar a cada quien lo que le corresponde. La consecución de este objetivo supone, a su vez, que la equidad debe ser aplicada de conformidad con los parámetros y los límites que se desprenden de su naturaleza y, en particular, el análisis individualizado de las circunstancias de cada caso y la justificación razonable de los motivos que conducen a una decisión. El recurso a la equidad de ninguna manera supone una licencia para la arbitrariedad y es la observancia de estos elementos lo que marca la diferencia entre ambas figuras.

Un asunto para el que cobra particular relevancia la aplicación de la equidad es la fijación de indemnizaciones compensatorias en el marco de la reparación integral. Puesto que las dificultades que pueden surgir para la determinación precisa de los montos que corresponden al daño material y, en general, para valorar el daño inmaterial justifican el recurso a esta figura para cumplir con el objetivo de reparar a las víctimas de violaciones a derechos. Ello ha sido una constante en la jurisprudencia de la Corte IDH, de las altas cortes de la región y, recientemente, se ha incorporado a la práctica de la Corte Constitucional del Ecuador.

Sin embargo, el otorgamiento de compensaciones en equidad no puede deslindarse del examen de los elementos particulares de cada caso, en función de los hechos probados en el proceso y de la situación en la que se encuentran las víctimas. Tampoco implica que los jueces puedan prescindir de la motivación de las decisiones fundadas en la equidad que debe consistir en la exposición de los parámetros o criterios objetivos que se han empleado para fijar el monto indemnizatorio. Pues, aunque el juicio equitativo implica cierto ejercicio de discrecionalidad, este no puede fundarse en las apreciaciones subjetivas del juzgador, so pena de incurrir en la arbitrariedad.

Con estas consideraciones, se puede apreciar que la forma en que la CCE ha aplicado la equidad en sus sentencias resulta inadecuada a la luz del concepto de equidad como criterio auxiliar de interpretación judicial y de reparación integral que hemos expuesto en este trabajo. En este sentido, es inexplicable que se otorgue el mismo monto de indemnización —salvo en situaciones de extrema excepcionalidad— para casos que difieren ampliamente en el tipo de derechos violados y en las afectaciones sufridas por las víctimas. Asimismo, es preocupante que la motivación de estas decisiones se limite a enunciar el tipo de daño al

que corresponde la indemnización, sin exponer por qué el monto ordenado es adecuado y proporcional para cada caso. Combinadas, ambas situaciones podrían conducir a concepciones erróneas sobre la equidad ante los usuarios de la justicia constitucional; llegándose a interpretar que puede existir una suerte de estándar que rige a este tipo de reparación o que la equidad implica otorgar lo mismo para todas las personas. Aquello implicaría un ejercicio de arbitrariedad contrario a los fines de la equidad y de la reparación integral.

Para finalizar, es necesario señalar que, aunque son importantes los esfuerzos de la CCE por cumplir con la garantía de reparación integral en el elemento de las compensaciones económicas, es imprescindible que este ejercicio sea consistente con los fines y límites de la equidad y los estándares sobre la reparación integral. Solo de esta manera se alcanzará de manera plena el cumplimiento de una reparación integral, en respeto de los límites impuestos a la actividad judicial.



# LEXVALOR

## ABOGADOS

“Lexvalor Abogados es fundamental para nuestro negocio. La atención personalizada y la transparencia de sus abogados nos permiten obtener el apoyo jurídico que necesitamos en nuestras operaciones.”

*Legal 500*

“Lexvalor Abogados ofrece un servicio excepcional que se caracteriza por la inmediata disponibilidad de sus socios, así como por el asesoramiento oportuno y sólido.”

*Chambers and Partners Latin America*

[www.lexvalor.com](http://www.lexvalor.com)



TOP TIER  
2023



@LexvalorEcuador



/lexvalor



@lexvalorabogados



# Hacia una tributación justa: la armonización de los principios de equidad y capacidad contributiva junto a su observancia en la implementación del esquema de rebajas al impuesto a la renta para personas naturales

*Towards fair taxation: the harmonization of tax equity and contributive capacity principles along with their compliance in the implementation of the income tax rebate scheme for natural persons*

IVANA RAQUEL MATIJEVIC LÓPEZ\*  
ALBERTO EDUARDO BONILLA MANOTA\*\*

**Recibido / Received:** 23/06/2023

**Aceptado / Accepted:** 10/08/2023

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3022>

## **Citación:**

Matijevic, I. A. Bonilla. “Hacia una tributación justa: la armonización de los principios de equidad y capacidad contributiva, junto a su observancia en la implementación del esquema de rebajas al impuesto a la renta para personas naturales”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3022>

---

\* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: ivra.matijevic@gmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1197-2246>

\*\* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: aebonilla14@gmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0013-7416>

## RESUMEN

Este artículo examinará los conceptos contenidos en los principios de equidad y capacidad contributiva en el derecho tributario. De esta manera, se determinará si el principio de equidad suple la falta de positivización de la capacidad contributiva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con miras a fomentar una tributación más justa. A su vez, se analizará la observancia de estos axiomas en los decretos de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y la Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID-19 y la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar; en concordancia con las reformas al nuevo esquema de rebajas de gastos personales para el cálculo del impuesto a la renta de personas naturales.

## PALABRAS CLAVE

Derecho tributario; principios tributarios constitucionales; equidad; capacidad contributiva; justicia; deducciones; esquema de rebajas; impuesto a la renta

## ABSTRACT

*This paper examines the principles of equity and contributive capacity in tax law. It will determine whether the equity principle makes up for the lack of positivization of contributive capacity in the Ecuadorian legal system, in order to promote fairer taxation. In turn, the compliance with these axioms will be analyzed within the Organic Law for Economic Development and Fiscal Sustainability after COVID-19 and Organic Law for the Strengthening of the Familiar Economy, in accordance with the reforms to the new personal expenses rebate scheme for calculating income tax for natural persons.*

## KEYWORDS

*Tax law; constitutional tax principles; equity; contributive capacity; justice; tax deductions; tax reduction scheme; income tax*

## 1. INTRODUCCIÓN

“Los súbditos de cada Estado deben contribuir al sostenimiento del gobierno, en la medida de lo posible, en proporción a sus respectivas capacidades”.

Adam Smith, 1778<sup>1</sup>

Desde la promulgación de la Constitución del Ecuador de 2008, se elevaron a rango constitucional una serie de principios fundamentales que establecen las bases para la normativización, aplicación y ejecución del derecho tributario. Estos axiomas esenciales desempeñan un papel crucial en la orientación de las actividades de la administración pública, delineando un marco normativo que constriñe su conducta y prohíbe cualquier acto arbitrario. Por consiguiente, entre los referidos principios, podemos encontrar al canon de equidad, cuyo objetivo es que la carga tributaria de cada contribuyente mantenga concordancia con el nivel de sus ingresos y respectiva capacidad económica.

En los últimos años se han promulgado dos decretos ley: la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y la Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID-19<sup>2</sup> y la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar.<sup>3</sup> Teniendo esto en cuenta, el primer cuerpo legal implementó un nuevo sistema de rebajas para el cálculo del impuesto a la renta en el régimen general de personas naturales, mientras que el segundo reformó dicho esquema sin alterar su estructura esencial.

El objetivo de este trabajo será analizar si dentro del ordenamiento jurídico el principio de equidad logra compensar la carencia de reconocimiento del principio de capacidad contributiva. Asimismo, se examinará la observancia de ambos axiomas en los decretos de Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y la Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID-19 y de Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar.

Estos dilemas jurídicos se abordarán dentro del siguiente esquema: i) el desarrollo del principio de equidad bajo la óptica filosófica, económica y jurídica, así como las funciones que desempeña dentro de la estructura jurídica y económica de Ecuador; ii) la capacidad contributiva desde una arista legal; y iii) la observancia de la equidad y la capacidad contributiva en la implementación del sistema de rebajas recogido en la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y la Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID-19 y la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar.

1 Adam Smith, *La riqueza de las naciones* (Nueva York: G.P. Putnam's Sons, 1904), 310.

2 Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y la Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID-19, R. O. Suplemento 587 de 29 de noviembre de 2021, reformada por última vez R. O. 227 de 11 de enero de 2023.

3 Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar, R. O. Suplemento 335 de 20 de junio de 2023.

## 2. EL PRINCIPIO DE EQUIDAD

### 2.1. POSTURA FILOSÓFICA: EQUIDAD Y JUSTICIA

A lo largo de los siglos se ha suscitado una profunda discusión filosófica en torno al concepto de equidad, que es trascendental para desarrollar y comprender la noción de justicia. Aristóteles expone que “lo justo es particularmente proporcional”;<sup>4</sup> dando lugar a una interpretación de la *epiēkeia* como el trato igual para los semejantes y disímil entre desiguales.<sup>5</sup> Así pues, la equidad se perfila como una suerte de virtud adherida a la justicia.<sup>6</sup> En otras palabras, la equidad es una forma de justicia que difiere de la justicia jurídica, que es mucho más rígida y se basa en la aplicación exacta de normas prescritas. La equidad enmarca lo que es una visión moralmente justa, de tal forma que se amolda a las circunstancias del sujeto y así puede corregir los resultados de una justicia jurídica cuando la aplicación de la misma desemboque en un trato injusto.

A su vez, influenciado por el discurso aristotélico, Ulpiano sostiene que: “justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo”.<sup>7</sup> Este discernimiento por parte del jurisconsulto, sin lugar a duda, denota la importancia para el derecho de examinar cada escenario concreto. De ahí que se logra proporcionar una justicia equitativa, procurando siempre que sea en torno a lo merecido o necesario.

Santo Tomás de Aquino ahonda en el concepto de equidad al introducir el término “equidad de la proporción”.<sup>8</sup> Concepto entendido como un axioma lógico que se conjuga de manera estrecha con la justicia distributiva.<sup>9</sup> Con ello, el autor devela que, para alcanzar el provecho común, el sujeto debe contribuir según su capacidad económica, forjando de tal manera los cimientos para lo que en la actualidad se concibe como capacidad contributiva.

El análisis filosófico alrededor de la equidad y la justicia evidencia que son conceptos íntimamente vinculados. Esto permite construir la siguiente exégesis: la justicia y la equidad deben prever las cargas particulares de cada individuo. Para ello, la equidad se manifiesta cuando la capacidad contributiva es observada, logrando realizar una distribución proporcional de derechos, obligaciones y responsabilidades. Por lo mismo, ambos conceptos deben ser contemplados en conjunto, y no necesariamente porque deban estar positivizados,

4 Aristóteles, *Ética a Nicómaco* (San José: Edin, 2016), 112.

5 Ibid.

6 Marta Hanna, “La doctrina de la equidad en Aristóteles”, *Sapientia* 56, n.º 210. (2001): 395, <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/12607/1/doctrina-equidad-aristoteles.pdf>.

7 Ulpiano. *Digesto. 1, 1, 1 pr.* (Pamplona: Aranzadi, 1968).

8 Santo Tomás de Aquino, *Suma teológica* (Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001), 853.

9 Juan Rafael Bravo Arteaga. *De Aristóteles a Santo Tomás: Ideas políticas y jurídicas, proyección en el derecho tributario* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2019), 124.

sino porque son interdependientes. Si bien la equidad es una cualidad de la justicia, la capacidad contributiva es fundamental para alcanzar la implementación objetiva de lo justo en equidad.

## 2.2. POSTURA ECONÓMICA

La deliberación en torno al principio de equidad tributaria se remonta a los comerciantes americanos quienes, a finales del siglo XVIII, importaban arte, tabaco y té al puerto de Boston y quienes, asediados por los exuberantes impuestos británicos, manifestaban su inconformidad respecto de las políticas económicas de la época.

Por su parte, Adam Smith respondió a dicho debate socioeconómico por medio de su obra *La riqueza de las naciones*, de tal modo que estableció los principales cánones de la tributación:

I. Los súbditos de cualquier Estado deben contribuir al sostenimiento del gobierno en la medida de lo posible en proporción a sus respectivas capacidades; es decir, en proporción al ingreso que respectivamente disfrutaban bajo la protección del estado.

II. El impuesto que cada individuo debe pagar debe ser cierto y no arbitrario. El momento del pago, la forma del mismo, la cantidad a pagar, todos deben resultar meridianamente claros para el contribuyente y para cualquier otra persona.

III. Todos los impuestos deben ser recaudados en el momento y la forma que probablemente resulten más convenientes para el contribuyente.

IV. Todos los impuestos deben estar diseñados para extraer de los bolsillos de los contribuyentes o para impedir que entre en ellos la menor suma posible más allá de lo que ingresan en el tesoro público del Estado (énfasis añadido).<sup>10</sup>

Bajo la óptica de Adam Smith, el primer canon hace referencia a la equidad y capacidad de pago en la tributación. Para ello, debemos tomar en consideración que el principio de equidad puede ser valorado a través de la capacidad contributiva. De acuerdo con Mankiw, esta evaluación se da en la medida en que el individuo puede afrontar la carga impositiva.<sup>11</sup> En este sentido, existen dos conceptos que derivan del análisis: la equidad horizontal y la equidad vertical. La primera plantea que las personas que se encuentren en circunstancias

10 Adam Smith. *La riqueza de las naciones* (Madrid: Alianza, 1994), 746.

11 Nicholas Gregory Mankiw, *Principios de economía* (Madrid: McGraw Hill, 2004), 157.

equivalentes deben cancelar obligaciones tributarias similares.<sup>12</sup> En cambio la segunda se enfoca en que quienes tengan una capacidad de pago superior paguen, a su vez, más impuestos.<sup>13</sup>

Por consiguiente, lo señalado implica que al adoptar un sistema tributario en el que la equidad sea empleada con rigurosidad —observando cargas familiares, enfermedades crónicas o catastróficas y necesidades básicas para la subsistencia del sujeto— sería posible plantear una justicia fiscal que finalmente no sea percibida tan solo como un desiderátum que termina en el enriquecimiento del Estado. Por el contrario, debe ser empleada como una herramienta efectiva de resistencia a la ampliación de brechas socioeconómicas y de fomento a una solidaridad social junto a la reasignación de recursos para un país más próspero.

### 2.3. POSTURA JURÍDICA

El ordenamiento jurídico ecuatoriano recoge el principio de equidad tributaria en el artículo 300 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008.<sup>14</sup> Tal postulado se constituyó como uno de los pilares y límites materiales para el desenvolvimiento del sistema fiscal. En este sentido, de acuerdo con el jurista Héctor Villegas, el referido axioma trata de una armonía por la cual debe velar la materia jurídica, dado que en tal dirección será factible guiar el derecho tributario hacia la justicia.<sup>15</sup> Esto se debe a que el principio de equidad inhibe el surgimiento de escenarios inequitativos desmedidos; en otras palabras, impide imposiciones tributarias de índole abusivas y arbitrarias.

Consecuentemente, para delimitar dichas arbitrariedades, la Corte Constitucional de Colombia ha señalado que “una carga es excesiva o un beneficio es exagerado cuando no consulta la capacidad económica de los sujetos pasivos en razón a la naturaleza y fines del impuesto en cuestión”.<sup>16</sup> Bajo el mismo prisma, la Corte Constitucional del Ecuador ha manifestado que “la equidad es sinónimo de justicia”.<sup>17</sup> En esta línea, la equidad está presente cuando el derecho tributario incide sobre quienes se encuentran en una misma circunstancia contributiva, es decir, en una equidad horizontal. Se debe considerar la realidad de cada individuo, tal como lo propuso la vertiente aristotélica y que *a posteriori* fue adoptada por la doctrina tributaria, la cual explicó que el principio de equidad impone al sistema tributario el requisito de afectar de igual manera a iguales y de forma desigual a desiguales.<sup>18</sup>

12 Joseph Eugene Stiglitz, *La economía del sector público* (Madrid: Antoni Bosch, 2003), 503.

13 Ibid.

14 Artículo 300, Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449, 20 de octubre de 2008.

15 Héctor Villegas, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario* (Buenos Aires: Astrea, 2002), 275.

16 Causa n.º C-734/02, Corte Constitucional de Colombia, 10 de septiembre de 2002, párr. 2.

17 Causa n.º 0017-15-IN, Corte Constitucional del Ecuador, 23 de septiembre de 2015, 12.

18 Mauricio Plazas Vega, *Derecho de la hacienda pública y derecho tributario* (Bogotá: Temis, 2005), 429.

A partir de esto, y en palabras de Carmen Simone Lasso, se puede afirmar que:

La equidad entonces es, al propio tiempo, un medio y un fin: un medio porque a través del trato equitativo se persigue conseguir justicia; y un fin, porque para conseguir la equidad, se requiere el contar con tributos que atiendan a la capacidad contributiva y que respeten principalmente el canon de la progresividad.<sup>19</sup>

De esto se concluye que el principio de equidad es bidimensional debido a que, en un primer momento, es el criterio orientador a modo de hermenéutica jurídica y, a la vez, el objetivo primordial del régimen tributario.

### 3. FUNCIONES DEL PRINCIPIO DE EQUIDAD

Los principios del derecho sirven como interpretadores y aplicadores de las instituciones y los conceptos jurídicos. El principio de equidad, como principio constitucional, cumple dos funciones principales dentro del régimen tributario ecuatoriano relacionadas con dos campos en los que se desenvuelve la tributación en general: i) coadyuva a cumplir el fin extrafiscal de redistribución de la riqueza; y ii) sirve como límite al ejercicio de la potestad legislativa tributaria.

#### 3.1. REDISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA

En cuanto a su primera función, la equidad puede ser considerada como una herramienta para alcanzar y direccionar los fines extrafiscales de los tributos. El artículo 300 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 cobija *inter alia* la redistribución, el estímulo de empleo, la producción de bienes y servicios, además de conductas ecológicas, sociales y económicas responsables, como objetivos del régimen tributario ecuatoriano.<sup>20</sup> Si bien no se trata de los únicos ámbitos en los que podría operar la equidad, estas áreas se encuentran constitucionalmente positivizadas.

Así pues, dichas metas no recaudatorias recogen una serie de objetivos sociales en los que actúa el tributo, que busca causar un impacto en la sociedad, ya sea en forma de incentivo, desincentivo o de otras maneras. Por consiguiente, la meta del tributo no solo es alimentar el erario público (fin ulterior del tributo), sino, por el contrario, “el sistema tributario se mueve, cada vez más, en un contexto económico que obliga al Estado a utilizar el tributo como medio de política económica”.<sup>21</sup> Esto es, las manifestaciones del tributo deben ser consideradas dentro de la construcción económica de las naciones como fuente principal de ingresos, regulador de operadores económicos, fomento

19 Carmen Amalia Simone Lasso, “La equidad tributaria en el Ecuador”, en *XI Jornadas Ecuatorianas de Derecho Tributario* (Quito, 2010), 10.

20 Artículo 300, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

21 Juan Martín Queralt et al., *Curso de derecho financiero y tributario* (Madrid: Tecnos, 2020), 119.

al consumo y también para la consecución de conductas ecoamigables, entre otros propósitos.

Ahora bien, recordemos que la redistribución de la riqueza, como fin extrafiscal reconocido en el artículo 300 de la Constitución de la República del Ecuador del 2008, es un mandato constitucional que deberá ser logrado con la ayuda del régimen tributario. Por lo que cabe cuestionarse: ¿cómo puede contribuir la equidad a una efectiva redistribución de la riqueza?

Para ello, hay que atender de nuevo al significado de la equidad vertical, que puede resumirse en lo siguiente: “un sistema tributario satisface al valor ‘equidad’ cuando los sectores de mayor capacidad contributiva, los de mayor ingreso, pagan una cuota de impuesto más elevada relativamente a los demás sectores”.<sup>22</sup> Por ende, el Estado debe procurar que los mayores grupos económicos sean los que más alimenten las arcas fiscales, mediante la implementación de herramientas como el incremento progresivo de tarifas y el reconocimiento de rebajas, deducciones y exenciones; aplicando en estos casos el principio de capacidad contributiva como eje rector.

Una de las formas de conseguir la progresividad en casos de impuesto a la renta, impuesto sobre el patrimonio o sucesiones es: “articular una tarifa progresiva a aplicar sobre la base”.<sup>23</sup> Romo Rodríguez enfatiza que: “en líneas generales, el criterio de progresividad, acompañado de los principios de capacidad contributiva e igualdad, nos va a permitir una búsqueda óptima del margen que existe entre justicia social y redistribución de la riqueza”.<sup>24</sup> Por esta razón, un incremento de tarifa progresivo en proporción a mayores rentas habilitará al Estado a incrementar su exacción a los contribuyentes con mayores recursos.

Dentro de estos términos, es oportuno mencionar que la tarifa progresiva no es ajena al principio de equidad. La progresividad está íntimamente relacionada con la equidad ya que a mayores ingresos, mayor pago de tributo por incremento de tarifa (principio de progresividad). De la proposición anterior se desprende el siguiente enunciado: el contribuyente que escala entre la banda de ingresos tendrá una mayor capacidad contributiva que el resto. Por consiguiente, este deberá pagar un valor superior (principio de equidad vertical) en consideración con el incremento de tarifa experimentado por el sujeto pasivo.

22 Juan Carlos Gómez Sabani et al., *La equidad distributiva y el sistema tributario: Un análisis para el caso argentino* (Santiago de Chile: CEPAL, 2002), 12.

23 Expansión Diario Económico, “Principio de progresividad”, *Expansión Diario Económico*, accedido 4 de septiembre de 2023, <https://www.expansion.com//diccionario-juridico/principio-de-progresividad.html>.

24 David Mauricio Romo Rodríguez, *Alcance y Efectos de la Introducción del Principio de Progresividad en el Sistema Constitucional Tributario Ecuatoriano, a Partir de la Constitución del 2008*. Quito: USFQ, 2009. 51. <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/321/1/91249.pdf>.

### 3.2. LÍMITE AL EJERCICIO DE LA POTESTAD LEGISLATIVA TRIBUTARIA

Por otro lado, la segunda función de la equidad tiene relación con su desempeño como límite al proceso de creación de la normativa tributaria. El artículo 66 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador consagra el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación.<sup>25</sup> Es esencial destacar que la Corte Constitucional del Ecuador ha mandado que la igualdad formal y material exige al legislador que la norma jurídica *prima facie* trate a todos por igual y, a pesar de aquello, podrá crear excepciones a dicho trato igualitario bajo criterios que justifiquen el tratamiento diferenciado.<sup>26</sup>

En este sentido, si bien los detentores de la iniciativa legislativa tributaria gozan del fuero otorgado por el principio de libertad de configuración legislativa, el ejercicio de esta iniciativa no podrá ser ilimitada. Dicho límite no solo aplica al procedimiento colegislativo en sede parlamentaria en conjunto con la iniciativa del Ejecutivo, pues también es necesario para el desarrollo de normas secundarias programáticas por parte de las administraciones tributarias y por órganos legislativos de los gobiernos seccionales autónomos.

Exclusivamente para el régimen impositivo, la igualdad formal y material se manifiesta a través del principio de equidad tributaria, con el objetivo de evitar la emisión de tributos que atenten contra la garantía de igualdad. El principio de equidad no solo ha servido como guía de política pública económica, sino que también tiene un rol determinante dentro de la creación de normas tributarias. Es decir, un freno a la arbitrariedad y desproporcionalidad en las que podrían incurrir aquellas entidades administrativas que ejercitan la iniciativa legislativa tributaria.

Motivo por el que existe una vulneración a la equidad e igualdad formal y material cuando el legislador crea situaciones normativas en las que no se toma en consideración las diferencias económicas que inciden en la capacidad contributiva de cada individuo. En consecuencia, la igualdad permitirá realizar discriminaciones razonables cuando no nos enfrentamos ante supuestos de hecho idénticos.<sup>27</sup> La equidad reduce el campo de acción de la libertad de configuración legislativa y constriñe la voluntad de crear tributos que puedan afectar a la subsistencia de las personas.

<sup>25</sup> Artículo 66, numeral 4, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

<sup>26</sup> Causa n.º 0090-15-IN, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de marzo de 2016, 16.

<sup>27</sup> Queralt et al., *Curso de derecho financiero y tributario*, 112.

## 4. EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA

### 4.1. POSTURA LEGAL

El concepto de capacidad contributiva estaba prescrito dentro del artículo 231 de la Constitución Política del año 1998 como parte de los criterios para la asignación de recursos hacia los gobiernos seccionales autónomos.<sup>28</sup> Curiosamente, en el año 2007 los asambleístas constituyentes tomaron la decisión de no incluir en el nuevo texto constitucional uno de los principios más importantes que regla el régimen tributario ecuatoriano. A pesar de esto, Jaramillo y Simone mencionan que: “es un principio que está implícito y deriva de la combinación del principio de equidad y progresividad”.<sup>29</sup> En consecuencia, su ausencia dentro del andamiaje constitucional no debe ser motivo para su inobservancia, puesto que la capacidad contributiva ha logrado manifestarse y estar presente, a manera de analogía, a través de otros principios.

La Corte Constitucional del Ecuador, dentro de la causa n.º 65-17-IN, definió al referido axioma en los siguientes términos: “el principio de capacidad contributiva implica que solamente las manifestaciones directas o indirectas de riqueza pueden configurar el hecho generador de una obligación tributaria”.<sup>30</sup> Es decir, ante la inexistencia de algún indicio de capacidad económica, ya sea renta, patrimonio, riqueza u otros, no podrá crearse un vínculo tributario con el sujeto pasivo. Esto significaría rozar la prohibición de confiscatoriedad mediante impuestos.

Ante estos conceptos se puede inferir que, al igual que la equidad, la capacidad contributiva constituye un límite material al ejercicio de la creación normativa tributaria. La principal diferencia radica, en términos temporales, en que la capacidad contributiva marca la génesis de la carga tributaria, a la que posteriormente será aplicada la equidad. Dicho de otra forma, una vez verificada la existencia de la unidad de medida de la riqueza, se podrá continuar al siguiente paso, que corresponde configurar las situaciones similares o de discriminación justificada.

Por todo lo mencionado, se puede evidenciar que tanto el principio de equidad como el de capacidad contributiva logran alcanzar niveles de similitud que, ante la ausencia de uno, la presencia del otro protege a los contribuyentes de tributos excesivos y arbitrarios. Por ende, el principio de equidad logra, en el nivel normativo, compensar la falta de reconocimiento de la capacidad contributiva dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano; y, en este sentido,

28 Artículo 231, Constitución Política del Ecuador, R. O. 1, 11 de agosto de 1998.

29 José Vicente Troya, y Carmen Simone Lasso, *Manual de derecho tributario* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 129.

30 Causa n.º 65-17-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 19 de mayo de 2021, párr. 47.

los configuradores legislativos lo tienen a su alcance como herramienta para hacer respetar la igualdad formal y material.

## **5. OBSERVANCIA DE LOS PRINCIPIOS DE EQUIDAD Y CAPACIDAD CONTRIBUTIVA EN EL SISTEMA DE REBAJAS DENTRO DEL CÁLCULO DEL IMPUESTO A LA RENTA**

### **5.1. SENTENCIA N.º 110-21-IN/22 Y ACUMULADOS**

La Corte Constitucional del Ecuador realizó un examen de constitucionalidad en cuanto a la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y la Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID-19. En relación con los dos ejes de análisis, la Corte Constitucional no encontró vulneración alguna respecto a los cargos vertidos por los accionantes de la demanda de acción pública de inconstitucionalidad. En primer lugar, la Corte Constitucional determinó que la reforma sobre la tabla de ingresos para el cálculo de la base imponible no supone una afectación a los principios constitucionales tributarios de progresividad, capacidad contributiva y equidad; por otro lado, no identificó vulneración de los derechos a la vida digna, salud y educación por la reforma al régimen de deducción de gastos personales a un sistema de rebajas.<sup>31</sup>

No obstante, ¿la implementación de un esquema de rebajas dentro del cálculo del impuesto a la renta inobserva los principios de equidad y capacidad contributiva? Cabe acotar que la Corte Constitucional, dentro del dictamen n.º 110-21-IN/22, realizó un análisis respecto a la eliminación del sistema de deducción de gastos personales. Sin embargo, este se basó en analizar su constitucionalidad por presuntamente contrariar otros derechos, por lo que no abordó en su estudio el principio de equidad, al no haber sido alegado por los accionantes.

#### **5.1.1. ANÁLISIS DE LA LEY ORGÁNICA PARA EL DESARROLLO ECONÓMICO Y LA SOSTENIBILIDAD FISCAL TRAS LA PANDEMIA COVID-19**

¿La implementación de un esquema de rebaja dentro del cálculo del impuesto a la renta contraviene los principios de equidad y capacidad contributiva? Para responder esta interrogante debemos recordar que anteriormente la Ley de Régimen Tributario Interno permitía que los gastos personales sean descontados hasta un monto por año.<sup>32</sup> Así se establecía la base imponible en lo que concernía el impuesto a la renta. Asimismo, para que los gastos sean

<sup>31</sup> Causa n.º 110-21-IN/22, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de octubre de 2002, 82.

<sup>32</sup> Causa n.º 110-21-IN/22, párr. 205.

deducidos debían pertenecer a las siguientes categorías: vivienda, salud, alimentación, vestimenta, educación, incluyendo en este cálculo arte y cultura.<sup>33</sup> De esta forma, el contribuyente tenía la oportunidad de colocarse en una banda menor gracias al reconocimiento legal de los gastos personales, dado que originariamente lo hubiera situado en una banda superior si tan solo se consideraban sus ingresos brutos.

Tras la reforma, se optó por un sistema distante al anterior. Actualmente la estructura de rebajas opera de la siguiente manera: las deducciones ya no serán aplicadas previo a la obtención de la base imponible, sino que se restarán las rebajas del impuesto causado según lo dispuesto en el artículo innumerado anterior al artículo 11 de la Ley de Régimen Tributario Interno. En este sentido, se desglosará la reforma a continuación:

**Tabla 1. Ecuación para la obtención del impuesto a la renta correspondiente al año 2022**

<p><b>Ingresos brutos - gastos deducibles = base gravada</b></p> <p>↓</p> <p><b>base gravada → remisión a la tabla de ingresos = impuesto causado - rebajas</b></p> <p>=</p> <p><b>impuesto a pagar</b></p>
<p>*Los gastos personales pueden alcanzar un valor de USD 5344,08 (7 canastas básicas)</p> <p>*(La fracción básica desgravada) (2,13%) = USD 24 967,86</p> <p>≤ de la fracción 20 %</p> <p>≥ de la fracción 10 %</p>

Elaboración propia a partir de los datos de la Ley de Régimen Tributario Interno.<sup>34</sup>

A partir de esta sustitución de esquema, los gastos deducibles para las personas naturales en relación de dependencia corresponden solo a las aportaciones realizadas al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. Esto se debe a que el artículo 10 numeral 16 de la Ley de Régimen Tributario Interno que establecía otras categorías para la aplicación de deducibles fue derogado.

33 Artículo 10.6, Ley de Régimen Tributario Interno [LRTI]. R. O. Suplemento 463 de 17 de noviembre de 2004, reformado por última vez R. O. 335 de 20 de junio de 2023.

34 Elaboración propia a partir de los datos de la Ley de Régimen Tributario Interno, artículo innumerado anterior al artículo 11.

Por su parte, los gastos deducibles mutaron a lo que ahora se denomina “rebaja” y en consecuencia fueron trasladados a otra ubicación dentro de la ecuación vigente para calcular el impuesto a la renta del año fiscal 2022. En el esquema anterior las deducciones se restaban previo a la obtención de la base gravada, apreciando de tal manera la capacidad contributiva del sujeto pasivo y otorgándole la oportunidad de colocarse en un rango inferior acorde a sus ingresos. Ahora las rebajas se sitúan al final de la ecuación, lo que impone al contribuyente la limitación de aminorar su carga impositiva.

Además, se establecen los valores máximos de gastos personales, que son restringidos dado que encasillan a los contribuyentes en dos categorías: i) quienes perciben un ingreso menor o igual a USD 24 967,86; ii) quienes perciben un ingreso mayor a USD 24 967,86. Si bien ambos pueden alcanzar un valor máximo de USD 5344,08 por concepto de gastos personales, la rebaja depende de su renta bruta anual. Es decir, si percibe ingresos menores o iguales que USD 24 967,86, puede rebajarse USD 1068,82 como valor máximo de gastos personales; y si gana más de USD 24 967,86, puede tan solo rebajarse la mitad.

La ecuación tributaria para el cálculo del impuesto a la renta hasta el año fiscal 2022 supone, en primer lugar, una defectuosa apreciación de la capacidad contributiva del sujeto pasivo dado que, dependiendo de sus ingresos, puede acceder a un esquema de rebaja de hasta solo USD 1068,82 o USD 534,41, que no atiende al caso particular del individuo. Ambas clasificaciones son reduccionistas al momento de atender las cargas familiares y enfermedades que puede cargar el contribuyente porque elimina la posibilidad de considerar en su totalidad los gastos personales de subsistencia en los que incurre la persona, estableciendo artificialmente techos máximos.

Como ejemplo, X que gana al año USD 25 000,00 y Z que gana USD 1 000 000 comparten el mismo rango para obtener un valor de rebaja de USD 534,41. El sistema de rebajas no considera que la realidad económica de X, que percibe USD 2083,33 mensuales, es muy diferente de la de Z, que recibe USD 83 333,33 al mes, en especial si nos colocamos en la siguiente hipótesis: el primer sujeto tiene bajo su cuidado seis cargas y el segundo es soltero.

El ejemplo anterior muestra la confusión de los conceptos de equidad vertical y equidad horizontal por parte del Ejecutivo. Esto se debe a que el contribuyente X está obligado a pagar un tributo que no valora de manera justa su situación personal, por eso el yerro se comete al intentar aparejar a X y Z, que tienen ingresos diferentes, en una sola clasificación de rebajas. Dicho de otra manera, a pesar de que los sujetos tengan ingresos muy diferentes, la norma otorga tratamientos iguales a situaciones distintas, creando de tal modo un menoscabo a la noción horizontal de equidad.

Por otro lado, el incumplimiento de la equidad vertical se halla en la propia conformación del límite de ingresos gravados que sirve para determinar el monto máximo de rebajas. Para ilustrar un caso, el contribuyente A posee ingresos brutos anuales de USD 24 000,00 y B percibe ingresos de USD 25 000,00. Se puede dilucidar que la norma está otorgando tratamientos diferentes a situaciones iguales, tomando en cuenta que ambos sujetos pasivos rozan el límite de renta bruta anual de USD 24 967,87.

Posiblemente este sistema de rebajas se forjó con fines recaudatorios y para garantizar el principio de sostenibilidad fiscal, sin embargo, el mismo vulnera uno de sus límites materiales: la equidad.

Es así como este esquema deriva en un trato inequitativo, desfavorable e injusto porque no atiende a la equidad desde su punto fundamental: la capacidad contributiva.

El legislador añadió una franja exenta de impuesto con la finalidad de no gravar a quienes, según su criterio, por razón de sus ingresos no deben tributar. Sin embargo, la presencia del principio de capacidad contributiva debe permanecer uniforme y continuo a lo largo del resto de franjas. Por lo que vale recalcar la importancia de los deducibles, en principio, porque son mecanismos que asisten a la visibilización de la capacidad contributiva y de la equidad, puesto que permiten atender las cargas que enfrenta el contribuyente antes de obtener la base gravada. Representa una ayuda que esclarece la situación económica individual de los sujetos pasivos que se someten a este régimen. En la ecuación del año fiscal 2021 se tomaban en cuenta directamente los gastos personales, dicho de otro modo, su globalidad si esta no superaba el 50 % del ingreso neto.

Tal como se ha constatado, existe una equidad camuflada en las rebajas. El problema no es el cambio de esquema, sino el esquema mismo. Desde la reforma de 2022, la función de los gastos personales se ve minimizada ya que representan un mero descuento. Dado esto, se concluye que el sistema vigente hasta el ejercicio fiscal del año 2021 transparentaba la situación económica personal de los contribuyentes al otorgarle la posibilidad de reubicarse en la banda pertinente a su capacidad contributiva.

## **5.2. LEY ORGÁNICA PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA ECONOMÍA FAMILIAR**

El 17 de mayo de 2023 se emitió el decreto ley de urgencia económica n.º 74, que corresponde a la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar, que fue aprobada mediante dictamen favorable de la Corte Constitucional del Ecuador el 16 de junio de 2023 y publicada en el Registro

Oficial el 20 de junio. La actual reforma contempla cargas para una rebaja de hasta el 18 % de los valores personales declarados y el valor de la canasta básica familiar multiplicado por 7 y en otros casos por 20 para personas con enfermedades catastróficas o raras.<sup>35</sup>

El presidente de la república declaró que la “reforma busca aplicar una progresividad acorde a la realidad nacional, manteniendo los principios constitucionales de progresividad y equidad del impuesto a la renta”.<sup>36</sup> Además, se menciona que la estructura de rebajas por cargas familiares responde a la transparencia y equidad como principios tributarios.<sup>37</sup> Sin embargo, ¿es equitativa esta configuración?

Para ahondar en el análisis, se debe acotar que el valor de rebaja irá incrementando a medida que aumentan las cargas familiares. Se trata de un intento por insertar los principios de equidad y capacidad contributiva dentro de la reforma. Sin embargo, existe un problema grave. Si bien el esquema actual pretende considerar a las cargas familiares como índice para rebajar los gastos personales, no se toman en cuenta los ingresos brutos o netos del sujeto pasivo. Por ende, la reforma continúa sin tomar en cuenta los hechos individualizados o la situación de cada contribuyente. El sistema de rebajas opera actualmente con una configuración que no logra palpar el nivel efectivo de gastos en los que incurre una persona, por lo que se usa un criterio subjetivo que inobserva la equidad.

Cabe enfatizar que, refiriéndonos al principio de equidad, el sistema actual es un *rebranding* del esquema que se insertó en 2022, dado que se mantiene la misma estructura de rebajas. A pesar de que la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar contempla las cargas familiares y enfermedades catastróficas o raras, a primera vista pueden darse ocasiones en que de nuevo se otorgue tratos iguales a situaciones diferentes y tratos diferentes a situaciones iguales.

---

35 Artículo 3, Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familia, R.O. Suplemento 335, de 20 de junio de 2023.

36 Dictamen n.º 1-23-UE/23, Corte Constitucional del Ecuador, 16 de junio de 2023, 6.

37 Ibid.

**Tabla 2. Esquema de rebaja al impuesto a la renta de acuerdo con la reforma de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar correspondiente al año 2023**

Cargas familiares	Valor máximo de gastos personales	Valor máximo de rebaja
0	USD 5353,00	USD 964,00
1	USD 6882,00	USD 1239,00
2	USD 8412,00	USD 1514,00
3	USD 10 706,00	USD 1927,00
4	USD 13 000,00	USD 2340,00
5 o más y personas a cargo de personas con enfermedades catastróficas, raras y/o huérfanas.	USD 15 294,00	USD 2753,00

Elaboración propia a partir de los datos de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar.<sup>38</sup>

Incluso mediante la Resolución NAC-DGERCGC23-00000020, el Servicio de Rentas Internas emitió las normas para la aplicación de la rebaja del impuesto a la renta por concepto de gastos personales.<sup>39</sup> En esta norma infralegal, el SRI insiste en contravenir los principios de equidad y capacidad contributiva, puesto que en su artículo 3 numeral 1 literal c) dispuso que: “En ningún caso, dos o más contribuyentes podrán considerar a una misma persona como carga familiar para el periodo fiscal respectivo”.<sup>40</sup> Para graficar, consideremos una familia compuesta de dos progenitores en cuidado de un hijo. El padre se encarga de los gastos educativos mientras que la madre de los gastos médicos. Bajo la norma citada, solo uno de los padres podrá considerar ambos gastos, mientras que el otro no. Por esto, de manera reiterada, el SRI otorga tratos desiguales a situaciones idénticas.

A pesar de que ampliamente la doctrina ha considerado a la capacidad contributiva interdependiente de la equidad, del análisis *ut supra* se desprende

<sup>38</sup> Elaboración propia a partir de los datos de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar, artículo 3.

<sup>39</sup> Resolución n.º NAC-DGERCGC23-00000020, Servicio de Rentas Internas [Normas para la aplicación de la rebaja del Impuesto a la Renta por concepto de gastos personales], R. O. 344 de 30 de junio de 2023.

<sup>40</sup> Artículo 3, numeral 1, literal c, Resolución n.º NAC-DGERCGC23-00000020.

que en la reforma al sistema de rebajas instaurado, a través de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y la Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID-19, las autoridades administrativas flagrantemente inobservaron ambos principios. Aunque mediante la emisión del nuevo formato, consagrado en la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar, se intentó enmendar esta desatención, no se logró subsanar la falta de reconocimiento de la equidad como límite a la configuración normativa tributaria.

Por este motivo, se puede asegurar con certeza que el principio de equidad, normativamente hablando, funciona como análogo a la capacidad contributiva. Los dos principios poseen similares características, pero sobre todo buscan un fin superior común: un sistema tributario justo y equitativo. Sin embargo, el Ejecutivo ha fallado materialmente en protegerlos dentro de las dos reformas presentadas, por lo que el reconocimiento tácito de la capacidad contributiva por medio de la equidad ha quedado invisibilizado. Esto nos lleva a concluir que la falta de inserción del axioma de capacidad contributiva en las últimas dos reformas no se debe a una patología de origen constitucional o legal, sino por plena voluntad del poder político de turno.

## 6. CONCLUSIÓN

El presente trabajo ha analizado la postura filosófica, legal y económica de la equidad. Además, se explicaron las funciones principales y su respectiva armonización con el principio de capacidad contributiva. A partir de esta contextualización se examinó, como primer problema jurídico, el desempeño de la *aequitas* para compensar la falta de reconocimiento del principio de capacidad contributiva en el régimen legal ecuatoriano.

Se presentaron dos roles fundamentales de la equidad como principio tributario. En primer lugar, como herramienta útil para el cumplimiento del fin extrafiscal de la redistribución de la riqueza a través de sistemas como la progresividad de las tarifas. En segundo lugar, se estudió a la equidad como límite a la configuración normativa tributaria, sirviendo así de anclaje para evitar que las normas vulneren garantías como la igualdad formal y material consagradas en la Constitución de la República del Ecuador de 2008.

Bajo estos preceptos, en concordancia con lo abordado, se analizó el segundo problema jurídico que trata sobre el sistema de rebajas implementado por la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y la Sostenibilidad Fiscal tras la pandemia COVID-19 y la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar para el cálculo del impuesto a la renta de personas naturales, con miras a determinar si en dichos preceptos legales se observan los axiomas de equidad y capacidad contributiva. Por consiguiente, y tras una evaluación global, se llegó a la siguiente conclusión: la estructura de dicho

sistema infringe ambos principios al disponer valores fijos para realizar el cálculo del impuesto.

En el escenario fiscal del año 2022, el sistema de rebajas contemplaba dos clasificaciones para su descuento, que atendían al hecho de superar o no un ingreso bruto anual de USD 24 967,86 sin tomar en cuenta la equidad horizontal y vertical. Mientras que, en el escenario fiscal de 2023, existe una desconexión con los gastos reales efectivos en los que podría incurrir el contribuyente, permitiendo así que las rebajas tengan como fundamento las cargas familiares, lo cual persiste en no contemplar los gastos reales. Además, ambas reformas conservan una restringida atención a los gastos personales debido que, en proporción a lo que representan, se implementa un mínimo descuento, a diferencia de la relevancia que tenían en el anterior esquema de deducciones.

Por los motivos esgrimidos, se puede evidenciar que, materialmente hablando, el principio de equidad no ha sido insertado íntegramente dentro de las reformas legales, a pesar de que existe la obligación legal de hacerlo por su presencia expresa en la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Pese a que la corriente doctrinal preponderante ha reconocido el lazo indisoluble e interrelacionado entre la equidad y la capacidad contributiva, es evidente que la omisión de la validación del segundo axioma no nace debido a una traba legal o constitucional; más bien, esta situación se deriva de la elección intencionada del Ejecutivo de turno. Como recomendación final, los poderes políticos que tengan la posibilidad de crear tributos deben respetar los principios de capacidad contributiva y equidad para conservar la justicia tributaria.

# NMS

NARANJO  
MARTÍNEZ  
& SUBÍA



 @nms\_law

 Naranjo Martínez & Subía (NMS)

[www.nmslaw.com.ec](http://www.nmslaw.com.ec)



# Levantamiento del velo societario a instituciones bancarias: reflexiones sobre su eficiencia

*Piercing the corporate veil of banks:  
thoughts regarding its efficiency*

CINTHIA DOMÉNICA ROSERO ROMERO\*

**Recibido / Received:** 03/06/2023

**Aceptado / Accepted:** 09/08/2023

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.2990>

**Citación:**

Rosero C. “Levantamiento del velo societario a instituciones bancarias: reflexiones sobre su eficiencia”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.2990>

---

\* Banco Central del Ecuador, Asistente de Asesoría Jurídica, casilla postal 339, Quito 170409, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: [cinthia.rosero16@gmail.com](mailto:cinthia.rosero16@gmail.com), ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0007-6971-6890>

## RESUMEN

La legislación ecuatoriana extiende la responsabilidad de las pérdidas patrimoniales de una entidad financiera liquidada forzosamente a los accionistas con propiedad patrimonial con influencia. El presente trabajo determinó que dicha extensión de responsabilidad desconoce la responsabilidad limitada y constituye un caso de levantamiento del velo societario. Metodológicamente, se realizó un análisis cualitativo y teórico de los costos y beneficios de la figura para determinar si promueve la estabilidad financiera y protege al usuario financiero. Se estableció que el levantamiento del velo societario no protege al usuario, pues no cumple con las funciones de un seguro de depósitos. Asimismo, se señaló que, si bien esta medida reduce la toma de decisiones riesgosas y promueve la estabilidad financiera, desincentiva la inversión en bancos y limita el crecimiento del mercado financiero. Se concluyó que el levantamiento del velo societario es una medida gravosa frente a otras regulaciones que permiten alcanzar los mismos objetivos.

## PALABRAS CLAVE

Responsabilidad limitada; levantamiento del velo societario; insolvencia bancaria; estabilidad financiera; usuario financiero

## ABSTRACT

*Ecuadorian law extends the liability for equity losses of a financial entity that has been compulsorily liquidated to shareholders with equity ownership with influence. This paper determines that such extension of liability ignores limited liability and constitutes a case of corporate veil piercing. Methodologically, a qualitative and theoretical analysis of the costs and benefits of this figure was conducted in order to determine whether it promotes financial stability and protects consumers. This paper establishes that lifting the corporate veil does not protect consumers, since it does not fulfill the functions of deposit insurance. And although this measure reduces risky decisions and promotes financial stability, it discourages investment in banks and limits the growth of the financial market. This paper concludes that lifting the corporate veil is a burdensome measure compared to other regulations that pursue the same benefit.*

## KEYWORDS

*Limited responsibility; corporate veil piercing; bank failure; financial stability; financial user*

## 1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad limitada es una característica trascendental de la compañía de capital, principal vehículo de inversión en la actualidad. Gracias a la responsabilidad limitada, los accionistas pueden invertir pasivamente en firmas a un costo de capital menor, transferir libremente sus acciones y diversificar su portafolio.<sup>1</sup> Por ello se ha calificado a esta figura como “el mayor descubrimiento de la época moderna”.<sup>2</sup> La responsabilidad limitada es fundamental para la promoción y el desarrollo de la actividad empresarial.

Esta figura se ha incorporado de manera casi universal en las firmas modernas,<sup>3</sup> incluso en aquellas que están sometidas a una regulación especial, como los bancos. La responsabilidad limitada en una entidad financiera promueve la inversión y estimula el crecimiento del mercado financiero que, bajo ciertas condiciones, impulsa el desarrollo económico.<sup>4</sup>

Los bancos tienen un rol fundamental en la economía, puesto que agregan capital y conectan a individuos e instituciones que lo necesitan; y quienes ya lo tienen facilitan pagos a través de un sistema de pagos y seleccionan y monitorean proyectos que requieren financiamiento.<sup>5</sup> Sin embargo, los bancos son instituciones frágiles debido al ejercicio de transformación de liquidez, madurez y crediticia que realizan.<sup>6</sup> A dicha fragilidad inherente se le suma el problema de riesgo moral, que incentiva a los accionistas a externalizar los riesgos y a no responder por los efectos del fallo del banco.

Las consecuencias del fallo de un banco pueden extenderse no solo al sistema financiero, sino también a la economía real. Ecuador es una nación familiarizada con los daños económicos y sociales que genera el fallo de una entidad bancaria. Tras la crisis financiera de finales del siglo XX, los depositantes fueron afectados por “el pago incompleto de la garantía de depósitos en el caso de los bancos cerrados, la erosión del valor de los depósitos causada por el congelamiento [...] y la pérdida de valor de los depósitos post-dolarización por vía de la tasa de interés negativa”.<sup>7</sup> Además, el subempleo aumentó “de 8 % en 1998 a 17 % a mediados de 1999, mientras que la pobreza urbana pasó del

1 Eilís Ferran, y Look Chan Ho, “Use and Abuse of the Corporate Form as a Vehicle for Raising Finance and Managing Financial Risk”, en *Principles of Corporate Finance Law*, eds. Eilís Ferran y Look Chan Ho (Nueva York: Oxford University Press, 2014), 7-12.

2 Nicholas Butler, “Politics and Economics” (discurso, 143<sup>rd</sup> Annual Banquet of the Chamber of Commerce of the State of New York, Nueva York, 1911) (traducción no oficial).

3 Reiner Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law* (Nueva York: Oxford University Press, 2017), 8.

4 Asli Demirgüç-Kunt, y Ross Levine, “Finance, Financial Sector Policies, and Long-Run Growth” (documento de trabajo, *Policy Research Working Paper No. 4469*, The World Bank Development Research Group Finance and Private Sector Team, Washington, 2008, 59-60).

5 John Armour et al., *Principles of Financial Regulation* (Nueva York: Oxford University Press, 2016), 77-83.

6 *Ibid.*, 424-5.

7 Augusto de la Torre, y Yira Mascaró, *La gran crisis ecuatoriana de finales de los noventa* (Quito: Corporación de Estudios para el Desarrollo, 2011), 63.

36 al 65 %”.<sup>8</sup> En conjunto, la producción nacional se redujo, lo que se reflejó en la caída del PIB de “US\$ 20 000 millones anuales en el cuarto trimestre de 1998 a alrededor de US\$ 8000 millones anuales en enero de 2000”.<sup>9</sup>

A partir de entonces, la rigurosidad de la regulación y supervisión financiera ha sido un foco importante en la normativa ecuatoriana. En este contexto, además de las medidas regulatorias bancarias tradicionales para tratar los fallos derivados de la actividad bancaria —por ejemplo, requisitos de capital, requisitos de liquidez y seguros de depósitos—, el legislador ecuatoriano ha considerado necesario restringir el principio de responsabilidad limitada a través de una normativa que extiende la responsabilidad de las instituciones bancarias sometidas a un proceso de liquidación forzosa a sus accionistas, entre otros. Corresponde resolver la siguiente interrogante: ¿en qué medida esta extensión —que para efectos de este trabajo se denominará levantamiento del velo societario de entidades bancarias— es beneficiosa?

A fin de resolver la pregunta de investigación, el presente trabajo estudiará el alcance del concepto de levantamiento del velo societario y su justificación. Asimismo, se establecerán las diferencias entre el levantamiento del velo societario a una entidad financiera y a una entidad no financiera. Finalmente, se realizará un análisis de los aparentes beneficios de dicha figura y se determinarán los costos de su implementación desde una perspectiva cualitativa y teórica.

## 2. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

A continuación se conceptualizará la figura de levantamiento del velo societario, se analizará el régimen de responsabilidad de los accionistas de instituciones financieras y se indicarán las distintas posturas doctrinarias sobre el levantamiento del velo societario en este sector.

### 2.1. CONCEPTUALIZACIÓN DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

La responsabilidad limitada es una figura que impide responsabilizar a los accionistas de las deudas o los daños extracontractuales de la firma.<sup>10</sup> Toda vez que la responsabilidad limitada reduce el riesgo en el que incurren los accionistas cuando realizan una inversión, disminuye los costos de monitoreo y permite realizar inversiones pasivas.<sup>11</sup> Además, facilita la diversificación de

8 Carlos Larrea, “Crisis, dolarización y pobreza en el Ecuador”, en *Retos para la integración social de los pobres en América Latina*, comp. Carlos Barba Solano (Buenos Aires: CLACSO, 2009), 219.

9 De la Torre y Mascaró, *La gran crisis ecuatoriana*, 45.

10 Stephen Bainbridge, *Abolishing Veil Piercing* (Cambridge: Harvard Law School, 2000): 2, [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=236967](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=236967).

11 Ferran y Chan Ho, “Use and Abuse of the Corporate Form”, 7-12.

portafolio, minimizando el riesgo asociado con la inversión.<sup>12</sup> Igualmente, permite la libre transferencia de acciones, puesto que el patrimonio de los accionistas se vuelve irrelevante dado que no responderán por las deudas de la firma.<sup>13</sup> Por lo tanto, la responsabilidad limitada promueve la formación de capital y el crecimiento económico.<sup>14</sup>

Si bien la responsabilidad limitada posee múltiples beneficios, conlleva un problema de riesgo moral, pues los accionistas de la firma tienen incentivos para promover la inversión en proyectos más riesgosos de los que preferiría un acreedor, siendo el acreedor quien asume el riesgo en caso de quiebra, es decir, el accionista externaliza ese riesgo.<sup>15</sup> Debido a ello, el principio de responsabilidad limitada ha sido restringido por el ordenamiento, tanto en el sector financiero como en el no financiero. A fin de que los accionistas internalicen ciertos tipos de riesgos y se minimicen las externalidades, se ha considerado necesario determinar hipótesis bajo las cuales se responsabilice a los accionistas de las deudas de una firma. Uno de estos métodos ha sido el levantamiento del velo societario.

En el sentido amplio, se puede definir al levantamiento del velo societario como una limitación a los principios aceptados de existencia de la firma como una entidad legal separada de sus propietarios: la no responsabilidad de los propietarios por las deudas de la firma y la licitud de crear la firma con el único objetivo de limitar la responsabilidad de sus dueños.<sup>16</sup> En consecuencia, es una medida mediante la cual se responsabiliza a los accionistas de las deudas de una firma de responsabilidad limitada.

Las causales por las que se puede implementar esta figura no son uniformes. Sin embargo, usualmente se exige que los accionistas hayan cometido una “conducta peyorativa”<sup>17</sup> que haya involucrado un “uso indebido de la forma societaria”, como la subcapitalización, superposición de funciones o falsa representación de los activos y de la situación financiera de la firma.<sup>18</sup>

La existencia de cualquier circunstancia bajo la cual los accionistas puedan ser responsabilizados de las acreencias de la firma, aunque las formalidades del procedimiento corporativo se hayan observado, implica descartar el principio de responsabilidad limitada.<sup>19</sup> Por lo tanto, el levantamiento del velo

12 Bainbridge, *Abolishing Veil Piercing*, 14.

13 Ferran y Chan Ho, “Use and Abuse of the Corporate Form”, 7-12.

14 Bainbridge, *Abolishing Veil Piercing*, 36.

15 *Ibid.*, 14.

16 Morris c. New York State Dept of Taxation and Finance, 623 NE 2d 1157, 1160 (NY 1993), citado en Tim Prudhoe, y Jessica Notebaert, “Piercing the Veil: An American Introduction”, *Trusts & Trustees* 16, n.º 9 (octubre 2010): 728, <https://doi.org/10.1093/tand/ttq097>.

17 Robert Thompson, “Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study”, *Cornell Law Review* 76, n.º 5 (julio 1991): 1071, <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol76/iss5/2>.

18 *Ibid.*, 1044-5.

19 Henry Hansmann, y Reiner Kraakman, “Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts”, *The Yale Law Jour-*

societario no solo sucede por la vía judicial, sino también cuando se extiende la responsabilidad a accionistas de una firma que, en un inicio, poseía responsabilidad limitada.

Este levantamiento quebranta los pilares fundamentales de la compañía de capital y, por ello, ha sido objeto de un fuerte debate doctrinario en el que unos propugnan su absoluta abolición y otros defienden su conveniencia. La principal corriente que apoya esta medida justifica su aplicación en las externalidades, por ejemplo, Hansmann y Kraakman determinan que es imperativa para contrarrestar la externalización de costos por parte de una firma.<sup>20</sup>

En contraste, la doctrina que rechaza esta figura considera que los costos de emplearla son mayores a sus beneficios. Armour sostiene que levantar el velo societario de una firma reduciría los incentivos de invertir, obstaculizando la obtención de capital y, en última instancia, el crecimiento económico.<sup>21</sup> De igual forma, el autor mantiene que, debido a la vaguedad del concepto, parece poco probable que el uso de esta figura responda a las externalidades negativas.<sup>22</sup> Si bien no se ha llegado a un consenso doctrinario sobre el alcance adecuado del levantamiento del velo societario, el uso de esta figura se ha extendido a varias áreas del Derecho, incluyendo el Derecho Financiero.

## 2.2. LA RESPONSABILIDAD LIMITADA EN EL SECTOR FINANCIERO

En virtud de las externalidades que podría ocasionar el fallo de un banco, en un inicio, la responsabilidad ilimitada de los accionistas se consideraba un distintivo de prudencia en el sector bancario.<sup>23</sup> Como toda firma, el banco falla cuando cae en insolvencia de balance y sus pasivos son mayores que sus activos.<sup>24</sup>

Añadiendo “los bancos mantienen activos ilíquidos a largo plazo, son vulnerables a retiros masivos de los depósitos líquidos a corto plazo”.<sup>25</sup> En este caso, el banco puede caer en insolvencia de liquidez si es incapaz de satisfacer el número de retiros, incluso liquidando activos o realizando inversiones a largo plazo.<sup>26</sup> La insolvencia de liquidez puede derivar en insolvencia de balance si el banco debe liquidar sus activos a un valor menor al del mercado para ser líquido y satisfacer los retiros.<sup>27</sup>

*nal* 100, n.º 7 (mayo 1991): 1932, <http://hdl.handle.net/20.500.13051/8625>.

20 *Ibid.*, 1903.

21 Bainbridge, *Abolishing Veil Piercing*, 22.

22 Stephen Bainbridge, “Abolishing LLC Veil Piercing”, *University of Illinois Law Review*, n.º 1 (junio 2005): 77-106, <https://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2005/11/Bainbridge.pdf>.

23 Ferran, y Chan Ho, “Use and Abuse of the Corporate Form,” 6.

24 Kern Alexander, “The Role of Capital in Supporting Bank Failure”, en *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, eds. Niamh Moloney, Eilis Ferran y Jennifer Payne (Nueva York: Oxford University Press, 2015), 469.

25 Colin Mayer, “Economic Development, Financial Systems and the Law”, en *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, eds. Niamh Moloney, Eilis Ferran y Jennifer Payne (Nueva York: Oxford University Press, 2015), 95 (traducción no oficial).

26 Armour et al., *Principles of Financial Regulation*, 426.

27 *Ibid.*, 478.

En este orden de ideas, el fallo de una institución bancaria es distinto al de una firma comercial. Como menciona Kaufman: “la quiebra de un banco puede poner en marcha un efecto dominó que haga caer a otros bancos del país”.<sup>28</sup> El efecto dominó puede extenderse a la economía real, puesto que se perjudicará al sistema de pagos y se disminuirá agregación de capital a firmas no financieras, pudiendo derivar en una crisis económica.<sup>29</sup> Por ende, el fallo del banco genera externalidades que consisten en “costos impuestos a terceros fuera de los mecanismos voluntarios del mercado”.<sup>30</sup>

Resulta que las instituciones bancarias son inherentemente frágiles, por lo que la toma de decisiones riesgosas aumenta considerablemente su posibilidad de quiebra, y los efectos de su fallo podrían extenderse a niveles macroeconómicos. De ahí que los bancos, originariamente, fueran firmas de responsabilidad limitada.

A pesar de lo mencionado, a inicios del siglo XIX, se reemplazó la responsabilidad ilimitada en el sector bancario con regímenes de responsabilidad extendida. Por ejemplo, en Estados Unidos se implementó la doble responsabilidad.<sup>31</sup> Sin embargo, a mediados del siglo XX, tras varias crisis financieras, se consideró que la responsabilidad extendida era ineficaz para hacer frente a la quiebra bancaria y proteger a los acreedores.<sup>32</sup> Asimismo, el crecimiento de los bancos generó que la administración se separase de la propiedad y que esta se desconcentrase en accionistas dispersos y anónimos.<sup>33</sup> Es así como la responsabilidad limitada se extendió al sector bancario y se transformó en una figura sustancial para su desarrollo.

### 2.3. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN EL SECTOR FINANCIERO

Dado que en la actualidad las instituciones financieras son firmas de responsabilidad limitada, es imperativo determinar si el levantamiento del velo societario es una medida que se ajusta a la lógica regulatoria a la que están sometidas dichas entidades. Algunos han considerado que el levantamiento del velo societario es una medida imperativa para evitar el fallo de un banco y mitigar sus efectos, en tanto que otros consideran que la implementación de dicha figura únicamente

28 George Kaufman, “Bank Runs Causes, Benefits, And Costs”, *Cato Journal* 7, n.º 3 (1988): 579 (traducción no oficial), <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/cato-journal/1988/1/cj7n3-2.pdf>.

29 Armour et al., *Principles of Financial Regulation*, 123.

30 Francesco Parisi, “Liability for Pure Financial Loss: Revisiting the Economic Foundations of a Legal Doctrine”, en *Pure Economic Loss in Europe*, eds. Mauro Bussani y Vernon Valentine (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 77.

31 Felipe Aldunate et al., “Shareholder Liability and Bank Failure” (documento de trabajo, *Working Paper No. 9168, Center for Economic Studies*, Múnich, junio 2021, 3). En ese trabajo se indica que los accionistas de firmas con doble responsabilidad “por cada acción bancaria con un valor nominal de 100 dólares se enfrentaban a una penalización adicional de (como máximo) 100 dólares en caso de quiebra del banco”.

32 Andrew Haldane, “Control Rights (and Wrongs)” (discurso, *Wincott Annual Memorial Lecture*, Londres, 2011).

33 Ibid.

incrementaría los costos sociales. A continuación se expondrán las distintas posturas sobre el levantamiento del velo societario a entidades bancarias.

Una parte de la doctrina apoya el levantamiento del velo societario a instituciones bancarias como una estrategia regulatoria con efectos *ex ante*. El riesgo moral inherente a toda compañía de capital se exagera en una institución bancaria por la existencia del esquema de garantía de depósitos o seguro de liquidez. Como menciona Mark Flannery, toda vez que los activos más riesgosos involucran un mayor retorno y los costos del depósito no varían con el riesgo, el banco maximiza sus ganancias adquiriendo los activos más riesgosos.<sup>34</sup>

De ahí surge el levantamiento del velo societario como una herramienta que “reforzaría los incentivos de los accionistas para vigilar a las SIFI y evitaría que adopten conductas excesivamente arriesgadas y socialmente perjudiciales”.<sup>35</sup> Por lo tanto, el levantamiento del velo sería un medio para disuadir a los accionistas de la toma de decisiones riesgosas y, por ende, reducir la probabilidad del fallo del banco.

También se ha considerado que el levantamiento del velo societario tiene efectos de mitigación. Como se mencionó con anterioridad, extender la responsabilidad de las deudas de la institución bancarias a sus accionistas fue la práctica común a inicios del anterior siglo, puesto que funcionaba como una especie de seguro de depósitos para los usuarios financieros, necesario ante la ausencia de un seguro estatal.<sup>36</sup> Toda vez que la regulación *ex post* se centra en mitigar el daño de *shocks* financieros después de que suceden,<sup>37</sup> el levantamiento del velo societario será una regulación efectiva en la medida que permita el pago de las deudas a los acreedores del banco.

En contraste, otra corriente establece que el levantamiento al velo societario es una medida regulatoria innecesaria. A diferencia de otros sectores, el sector bancario está sometido a una regulación específica sobre su estructura de capital, gobierno corporativo y liquidación. La regulación bancaria está diseñada para evitar que los cambios y problemas individuales de los bancos interrumpen las transacciones en la economía y amenacen la confianza en el sistema bancario.<sup>38</sup> En este orden de ideas, se sostiene que la regulación bancaria “reduce los

34 Mark Flannery, “Deposit Insurance Creates a Need for Bank Regulation”, *Business Review* (1982): 20.

35 Alessandro Romano, Luca Enriques, y Jonathan Macey, “Extended Shareholder Liability for Systematically Important Financial Institutions”, *American University Law Review* 69, n.º 1 (enero 2020): 993 (traducción no oficial), <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3471892>.

36 Haelim Anderson, Daniel Barth, y Dong Beom Choi, “Reducing Moral Hazard at the Expense of Market Discipline: The Effectiveness of Double Liability Before and During the Great Depression” (documento de trabajo, *Research Paper No. 18-06, Office of Financial Research of the US Department of the Treasury*, Estados Unidos, octubre 2018, 7). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3265163>.

37 Iman Anabtawi, y Steven Schwarcz, “Regulating Ex Post: How Law Can Address the Inevitability of Financial Failure”, *Texas Law Review* 92, n.º 1 (junio 2013): 93, <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol86/iss4/1>.

38 Kenneth Spong, *Banking Regulation: Its Purposes, Implementation, and Effects* (Kansas City: Federal Reserve of Kansas City, 2000), 7.

potenciales costos asociados con la responsabilidad limitada [...] por lo tanto, cuando existe tal marco normativo, se deben abandonar las doctrinas del levantamiento del velo”.<sup>39</sup> Es decir, bajo esta tesis, el levantamiento del velo societario es una figura obsoleta, puesto que las externalidades que se generan por la actividad de un banco ya están siendo internalizadas por medio del cumplimiento de la regulación.

En síntesis, el levantamiento del velo societario a entidades bancarias tiene efectos *ex ante* y *ex post*. Por lo expuesto, el presente trabajo se enfocará en determinar si la implementación de esta figura permite la consecución de los objetivos de la regulación financiera.

### 3. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

En este apartado se enunciará la normativa legal relevante sobre el levantamiento del velo societario de instituciones bancarias en Ecuador. A fin de tener una mayor comprensión, se determinará la normativa relacionada con el régimen de entidades financieras insolventes y el régimen de responsabilidad de sus accionistas. Para ello se analizarán tres ejes: constitucional, legal y administrativo.

La Constitución da lineamientos generales para el régimen aplicable a instituciones financieras insolventes y el régimen de responsabilidad de los accionistas. Por un lado, la Constitución determina que el Estado no será responsable de la solvencia de las entidades del sector financiero.<sup>40</sup> De esta forma, se insta una prohibición constitucional a la creación de un esquema de garantía de depósitos o un seguro de liquidez con fondos del Estado. Por otro lado, la Constitución prescribe que “las administradoras y administradores de las instituciones financieras y quienes controlen su capital serán responsables de su solvencia”.<sup>41</sup>

En conjunto, se estudiará la Ley de Compañías<sup>42</sup> que señala los lineamientos generales para levantar el velo societario. De igual forma, se abordará el primer libro del Código Orgánico Monetario y Financiero<sup>43</sup> (en adelante COMF), cuerpo normativo que determina las estrategias regulatorias micro y macroprudenciales aplicables a las entidades financieras. En este código se regula de manera general el proceso de liquidación de entidades financieras.

39 Douglas Smith, “Piercing the Corporate Veil in Regulated Industries”, *Brigham Young University Law Review*, n.º 4 (enero 2008): 1165 (traducción no oficial), <https://ssrn.com/abstract=1090027>.

40 Artículo 308, Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R. O. N/D de 25 de enero de 2021.

41 Artículo 308, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

42 Ley de Compañías [LC]. R. O. 312, 5 de noviembre de 1999, reformada por última vez R. O. Primer Suplemento 269 de 15 de marzo de 2023.

43 Código Orgánico Monetario y Financiero [COMF]. R. O. Suplemento de 12 de septiembre de 2014, reformado por última vez R. O. Segundo Suplemento 215 de 22 de diciembre de 2022.

Además, esta ley establece las condiciones que se deben cumplir para levantar el velo societario.<sup>44</sup>

Asimismo, se examinará la norma emitida por los entes de regulación y control del sector financiero. Para ello, se considerará el primer libro de la Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros,<sup>45</sup> en el que se desarrolla con mayor detalle el régimen de liquidación.<sup>46</sup> También se estudiará la Codificación de las Normas de la Superintendencia de Bancos,<sup>47</sup> normativa que determina el proceso para responsabilizar a los accionistas de una entidad financiera.<sup>48</sup>

#### 4. DIFERENCIACIÓN DEL RÉGIMEN APLICABLE A FIRMAS NO FINANCIERAS Y A FIRMAS FINANCIERAS

Debido a la fragilidad de las instituciones bancarias, la regulación sobre su solvencia es diferente a la de las firmas no financieras. En el siguiente apartado se analizarán estas diferencias en cuatro ejes: objetivos de la regulación, externalidades derivadas del fallo, tipo de acreedores y requisitos mínimos de capital, con el fin de establecer las diferencias entre el levantamiento del velo societario de una entidad no financiera y una financiera.

Primero, los fines de la regulación de las firmas no financieras difieren de los de las firmas financieras. Se ha considerado que el principal objetivo del Derecho Corporativo es maximizar el valor de la firma mediante la protección de sus grupos de interés contractuales.<sup>49</sup> En contraste, el principal fin de la regulación bancaria es mantener la estabilidad financiera, lo que implica evitar la producción de externalidades y, en caso de que ocurran, mitigarlas.<sup>50</sup> Asimismo, por razones que se analizarán más adelante, el Derecho Financiero busca proteger a los usuarios mediante diferentes mecanismos.<sup>51</sup>

En tal virtud, el levantamiento del velo societario tendrá diferentes objetivos dependiendo del tipo de firma. Quienes apoyan la implementación de esta figura en firmas no financieras mantienen que su principal objetivo es la internalización de riesgos generados por los accionistas<sup>52</sup> y, en consecuencia, busca el pago de las acreencias de la firma. En el caso de firmas financieras, el levantamiento

44 Artículo 256, COMF.

45 Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros, Resolución n.º 385-2017-A, Junta de Regulación Monetaria y Financiera, R. O. 22 de 26 de junio de 2017, reformada por última vez R. O. 293 de 19 de abril de 2023.

46 Capítulo XXVIII, Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros.

47 Codificación de las Normas de la Superintendencia de Bancos, Resolución SB-2017-810, Superintendencia de Bancos, R. O. Edición Especial 123 de 31 de octubre de 2017, reformada por última vez R. O. Tercer Suplemento 312 de 17 de mayo de 2023.

48 Capítulo IX, Título XVI, Codificación de las Normas de la Superintendencia de Bancos.

49 Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law*, 24.

50 Armour et al., *Principles of Financial Regulation*, 132.

51 *Ibid.*, 129.

52 Bainbridge, *Abolishing Veil Piercing*, 72.

del velo societario, en concordancia con los objetivos principales de la regulación financiera, busca mantener la estabilidad y proteger al usuario.

Segundo, el fallo de una firma —sea financiera o no financiera— genera externalidades negativas. Los empleados de la firma perderán su trabajo, el Gobierno podría cobrar menos impuestos y se podría perder la capacidad de producir determinados bienes y servicios.<sup>53</sup> Sin embargo, los efectos del fallo de un banco tienen una magnitud mayor, pues pueden extenderse fácilmente a otras entidades del sistema financiero y a la economía real. La insolvencia de un banco puede reducir el valor de los activos de otros por una conexión de balances e incentivar el retiro masivo de depósitos, lo que, en conjunto, podría derivar en la insolvencia de otras entidades del sector financiero.<sup>54</sup> En consecuencia, usuarios de distintas entidades perderían sus depósitos, existiría una reducción de agregación de crédito a nivel macroeconómico<sup>55</sup> y se afectaría al sistema de pagos.<sup>56</sup> Esto podría generar una crisis financiera nacional y, en ocasiones, internacional.

Por ende, a fin de disuadir acciones que conlleven al fallo de un banco y minimizar las externalidades que esto podría ocasionar, se ha considerado imperativo establecer normas distintas de las que regulan a las firmas no financieras. En este sentido, como el levantamiento del velo societario de una entidad bancaria busca mitigar las externalidades negativas generadas por una entidad financiera, sería una medida que sigue uno de los principales objetivos de la regulación bancaria: la estabilidad.

Tercero, la protección a los acreedores contractuales de una entidad no financiera difiere radicalmente de la protección otorgada a los acreedores de una entidad financiera. Por regla general, los acreedores contractuales de una entidad no financiera “[...] pueden protegerse por diversos medios contractuales [...] y también pueden ajustarse a los peligros de insolvencia por otros medios, como aumentar su precio o negarse a contratar”.<sup>57</sup> Al contrario, los principales acreedores contractuales de una entidad financiera no pueden protegerse eficientemente mediante un contrato. Los usuarios financieros se encuentran en una situación de desventaja debido a asimetrías de información y a sesgos y limitaciones cognitivas.<sup>58</sup> De ahí que se hayan instaurado varias estrategias para proteger a los usuarios financieros, en contraposición a la cantidad de normas que protegen a acreedores no financieros, cuya intervención regulatoria es mínima.

53 Armour et al., *Principles of Financial Regulation*, 517.

54 John Armour, “Making Bank Resolution Credible”, en *The Oxford Handbook of Financial Regulation*, eds. Niamh Moloney, Eilís Ferran y Jennifer Payne (Nueva York: Oxford University Press, 2015), 631.

55 Ben Bernanke, “Non-monetary Effects of the Financial Crisis in the Propagation of the Great Depression”, (documento de trabajo, *Working Paper No. 10514, National Bureau of Economic Research*, Massachusetts, enero 1983, 15).

56 Mark Flannery, “Financial Crises, Payment System Problems, and Discount Window Lending”, *Journal of Money, Credit and Banking* 28, n.º 4 (noviembre 1996): 804, <https://doi.org/10.2307/2077922>.

57 Louise Gullifer, y Jennifer Payne, *Corporate Finance Law: Principles and Policy* (Oxford: Hart, 2020), 198 (traducción no oficial).

58 Armour et al., *Principles of Financial Regulation*, 331.

Por lo mencionado, la implementación del levantamiento del velo societario para satisfacer acreencias de acreedores contractuales tiene una lógica distinta dependiendo del tipo de firma. En firmas no financieras no se justifica el uso de esta figura para deudas contractuales, pues este tipo de acreedores puede ajustar los términos del contrato para compensar los riesgos que la responsabilidad limitada les impone.<sup>59</sup> Al contrario, en firmas financieras los principales acreedores no poseen la información ni el poder de negociación suficiente para protegerse mediante contratos. Por consiguiente, el levantamiento del velo societario a instituciones financieras sería una medida que busca proteger a los usuarios financieros.

Asimismo, el tratamiento a acreedores involuntarios será distinto según el tipo de firma de que se trate. Parte de la doctrina que apoya el levantamiento del velo societario sostiene que, como los acreedores involuntarios no pueden manejar el riesgo *ex ante*, los accionistas de la firma deben responder con su patrimonio.<sup>60</sup> De esta forma, se considera que responsabilizar a los accionistas por los daños extracontractuales generados por la firma es una medida efectiva para internalizar los costos de la responsabilidad limitada. En contraste, la mayoría de los daños extracontractuales ocasionados por una firma financiera serán puramente económicos y muy remotos para superar un test de causalidad.<sup>61</sup> Debido a ello, incluso con el levantamiento del velo societario, es poco probable que los accionistas de una entidad financiera respondan por cada daño ocasionado a los acreedores involuntarios. Por lo tanto, el levantamiento del velo societario a instituciones bancarias no sería una medida implementada para resarcir de manera directa a dicho tipo de acreedores.

Cuarto, los requisitos de capital tienen efectos diferentes según el sector al que pertenecen las firmas. Prescribir requisitos de capital a firmas no financieras al momento de su constitución se considera ineficiente. Los requisitos mínimos de capital para la constitución de una firma no protegen a los acreedores, pues este habrá desaparecido para cuando la firma entre en insolvencia.<sup>62</sup> En cambio, los requisitos de capital son indispensables para el adecuado funcionamiento de una institución bancaria, puesto que actúa como un colchón, “si los beneficios resultan bajos o incluso negativos, el banco puede reducir el pago a los accionistas sin que se produzca un impago”.<sup>63</sup> Es decir, los requisitos de capital reducen el riesgo de que el banco caiga en insolvencia de balance. Por lo tanto, la regulación obliga a las firmas financieras a cumplir con un patrimonio técnico mínimo, coeficiente de apalancamiento y colchones anticíclicos.<sup>64</sup>

59 Hansmann y Kraakman, “Toward Unlimited Shareholder Liability”, 1919.

60 *Ibid.*, 1921.

61 Romano, Enriques y Macey, “Extended Shareholder Liability”, 990.

62 Kraakman et al., *The Anatomy of Coporate Law*, 124.

63 Ana Admati et al., “Fallacies and Irrelevant Facts in the Discussion on Capital Regulation: Europe and Beyond”, en *Central Banking at a Crossroads*, ed. Charles Goodhart et al. (Nueva York: Anthem Press, 2014), 35.

64 Artículo 190, COME.

A diferencia de la normativa aplicable a una firma no financiera, la regulación financiera tiene una injerencia mayor en la estructura de capital de la firma. Mediante los requisitos de capital se busca evitar *ex ante* que la entidad financiera caiga en insolvencia y ocasione externalidades. “En consecuencia, el marco normativo del sector bancario [...] garantiza que muchos de los peligros potenciales que el levantamiento del velo pretende remediar no se produzcan”.<sup>65</sup> A pesar de ello, existen ocasiones en las que, incluso con una rigurosa regulación de capital, las firmas financieras caen en insolvencia y fallan. Es entonces cuando surge el levantamiento del velo societario como una medida que podría ser implementada de manera complementaria a la regulación de capital.

Es evidente que el levantamiento del velo societario a entidades financieras y no financieras tiene objetivos distintos. El levantamiento del velo societario a entidades no financieras busca, principalmente, reducir las externalidades negativas de una firma mediante el resarcimiento a sus acreedores. En contraste, el levantamiento del velo societario a entidades financieras tiene como objetivos mantener la estabilidad y proteger al usuario financiero. En tal virtud, la norma aplicable para levantar el velo societario depende del tipo de firma.

En Ecuador, el levantamiento del velo societario a firmas no financieras está regulado en la Ley de Compañías. Dicha ley levanta el velo societario mediante la declaración de inoponibilidad de la persona jurídica. Para ello, la ley requiere el cometimiento de “fraudes, abusos o vías de hecho”<sup>66</sup> a nombre de la firma; o bien la celebración del contrato social con la finalidad de violar “[...] la ley, el orden público o la buena fe; [...] encubrir la consecución de fines ajenos a la compañía; [...] o evadir alguna exigencia o prohibición legal, mediante simulación o fraude a la ley”.<sup>67</sup> La declaratoria de inoponibilidad se realiza por vía judicial de manera alternativa, como una pretensión de un juicio por colusión o mediante la acción de inoponibilidad de la personalidad jurídica.<sup>68</sup> Al contrario, el levantamiento del velo societario a firmas financieras tiene un régimen especial, analizado a continuación.

## 5. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO

Toda vez que las entidades bancarias son sociedades anónimas,<sup>69</sup> el COMF reconoce que sus accionistas responderán únicamente hasta el monto de sus aportes.<sup>70</sup> A pesar de reconocer la responsabilidad limitada como característica

65 Smith, “Piercing the Corporate Veil in Regulated Industries”, 990.

66 Artículo 17, LC.

67 Id., Disposición General Tercera.

68 Artículo 17, LC.

69 Artículo 389, COMF.

70 Id., artículo 238.

de las entidades bancarias, el COMF establece una excepción a este principio en su artículo 238:

En caso de liquidación forzosa de una entidad financiera privada, los accionistas que, directa o indirectamente, sean personas con propiedad patrimonial con influencia, responderán inclusive con su patrimonio personal en caso de que hayan incurrido en culpa grave o dolo y culpa leve. Tratándose de accionistas con o sin propiedad patrimonial con influencia, que ejerzan la administración de la entidad financiera privada, responderán solidariamente y por la totalidad del déficit patrimonial, aun por culpa levísima.<sup>71</sup>

Es decir, el COMF extiende la responsabilidad —en principio limitada— de la entidad financiera privada a accionistas calificados en el supuesto de liquidación forzosa. En las subsecciones siguientes se analizará, en detalle, el contenido y los efectos de este artículo.

## 5.1. REQUISITOS PARA LEVANTAR EL VELO SOCIETARIO

Para iniciar el proceso de levantamiento del velo, la Superintendencia de Bancos debe verificar el cumplimiento de ciertos supuestos.<sup>72</sup>

En primer lugar, los accionistas deben ser personas con propiedad patrimonial con influencia. Los accionistas tendrán tal calidad si poseen, de manera directa o indirecta, el 25 % o más del capital suscrito y pagado o del capital social.<sup>73</sup> Se entiende que los accionistas que poseen dicho porcentaje de capital ejercen control sobre la firma y, a diferencia de los accionistas minoritarios, influyen de manera directa en las actividades y decisiones de la firma.

Un accionista de control puede persuadir fácilmente a los administradores a emprender actividades que maximicen sus beneficios personales y a emprender inversiones riesgosas.<sup>74</sup> Además, los accionistas mayoritarios pueden asegurar con diversos mecanismos la percepción de las ganancias obtenidas por las actividades de riesgo de la firma antes de que la misma falle.<sup>75</sup> En tal virtud, la norma se dirige a accionistas que pueden influir en la solvencia del banco.

En segundo lugar, el COMF señala a la liquidación forzosa como el hecho dañoso del cual se genera responsabilidad extendida. Para liquidar la entidad de manera forzosa se debe cumplir con tres condiciones:

<sup>71</sup> Id.

<sup>72</sup> Artículo 3, capítulo IX, título XVI, Codificación de las Normas de la Superintendencia de Bancos.

<sup>73</sup> Artículo 169, COMF.

<sup>74</sup> Nina Maldenson, "A Control-Based Approach to Shareholder Liability for Corporate Torts", *Columbia Law Review* 102, n.º 5 (junio 2002): 1247, <https://repository.law.umich.edu/articles/675>.

<sup>75</sup> Ibid., 1250.

1. La entidad debe estar inmersa en una de las causales de liquidación forzosa.<sup>76</sup>
2. La Superintendencia de Bancos debe disponer la suspensión de operaciones, la exclusión y transferencia de activos y pasivos y designar un administrador temporal.<sup>77</sup>
3. La Superintendencia de Bancos debe emitir una resolución en la que se declare que no fue posible implementar un proceso de exclusión y transferencia de activos y pasivos<sup>78</sup> o que, una vez implementado, este no culminó satisfactoriamente.<sup>79</sup>

Posteriormente, se emite una resolución de liquidación, con la que se inicia el proceso de liquidación<sup>80</sup> y con la que se notifica a la Corporación del Seguro de Depósitos (en adelante COSEDE) a fin de iniciar el pago del seguro de depósitos.<sup>81</sup> Además, para que se configure el daño, tras la liquidación forzosa debe existir una pérdida patrimonial, caso contrario no existirá deuda alguna que se pueda imputar a los accionistas.

Con respecto al daño, resulta imperativo mencionar que la legislación únicamente califica como tal al proceso de liquidación forzosa que culmina con una pérdida patrimonial. Es decir, no se responsabiliza a los accionistas de las externalidades negativas que se generen tras el fallo de un banco, como la quiebra de una firma mercantil o la caída del sistema de pagos. Ello se debe a que la mayoría de los daños extracontractuales generados por el fallo de un banco no superarían un test de causalidad, dado que implicaría extender la responsabilidad *ad infinitum* por las consecuencias de un hecho antijurídico.<sup>82</sup> De ahí que resulte necesario establecer límites razonables al reconocimiento de daños económicos remotos<sup>83</sup> y que la legislación no responsabilice a los accionistas por todas las externalidades del fallo.

En tercer lugar, los accionistas debieron cometer un hecho antijurídico. Una parte de la doctrina considera que un hecho es antijurídico cuando lesiona un interés jurídicamente protegido, el cual vulnera el principio general de no dañar a otros.<sup>84</sup> Es decir, bajo dicho principio, no es imperativo que los accionistas hayan vulnerado una norma específica. Por lo tanto, bastará que el accionista, en ejercicio de sus derechos políticos, haya omitido realizar o haya realizado actividades de control y monitoreo que culminen en la liquidación forzosa de la entidad financiera.

76 Artículo 303, COMF.

77 Id., artículo 292.

78 Id., artículo 304.

79 Id., artículo 298.

80 Id., artículo 304.

81 Artículo 71, capítulo XXIX, Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros.

82 Parísi, "Liability for Pure Financial Loss", 90.

83 Ibid.

84 Jorge Medina, *Introducción a la responsabilidad civil extracontractual* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021), 81.

En cuarto lugar, la conducta debe calificar como dolo, culpa grave o leve. Es decir, “la obligación de reparar el daño causado sólo nace si éste no ha observado un estándar de conducta debido”.<sup>85</sup> En esta línea, el estándar mínimo de diligencia que deben cumplir los accionistas con propiedad patrimonial con influencia es mayor al del “cuidado ordinario”.<sup>86</sup> La Superintendencia de Bancos será la entidad que determine este alcance en actividades de control y monitoreo de una entidad financiera. Resulta, entonces, que la única hipótesis bajo la cual no habría extensión de responsabilidad es la de culpa levísima, pues el dolo y cualquiera de los otros tipos de culpa, ya sea culpa grave o culpa leve, permiten esta extensión.

En quinto lugar, la norma presume de hecho el nexo causal entre el hecho antijurídico del accionista y la liquidación forzosa del banco. El artículo 238 del COMF no establece como requisito que la culpa o el dolo de los accionistas ocasione la liquidación forzosa de la entidad. Toda vez que es una presunción de hecho,<sup>87</sup> los accionistas pueden alegar la ausencia del nexo causal para no ser responsabilizados. A pesar de lo mencionado, la inversión de la carga de la prueba se justifica cuando probar “[...] los hechos que invoca el actor puede resultar particularmente difícil de obtener, poniendo el peligro la posibilidad de encontrar tutela jurisdiccional efectiva, al generar indefensión”.<sup>88</sup> Sin embargo, la Superintendencia de Bancos determina la verificación de los requisitos para responsabilizar a los accionistas,<sup>89</sup> por lo que, en su calidad de supervisor, no se encuentra en desventaja alguna en relación con los accionistas.

Por todo ello, es imperativo considerar que el COMF prescribe lo siguiente:

Art. 207.- Quiebra fraudulenta de persona jurídica.- Cuando una entidad financiera sea puesta en liquidación forzosa, se presumirá que es consecuencia de actos dolosos cometidos por los administradores, funcionarios o empleados que hubiesen participado en cualquiera de los actos señalados por el Código Orgánico Integral Penal.<sup>90</sup>

En tal virtud, la norma determina dos presunciones. Por un lado, se presume que la conducta de los administradores, funcionarios o empleados fue dolosa. Así, la conducta de un accionista con propiedad patrimonial con influencia que también haya sido administrador, funcionario o empleado del banco se presume dolosa.

85 Enrique Barros, “La culpa en la responsabilidad civil”, *Ensayos Jurídicos*, n.º 1 (2005): 4, <https://derecho.uahurtado.cl/web2021/wp-content/uploads/2013/06/culpa-responsabilidad-civil.pdf>.

86 Artículo 29, Código Civil [CC]. R. O. Suplemento 46 de 24 de junio 2005, reformado por última vez R. O. Edición Constitucional 15 de 14 de marzo de 2022.

87 Artículo 32, CC.

88 Juan Carlos García, “Los instrumentos procesales de flexibilización de la prueba en la responsabilidad civil médica”, *Derecho y Cambio Social* 57 (septiembre 2019): 139.

89 Artículo 3, capítulo IX, título XVI, Codificación de las Normas de la Superintendencia de Bancos.

90 Artículo 305, COMF.

Por otro lado, se presume el nexo causal entre la conducta dolosa de los sujetos señalados en dicho artículo y la liquidación forzosa de la entidad. En consecuencia, el COMF acoge la teoría de causalidad de equivalencia de las condiciones al considerar que, para la producción de la liquidación forzosa, confluyeron una multiplicidad de causas, todas ellas equivalentes.<sup>91</sup> Las presunciones mencionadas generan una inusual amplitud del nexo causal que obstaculiza realizar un análisis individualizado sobre la determinación de hechos jurídicamente relevantes.<sup>92</sup> Es así como la extensión de responsabilidad podría implementarse sin un estudio riguroso sobre los factores que ocasionaran el fallo del banco, disminuyendo, nuevamente, la excepcionalidad de la figura.

## 5.2 EL ARTÍCULO 238 DEL CÓDIGO ORGÁNICO MONETARIO Y FINANCIERO COMO UN SUPUESTO DE LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

Si bien la norma exige la verificación de los elementos de la responsabilidad extracontractual para que un accionista sea responsabilizado, no insta un régimen de responsabilidad extracontractual directa ni indirecta. Por un lado, el artículo no establece un régimen de responsabilidad directa, pues los accionistas no responden ante el banco por el daño que ocasionaron con su conducta antijurídica. Al contrario, responden ante los acreedores por las deudas de la institución financiera. Es decir, bajo este artículo se responsabiliza a los accionistas por las obligaciones contractuales del banco.

Por otro lado, no se contempla un régimen de responsabilidad indirecta, pues este es una clase de responsabilidad civil extracontractual.<sup>93</sup> El artículo determina que los accionistas son responsables de las pérdidas patrimoniales del banco y, si bien pueden existir obligaciones no satisfechas provenientes de un delito o cuasidelito, las acreencias no cubiertas provendrán usualmente de obligaciones contractuales. Sumado a ello, este tipo de responsabilidad requiere la existencia de “[...] un deber de cuidado, vigilancia y dependencia que tiene el responsable sobre la persona que efectivamente causa el daño”.<sup>94</sup> En este aspecto, las accionistas de firmas con responsabilidad limitada no tienen un deber de monitorear o vigilar la firma. En tal virtud, el artículo analizado no se acoge a un régimen de responsabilidad indirecta.

91 Rosalena González Ulate, “El nexo de causalidad en la teoría de la responsabilidad civil: Breves reflexiones a partir de la confrontación entre la doctrina y la jurisprudencia de la Sala Primera”, [https://salaprimera.poder-judicial.go.cr/phocadownload/Temas\\_jurisprudenciales/Causalidad.pdf](https://salaprimera.poder-judicial.go.cr/phocadownload/Temas_jurisprudenciales/Causalidad.pdf).

92 Juan Diego Agudelo, “Causalidad e imputación: La coherencia interna de la teoría de la imputación objetiva en la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 41 (julio-diciembre 2021): 325-6, <https://doi.org/10.18601/01234366.n41.11>.

93 Javier Tamayo Jaramillo, “Responsabilidad civil por el hecho ajeno”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 53 (1981): 123.

94 Medina, *Introducción a la responsabilidad civil extracontractual*, 113.

Si bien el artículo tampoco recoge explícitamente los supuestos tradicionales para levantar el velo societario, se basa en nociones similares. Sobre este punto, se debe considerar que, a pesar de no existir una aplicación homogénea de la figura, la doctrina tradicional generalmente exige el cumplimiento de tres requisitos.

Primero, la firma no debe poseer activos suficientes para satisfacer la acreencia que se reclama.<sup>95</sup> Esto se puede observar también en el artículo 238, cuya aplicación exige que los activos del banco sean insuficientes para cubrir los pasivos.<sup>96</sup>

Segundo, el accionista debe haber ejercido control sobre la firma.<sup>97</sup> Toda vez que el artículo 238 responsabiliza a los accionistas con propiedad patrimonial con influencia, también requiere que los accionistas hayan tenido control sobre la firma.

Tercero, previo a levantar el velo, los accionistas debieron haber cometido una “conducta peyorativa”<sup>98</sup> que haya involucrado un “uso indebido de la forma societaria”. No existe uniformidad en la delimitación de dicha conducta; no obstante, usualmente consiste en una conducta dolosa como la subcapitalización, superposición de funciones o falsa representación de los activos y de la situación financiera de la firma.<sup>99</sup>

Bajo esta misma línea, la Ley de Compañías, por ejemplo, exige una conducta dolosa, pues requiere que la firma se haya creado para cometer fraude<sup>100</sup> o se haya cometido fraude en su nombre.<sup>101</sup> Sin embargo, el artículo 238 del COMF se separa de la doctrina tradicional, pues responsabiliza a los accionistas hasta por culpa leve, ampliando de manera considerable los supuestos bajo los que se levanta el velo societario.

En definitiva, el artículo establece una premisa bajo la cual los accionistas de una entidad financiera responden por deudas de la firma con su patrimonio personal. Si bajo cualquier circunstancia los accionistas de una firma con responsabilidad limitada son responsabilizados de las acreencias de esta, se descarta el principio de responsabilidad limitada.<sup>102</sup> De este modo, el artículo 238 constituye una hipótesis de levantamiento del velo societario.

95 Bainbridge, *Abolishing Veil Piercing*, 39.

96 Artículo 4, título XVI, Codificación de las Normas de la Superintendencia de Bancos.

97 Bainbridge, *Abolishing Veil Piercing*, 37.

98 Thompson, “Piercing the Corporate Veil”, 1071.

99 *Ibid.*, 1044-5.

100 Disposición General Tercera, LC.

101 *Id.*, artículo 17.

102 Hansmann y Kraakman, “Toward Unlimited Shareholder Liability”, 1932.

### 5.3. PROCEDIMIENTO PARA LEVANTAR EL VELO SOCIETARIO

Teniendo esto en consideración, corresponde determinar el procedimiento para levantar el velo societario bajo el artículo 238 del COMF. Se debe considerar que, al ser un proceso seguido por la Superintendencia de Bancos, es un procedimiento administrativo y, por lo tanto, constituye uno de los supuestos en los que, excepcionalmente, se levanta el velo societario fuera de la vía judicial.<sup>103</sup> Por ende, a diferencia del proceso señalado en la Ley de Compañías, no existe un proceso judicial tramitado en la vía ordinaria.<sup>104</sup> Siguiendo esta línea, durante o después del procedimiento, se emiten actos administrativos que pueden ser impugnados ante sede administrativa mediante el recurso de apelación o el extraordinario de revisión<sup>105</sup> o ante sede judicial.<sup>106</sup>

El proceso comienza con el cierre del proceso de liquidación y la determinación de la pérdida patrimonial.<sup>107</sup> Si no existiera pérdida patrimonial, no existirían acreencias que imputar a los accionistas. A continuación, la Superintendencia de Bancos comprueba qué accionistas cumplen las condiciones para ser responsabilizados.<sup>108</sup> Tras ello, este órgano de control inicia los juicios coactivos en su contra.<sup>109</sup> La Superintendencia de Bancos deduce el monto incurrido en la acción de cobro de los valores obtenidos en los juicios coactivos. Posteriormente, se envía el restante a la entidad cesionaria de los activos de la entidad financiera liquidada.<sup>110</sup> Dicha entidad es la encargada de pagar a los acreedores en el orden de prelación prescrito en el artículo 315 del COMF.<sup>111</sup>

Existen ciertas dificultades relacionadas con el pago a los acreedores del banco. La Codificación de las Normas de la Superintendencia de Bancos determina que una entidad cesionaria está encargada de pagar a los acreedores. La entidad cesionaria es aquella a la que se transfieren los activos de una entidad financiera en liquidación durante un procedimiento de transferencia y exclusión de activos.<sup>112</sup> Previo a la liquidación, siempre existirá una resolución de inicio del procedimiento de transferencia y exclusión de activos,<sup>113</sup> pero dicho proceso no siempre culminará con la transferencia de activos a una entidad cesionaria.<sup>114</sup> Por lo tanto, existe un vacío legal sobre la entidad encargada del pago a los acreedores cuando no existe una entidad cesionaria. Sumado a ello, es imperativo considerar que el pago solo podrá ser realizado

103 Artículo 17, LC.

104 Id., Disposición General Tercera.

105 Capítulo III, título XIV, Codificación de las Normas de la Superintendencia de Bancos.

106 Artículo 173, CRE.

107 Artículo 4, título XVI, Codificación de las Normas de la Superintendencia de Bancos.

108 Id., artículo 6.

109 Id.

110 Id.

111 Id., Disposición General Primera.

112 Artículo 4, capítulo III, título XVI, Codificación de las Normas de la Superintendencia de Bancos.

113 Artículo 292, COMF.

114 Id., artículo 296.

si el patrimonio de los accionistas responsabilizados es mayor al monto de la pérdida patrimonial.

En este aspecto, es imperativo considerar que tramitar el levantamiento del velo societario por vía administrativa afecta a la excepcionalidad de su aplicación. El trámite mediante la vía administrativa descarta la existencia de un proceso de conocimiento que califique la verificación de los requisitos en el numeral anterior y, en consecuencia, reduce el estándar para probar su cumplimiento. Además, toda vez que se sigue un procedimiento coactivo para exigir el cumplimiento de las deudas de la firma, se limita las excepciones que puede interponer el accionista responsabilizado<sup>115</sup> y se condiciona la suspensión de la ejecución a la consignación de un porcentaje de la deuda.<sup>116</sup> Por lo tanto, la implementación de este proceso reduce el carácter extraordinario del levantamiento del velo societario.

## **6. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO**

Corresponde determinar si el levantamiento del velo societario es una medida eficiente para la promoción de la estabilidad financiera y protección al usuario financiero. En caso de que cumpla con dichos objetivos, se justifica el quebrantamiento del principio de responsabilidad limitada. En el siguiente apartado se realizará un análisis teórico y cualitativo de los beneficios que se atribuyen a esta figura y posteriormente se determinarán los costos de su implementación.

### **6.1. BENEFICIOS DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO**

Doctrinariamente, se atribuyen varios beneficios al levantamiento del velo societario de entidades financieras. Se considera que es una medida que garantiza los depósitos de los usuarios financieros, reduce la toma de riesgos e incentiva el monitoreo de los accionistas. A continuación se estudiarán dichos beneficios en el contexto ecuatoriano y se examinará si se cumplen los objetivos de la regulación bancaria.

---

115 Artículo 316, COGEP.

116 Id., artículo 317.

### 6.1.1. LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO COMO SEGURO DE DEPÓSITOS

Existe una corriente que considera al levantamiento del velo societario como una herramienta para constituir un seguro de depósitos *sui generis*. El seguro de depósitos tiene como funciones prevenir las corridas y proveer de liquidez a los depositantes en el caso de que ocurran.<sup>117</sup> De esta manera, el esquema de garantía de depósitos tiene efectos *ex ante* al evitar corridas bancarias y limitar la propagación de la insolvencia de un banco a otro. Además, tiene efectos *ex post* al cubrir los depósitos de los usuarios financieros después del fallo del banco. A pesar de ello, “[...] implica un menor control por parte de los depositantes, lo que permite a los bancos mantener un portafolio más riesgoso”.<sup>118</sup> En esta línea, el seguro de depósitos incentiva a un banco a tomar decisiones riesgosas y no internalizar sus costos.

En Ecuador, el esquema de seguro de depósitos es administrado por la COSEDE y tiene ciertas particularidades. Si bien en la mayoría de países los recursos del esquema de garantía de depósitos proceden del Estado, en Ecuador provienen de contribuciones mensuales de las entidades financieras del sector privado.<sup>119</sup> Sumado a ello, el Estado no puede emitir moneda debido a la dolarización. Es decir, el seguro de depósitos no puede financiarse directa o indirectamente a través de emisión monetaria inorgánica.<sup>120</sup> A esto se agrega la prohibición constitucional de emplear recursos públicos para mitigar los efectos del fallo de un banco.<sup>121</sup> En consecuencia, el riesgo moral inherente al seguro de depósitos es menor en el régimen ecuatoriano, pues los recursos provienen de las mismas entidades financieras, incluyendo la entidad financiera cuyos depositantes se benefician del seguro, y el Estado no está facultado para contribuir a su financiamiento.

El proceso de pago del seguro de depósitos inicia con la resolución de liquidación forzosa de una entidad financiera. El liquidador de la entidad financiera elabora una base de datos de las personas que poseen depósitos cubiertos por el seguro,<sup>122</sup> entre los que se encuentran cuentas corrientes, de ahorros y depósitos a plazo fijo.<sup>123</sup> El monto máximo asegurado asciende a los treinta y dos

117 Luc Laeven, “Bank Risk and Deposit Insurance”, *The World Bank Economic Review* 16, n.º 1 (enero 2002): 109-37, <https://doi.org/10.1093/wber/16.1.109>.

118 Russell Cooper, y Thomas W. Ross, “Bank Runs: Deposit Insurance and Capital Requirements”, *International Economic Review* 43, n.º 1 (Febrero 2002): 57 (traducción no oficial), <http://dx.doi.org/10.1111/1468-2354.t01-1-00003>.

119 Artículo 13, capítulo XXIX, Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores y Seguros.

120 Pedro Brito, “Pánicos bancarios, suspensión de convertibilidad y garantía de depósitos: Una revisión general”, *Apuntes de Economía*, n.º 9 (febrero 2000): 32.

121 Artículo 308, CRE.

122 Artículo 35, Codificación del Reglamento de Gestión del Seguro de Depósitos de los Sectores Financieros Privado y Popular y Solidario, Resolución n.º COSEDE-DIR-2016-016, Corporación del Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados, Registro Especial Edición Especial 785, 29 de noviembre de 2016, reformado por última vez R. O. 437 de 22 de abril de 2021.

123 Id., artículo 6.

mil dólares.<sup>124</sup> Tras ello, el COSEDE emite el comprobante de recepción de la base datos y en un término de veinte días realiza el pago a los depositantes. Una vez realizado el pago, el COSEDE se subroga en los derechos de los usuarios financieros<sup>125</sup> y está facultado para iniciar acciones de cobro por los valores cubiertos.

Teniendo esto en consideración, el levantamiento del velo societario es una medida adicional al seguro de depósitos que buscaría proteger a los usuarios financieros y reducir los recursos empleados por el COSEDE en el pago a depositantes. En este sentido, para que el levantamiento del velo societario desempeñe las funciones del seguro de depósitos, debe cumplir con los requisitos propios de esta figura. Sin la verificación de dichos estándares, el levantamiento del velo societario no cumpliría su propósito y, por ende, no otorgaría una protección adicional al usuario financiero.

Primero, debe fijar los tipos de depósitos cubiertos por el seguro de depósitos.<sup>126</sup> El levantamiento del velo societario se realiza una vez que se ha activado el seguro de depósitos del COSEDE y se ha cerrado el proceso de liquidación. Para entonces, los usuarios financieros de la entidad liquidada recibirán sus depósitos por el monto asegurado por el COSEDE y solo restaría cubrir los depósitos por los montos que excedan el valor asegurado. Por lo tanto, los únicos usuarios beneficiados por el levantamiento del velo societario serían quienes posean depósitos por un monto mayor a treinta y dos mil dólares. Según información del COSEDE, menos de un cuarto de los depósitos estaría cubierto totalmente por el seguro.<sup>127</sup> Sin embargo, también se debe considerar que el COSEDE se subroga en los derechos de cobro por los valores cubiertos,<sup>128</sup> por lo que dichos valores se incluyen en los pasivos para determinar la pérdida patrimonial.

Segundo, a fin de evitar las corridas bancarias, el asegurador debe ser capaz de reembolsar rápidamente al usuario financiero.<sup>129</sup> En este caso, para que los usuarios se beneficien del levantamiento del velo societario, la entidad financiera debe haber sido liquidada, la Superintendencia debe haber iniciado juicios coactivos en contra de los accionistas y, una vez obtenidos los valores adeudados, estos deben haberse enviado a la entidad cesionaria de los activos del banco.<sup>130</sup> Por lo tanto, el levantamiento del velo societario no se realiza con la suficiente rapidez para impedir las corridas bancarias, toda vez que “incluso el riesgo de una ligera pérdida o privación temporal de liquidez es suficiente

124 Artículo 328, COMF.

125 Id., artículo 270.

126 International Association of Deposit Insurers, “Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems”, *International Association of Deposit Insurers*, 27, noviembre 2014, <https://www.iadi.org/en/assets/File/Core%20Principles/cprevised2014nov.pdf>.

127 Corporación de Seguro de Depósitos, “Evolución, patrimonio y cobertura del seguro de depósitos, PEM 71-1 EFSD”, enero 2022.

128 Artículo 331, COMF.

129 IADI, “Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems”, 27.

130 Capítulo IX, título XVI, Codificación de las Normas de la Superintendencia de Bancos.

para disponer al depositante a correr”.<sup>131</sup> Resulta que el levantamiento del velo societario no se realiza en una etapa lo suficientemente temprana como para producir los mismos efectos *ex ante* que un seguro de depósitos.

Tercero, los usuarios financieros deben poseer información sobre los límites y el alcance de la cobertura.<sup>132</sup> La norma determina que la Superintendencia de Bancos tiene la facultad de iniciar coactivas en contra de los accionistas con propiedad patrimonial con influencia por el monto total del pasivo insoluto.<sup>133</sup> Por lo tanto, no existe un límite a la cobertura y los usuarios financieros, en teoría, pueden recuperar la totalidad de sus depósitos, considerando que son acreedores de primer orden.<sup>134</sup> No obstante, el levantamiento del velo solo funcionará como seguro si el patrimonio de los accionistas responsabilizados es mayor al monto de los depósitos adeudados.

En este aspecto, se supervisa el patrimonio de los accionistas con propiedad patrimonial con influencia antes de que adquieran dicha condición. La Superintendencia de Bancos evalúa si quien desea adquirir una participación mayor al 25 % posee patrimonio neto consolidado no inferior a 1,5 veces el aporte de capital que registre en la entidad financiera.<sup>135</sup> Sin embargo, no se analiza si el patrimonio de este tipo de accionistas es suficiente para cubrir los pasivos que posee la entidad.

Sumado a ello, una vez que la entidad sea declarada en liquidación forzosa, los accionistas tendrán incentivos para reordenar sus activos de tal forma que se minimice la cantidad de activos disponibles al momento de levantar el velo.<sup>136</sup> El COMF determina que, a partir de la emisión de la resolución de exclusión y transferencia de activos y pasivos de la entidad financiera, se prohíbe a los accionistas con propiedad patrimonial con influencia enajenar bienes.<sup>137</sup> Por lo tanto, la norma impide a los accionistas con propiedad patrimonial con influencia distraer sus bienes una vez que la entidad ha caído en insolvencia. Sin embargo, dicha limitación es insuficiente para garantizar que el patrimonio de los accionistas sea suficiente para cubrir todas las acreencias de la entidad bancaria, por lo que los efectos *ex post* de la figura son restringidos.

En virtud de lo mencionado, los usuarios financieros no tendrán información veraz y completa sobre el alcance y límite de la cobertura que se obtendría con el levantamiento del velo societario. Es imperativo considerar que “la capacidad financiera de la entidad aseguradora es lo que da credibilidad a la garantía del seguro de depósitos y, por lo tanto, elimina gran parte de los incentivos

131 Armour et al., *Principles of Financial Regulation*, 506.

132 IADI, “Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems”, 27

133 Artículo 3, capítulo IX, título XVI, Codificación de las Normas de la Superintendencia de Bancos.

134 Artículo 315, COMF.

135 Artículo 7, capítulo IV, título VI, Codificación de las Normas de la Superintendencia de Bancos.

136 Hansmann y Kraakman, “Toward Unlimited Shareholder Liability”, 1933.

137 Artículo 294, COMF.

para las corridas bancarias”.<sup>138</sup> Bajo este razonamiento, los usuarios financieros no sabrán con certeza *ex ante* si el patrimonio de los accionistas es suficiente para cubrir la totalidad de los depósitos, por lo que el levantamiento del velo societario no desincentivará las corridas bancarias.

Es evidente que los beneficios del levantamiento del velo societario son limitados. Debido al momento de implementación y la indeterminación de su alcance, el levantamiento del velo societario no desincentivará las corridas bancarias. Además, solo asegurará a los usuarios financieros en la medida que el patrimonio de los accionistas responsabilizados sea mayor al monto total de los depósitos adeudados. Considerando que más de tres cuartos de los depósitos exceden el monto cubierto por el COSEDE, es poco factible que el patrimonio de los accionistas sea suficiente para satisfacer mencionados créditos. Por lo tanto, el levantamiento del velo societario podría no funcionar eficazmente como garantía de los depósitos de los usuarios financieros.

### 6.1.2. LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO COMO MEDIDA QUE REDUCE RIESGOS

Otro objetivo del levantamiento del velo societario es reducir la toma de decisiones riesgosas. El problema de riesgo moral se acentúa en una institución bancaria por la existencia del esquema de garantía de depósitos y seguro de liquidez. En Ecuador dicho riesgo es menor, sin embargo, sigue existiendo puesto que, incluso sin un esquema formal de garantía de depósitos, es posible que el Estado rescate de manera indirecta a un banco en el evento de una crisis financiera.<sup>139</sup> Con el levantamiento del velo societario, los accionistas asumen las pérdidas sobre el capital invertido y, como consecuencia, no toman tantos riesgos como los que hubieran tomado en ausencia de esta figura.

Existen varios estudios que demuestran empíricamente el efecto de extender la responsabilidad a los accionistas. Esty, por ejemplo, sostiene que “una disminución de la responsabilidad de los accionistas da lugar a una mayor asunción de riesgos”.<sup>140</sup> De la misma manera, el estudio realizado por Koudijs, Salisbury y Sran evidencia que “los banqueros con menos responsabilidad asumieron más apalancamiento [ ... ]. También eran más propensos a retrasar el reconocimiento de las pérdidas y a conceder préstamos de riesgo”.<sup>141</sup> Por lo tanto, el levanta-

138 Nicholas Ketcha, “Deposit Insurance System Design and Considerations” (document de trabajo, *Policy Paper No. 7, Bank for International Settlements*, 1999, 225 (traducción no oficial).

139 Thomas Hellman, Kevin Murdock, y Joseph Stiglitz, “Liberalization, Moral Hazard in Banking, and Prudential Regulation: Are Capital Requirements Enough?”, *The American Economic Review* 90, n.º 1 (marzo 2000): 148, <http://dx.doi.org/10.1257/aer.90.1.147>.

140 Benjamin Esty, “The Impact of Contingent Liability on Commercial Bank Risk Taking”, *Journal of Financial Economics* 47, n.º 2 (febrero 1998): 216 (traducción no oficial), [https://doi.org/10.1016/S0304-405X\(97\)00043-3](https://doi.org/10.1016/S0304-405X(97)00043-3).

141 Peter Koudijs, Laura Salisbury, y Gurpal Sran, “For Richer, for Poorer: Bankers’ Liability and Bank Risk in New England, 1867 to 1880”, *The Journal of Finance* 76, n.º 3 (junio 2021): 1587 (traducción no oficial), <https://doi.org/10.1111/jofi.13011>.

miento del velo societario es una medida efectiva para desincentivar a los accionistas con propiedad patrimonial relevante a tomar decisiones riesgosas y, consiguientemente, reduce la probabilidad de que el banco caiga en insolvencia.

A pesar de lo mencionado, la regulación microprudencial también limita los riesgos en los que puede incurrir un banco. En Ecuador, los bancos deben cumplir con varios requisitos de capital y liquidez. Respecto a los requisitos de capital, los bancos deben mantener un patrimonio técnico del 9 %, <sup>142</sup> que puede incrementarse “entre 0,5 y 2,5 puntos porcentuales, por efecto contracíclico” <sup>143</sup> o “entre 1,0 a 3,5 puntos porcentuales si la institución financiera o el grupo financiero es calificado en situación de causal de riesgo sistémico”. <sup>144</sup>

Además, la relación entre el patrimonio técnico y los activos totales y contingentes de un banco debe ser de un 4 %. <sup>145</sup> En cuanto a los requisitos de liquidez, los bancos están obligados a conservar “suficientes [...] activos líquidos de alta calidad libres de gravamen o restricción, que puedan ser transformados en efectivo en determinado periodo de tiempo sin pérdida significativa de su valor”. <sup>146</sup> La liquidez se mide en distintos niveles determinados por la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera. <sup>147</sup>

Resulta evidente que los bancos están sujetos a una estricta regulación de capital que restringe, para los accionistas con propiedad patrimonial con influencia, la toma de decisiones riesgosas que amenacen radicalmente a la estabilidad del banco. La regulación microprudencial controla de manera específica y técnica los riesgos de una entidad financiera. Por lo tanto, ya existe normativa que restringe tomar decisiones riesgosas a los accionistas con propiedad patrimonial con influencia.

### **6.1.3. LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO COMO MEDIDA QUE INCENTIVA EL MONITOREO**

Al igual que las firmas no financieras, las instituciones bancarias se enfrentan al problema de agencia entre administradores y accionistas. Mencionado fallo de mercado se reduce con herramientas que faculten a los accionistas monitorear y controlar la actividad del administrador. En este aspecto, Grossman señala que aumentar la responsabilidad de los accionistas “incrementa el incentivo para el control de los accionistas basado en el mercado y reduce la

---

142 Artículo 190, COMF.

143 Id.

144 Id.

145 Id.

146 Artículo 189, COMF.

147 Id.

necesidad de una nueva regulación gubernamental”.<sup>148</sup> En consecuencia, el levantamiento del velo societario es una medida que reduce el problema de agencia, pues el accionista deseará monitorear más de cerca la manera en la que el administrador conduce la firma.<sup>149</sup>

No obstante, alinear los incentivos de los accionistas y administradores tiene diferentes efectos en una firma financiera. Los administradores de un banco “pueden tratar de evitar la regulación y minimizar los costes de esta influenciado a los reguladores, en lugar de tomar las medidas y precauciones deseadas para minimizar los riesgos de fallo”.<sup>150</sup> Asimismo, los accionistas incentivarán a los administradores a “reestructurar una actividad para que deje de estar sujeta a regulación o para que entre en el ámbito de otra regulación menos costosa”,<sup>151</sup> a fin de evitar ser responsabilizados por las deudas de la firma. De esta manera, al descartar el principio de responsabilidad limitada, se incentivará el monitoreo y control de los accionistas con propiedad patrimonial con influencia, sin perjuicio de que esto pueda asimismo propiciar, como respuesta de los accionistas, un arbitraje regulatorio.

En definitiva, el levantamiento del velo societario conlleva ciertos beneficios. Toda vez que esta medida desincentiva la toma de decisiones riesgosas *ex ante*, reduce la probabilidad de que el banco caiga en insolvencia y, por lo tanto, contribuye a la estabilidad financiera. No obstante, el levantamiento del velo societario no cumple con los requisitos propios de un seguro de depósitos efectivo y, por ende, no necesariamente protege a los usuarios financieros de una manera distinta al seguro de depósitos. En conjunto, si bien el levantamiento del velo societario reduce el problema de agencia entre administradores y accionistas, puede incrementar el arbitraje regulatorio. Debido a ello, el levantamiento del velo societario solo es una estrategia regulatoria beneficiosa para reducir las decisiones riesgosas de los accionistas con propiedad patrimonial con influencia.

## 6.2. COSTOS DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

Como toda medida regulatoria, el levantamiento del velo societario genera costos en la sociedad. Dicha medida desincentiva la inversión y tiene efectos en la economía real. El costo principal es que el levantamiento del velo societario reduce la inversión en entidades financieras. Invertir en una firma sin responsabilidad limitada es más riesgoso e implica un menor valor esperado que un proyecto con responsabilidad limitada.<sup>152</sup> En consecuencia, el levanta-

148 Richard S. Grossman, “Double Liability and Bank Risk Taking”, *Journal of Money, Credit and Banking* 33, n.º 2 (mayo 2001): 158 (traducción no oficial), <https://doi.org/10.2307/2673878>.

149 Ferran y Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law*, 8.

150 Armour et al., *Principles of Financial Regulation*, 562.

151 *Ibid.*, 162.

152 David Leebron, “Limited Liability, Tort Victims, and Creditors”, *Columbia Law Review* 91, n.º 7 (noviembre 1991): 1573, <https://doi.org/10.2307/1123093>.

miento del velo societario “provocaría, como mínimo, el abandono de algunas inversiones que el inversor consideraba rentables”.<sup>153</sup>

En un inicio, personas naturales o jurídicas no desearán invertir en acciones que les otorgue el estado de persona con propiedad patrimonial con influencia, es decir, evitarán adquirir acciones que representen más del 25 % del capital social. Sin embargo, el estándar para ser considerado una persona con propiedad patrimonial con influencia ha variado tres veces en los últimos cinco años.<sup>154</sup> La última reforma fue significativa, pues aumentó el porcentaje del capital social para ser considerado accionista con propiedad patrimonial con influencia del 6 % al 25 %.<sup>155</sup> Por lo tanto, los inversores no tendrán certeza sobre su condición como accionistas ni sabrán con antelación si, al adquirir un determinado porcentaje del capital de una institución financiera, podrán ser responsabilizados. La posibilidad de ser responsabilizados por las deudas de la entidad, sumada a la inseguridad jurídica, genera que los accionistas exijan un retorno mayor por su inversión y, por ende, incrementa el costo de capital.

Así, el levantamiento del velo societario limita el crecimiento del mercado financiero, incluso si se restringe a accionistas con propiedad patrimonial con influencia. Bajo este razonamiento, la implementación del levantamiento del velo societario puede tener efectos en la economía real, toda vez que restringe el crecimiento del mercado financiero y los servicios esenciales para la innovación tecnológica. Además, la movilización de ahorros, la agregación de crédito, la evaluación proyectos y transacciones<sup>156</sup> se darán en menor escala. Es innegable que “el desarrollo de los mercados e instituciones financieras es una parte fundamental e inextricable del proceso de crecimiento”.<sup>157</sup>

Del mismo modo, se ha determinado que “parece haber una relación causal entre el desarrollo financiero y el crecimiento económico”.<sup>158</sup> En tal virtud, el levantamiento del velo societario es una medida regulatoria que puede, junto con otros factores, reducir el tamaño del mercado financiero y, en consecuencia, afectar el crecimiento económico.

El levantamiento del velo societario conlleva varios costos. La implementación de esta figura disuade a inversionistas de adquirir participaciones relevantes en una entidad financiera. De igual manera, al limitar el crecimiento del mercado

153 Ibid.

154 El artículo que define persona con propiedad patrimonial con influencia fue reformado por el artículo 194 de la Ley n.º 0, publicada en R. O. Suplemento 587 de 29 de noviembre del 2021 y por el artículo 40.7 de la Ley n.º 0, publicada en R. O. Suplemento 308 de 21 de agosto de 2018.

155 Artículo 194 de Ley n.º 0, R. O. Suplemento 587 de 29 de noviembre del 2021.

156 Robert G. King, y Ross Levine, “Finance and Growth: Schumpeter Might be Right”, *The Quarterly Journal of Economics* 108, n.º 3 (agosto 1993): 717, <https://doi.org/10.2307/2118406>.

157 Ross Levine, “Financial Development and Economic Growth: Views and Agenda”, *Journal of Economic Literature* 35, n.º 2 (junio 1997): 689, <https://doi.org/10.1596/1813-9450-1678>.

158 Raghuram Rajan, y Luigi Zingales, “Financial Systems, Industrial Structure, and Growth”, *Oxford Review of Economic Policy* 17, n.º 4 (diciembre 2001): 480, <https://doi.org/10.1093/oxrep/17.4.467>.

financiero, el levantamiento del velo societario a instituciones bancarias puede, hasta cierto punto, afectar el crecimiento económico.

### 6.3. RESULTADOS DEL ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

En virtud de lo establecido en esta sección, corresponde determinar si los beneficios de la figura son mayores que sus costos. Por un lado, el levantamiento del velo societario reduce el riesgo moral de los accionistas con propiedad patrimonial con influencia y desincentiva la toma de decisiones riesgosas. En consecuencia, es una medida *ex ante* que reduce la probabilidad de quiebra del banco y, por lo tanto, promueve, la estabilidad financiera. Ahora bien, es imperativo considerar que los riesgos de una entidad financiera ya son controlados por la regulación microprudencial, por lo que existe el riesgo de que el levantamiento del velo societario sea una medida redundante si existe en conjunto con otras medidas que ya cumplen esa función.

Por otro lado, el levantamiento del velo societario envuelve el costo de restringir el crecimiento del mercado financiero, al disuadir a posibles inversionistas de adquirir participaciones en una entidad financiera. Resulta, entonces, que el levantamiento del velo societario es una medida gravosa frente a otras medidas alternativas vigentes que permiten alcanzar los mismos beneficios. Consiguientemente, los costos de la figura superan a sus beneficios.

## 7. CASOS DE LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO A INSTITUCIONES FINANCIERAS

La figura estudiada, como ha sido concebida en el COMF, aún no ha sido implementada. No obstante, es relevante considerar que, tras la crisis financiera a inicios del siglo XX, se emitieron normas y resoluciones mediante las cuales se responsabilizó a ciertos accionistas de las deudas de entidades financieras en quiebra. Al respecto, se analizará uno de los casos más emblemáticos en Ecuador.

Como antecedente, la entidad financiera Filanbanco, debido a una crisis de liquidez, fue puesta en un proceso de reestructuración bajo la administración y el control de la Agencia de Garantía de Depósitos<sup>159</sup> (AGD). Mediante Resolución n.º JB-2002-469 del 30 de julio de 2002, la Junta Bancaria ordenó la liquidación de Filanbanco y, posteriormente, la AGD emitió la Resolución n.º AGD-UIO-GG-2008-12 el 8 de julio de 2008 mediante la cual se ordenó “la incautación de todos los bienes de propiedad de quienes fueron administradores y accionistas de Filanbanco S. A. hasta el 2 de diciembre de 1998”.<sup>160</sup>

159 La República del Ecuador c. Roberto Isaías Dassum y William Isaías Dassum, Tercer Tribunal Distrital de Apelaciones de los Estados Unidos, 27 de diciembre de 2017, 2.

160 Artículo 1, Resolución n.º AGD-UIO-GG-2008-12, Agencia General de Depósitos, 8 de julio de 2008.

Tras ello, se iniciaron varios procesos con el propósito de incautar los bienes propios de los accionistas y administradores de dicha entidad bancaria.

La AGD basó la resolución en la Ley de Reordenamiento Económico en Materia Económica, Tributaria y Financiera, que prescribe lo siguiente:

En aquellos casos en que los administradores hayan declarado patrimonios técnicos irreales, hayan alterado las cifras de sus balances o cobrado tasas de interés sobre interés, garantizarán con su patrimonio personal los depósitos de la institución financiera, y la Agencia de Garantía de Depósitos podrá incautar aquellos bienes que son de público conocimiento de propiedad de estos accionistas y transferirlos a un fideicomiso en garantía mientras se prueba su real propiedad, en cuyo caso pasarán a ser recursos de la Agencia de Garantía de Depósitos y durante este período se dispondrá su prohibición de enajenar.<sup>161</sup>

Inclusive, se dotó de rango constitucional a la decisión de la AGD por medio del Mandato Constituyente 13. El mandato ratificó “la plena validez legal de la Resolución AGD-UIO-GG-2008-12” y se determinó que esta “no es susceptible de acción de amparo constitucional u otra de carácter especial, y si de hecho se hubiere interpuesto, será inmediatamente archivada”. La incautación de bienes de los accionistas de Filanbanco ha sido objeto de distintos procesos de jurisdicción nacional e internacional<sup>162</sup>, y de derechos humanos.<sup>163</sup>

Independientemente de la aplicación que se le dio al artículo 29 de la Ley de Reordenamiento Económico en Materia Económica, Tributaria y Financiera, resulta evidente que, además del cumplimiento de otros requisitos, esta norma exigía que los accionistas hubiesen desempeñado la función de administradores de la entidad financiera, supuesto que difiere del analizado en el presente trabajo. La disposición estudiada del artículo 286 del COMF se refiere a los accionistas con propiedad patrimonial con influencia, que pueden o no ser administradores de la firma; en tanto que la Ley de Reordenamiento Económico en Materia Económica, Tributaria y Financiera alude a los accionistas administradores.

Los fundamentos que rigen la responsabilidad de los administradores de las firmas son sustancialmente distintos a los que están sujetos todos los accionistas de una firma de responsabilidad limitada, y exceden el objeto del presente trabajo, por lo que correspondería realizar un análisis en profundidad a fin de determinar si el caso Filanbanco fue uno de levantamiento del velo societario o si, más bien, es una hipótesis de responsabilidad solidaria de los administradores de la firma.

161 Artículo 29, Ley de Reordenamiento Económico en Materia Económica, Tributaria y Financiera R. O. Suplemento 78, 1 de diciembre de 1998.

162 La República del Ecuador c. Roberto Isaías Dassum y William Isaías Dassum.

163 Dictamen n.º 2244/2013, Comité de Derechos Humanos, 22 de junio de 2016.

## 8. CONCLUSIONES

Tras examinar el régimen de responsabilidad de las instituciones bancarias se obtuvieron cinco hallazgos principales. Primero, el COMF extiende a los accionistas con propiedad patrimonial con influencia la responsabilidad de la pérdida patrimonial de una entidad financiera liquidada forzosamente. Ello restringe el principio de responsabilidad limitada y, por lo tanto, constituye una hipótesis de levantamiento del velo societario. Para ello, el COMF exige el cumplimiento de determinados requisitos que, por su amplitud y generalidad, aminoran la excepcionalidad del levantamiento societario, causando que se descarte sin mucha dificultad una figura de aplicación universal.

Segundo, levantamiento del velo societario desincentiva la toma de decisiones riesgosas. En esta línea, busca reducir la probabilidad de fallo de un banco y promover la estabilidad financiera. Sin embargo, la regulación prudencial, que coexiste con la responsabilidad limitada, también permite alcanzar dicho objetivo. Además, si bien la figura estudiada incentiva el monitoreo de los accionistas con propiedad patrimonial con influencia y reduce problemas de agencia, ello puede verse mermado por arbitraje regulatorio.

Tercero, el levantamiento del velo societario a bancos no cumple con las funciones de un seguro de depósitos. Por un lado, no es una medida que desincentiva las corridas bancarias y, por otro, el pago a los depositantes está condicionado a que el patrimonio de los accionistas responsabilizados sea mayor al monto total adeudado. Consiguientemente, no es un instrumento legal que protege al usuario financiero de manera eficiente

Cuarto, el levantamiento del velo societario reduce la inversión en entidades financieras. Como consecuencia, se limita el crecimiento del mercado financiero y se afecta a la economía real.

Quinto, si bien el levantamiento del velo societario disuade a accionistas con propiedad patrimonial con influencia de tomar decisiones riesgosas, el costo de implementar esta figura es mayor a sus beneficios.

Este análisis tiene limitaciones cuantitativas, pues el examen de los beneficios y costos se realizó de manera conceptual. Si bien esta figura está presente en el ordenamiento, aún no ha sido implementada, por lo que el presente trabajo no contiene evidencia empírica sobre los efectos del levantamiento del velo societario a instituciones bancarias. En este aspecto, corresponde a los órganos de regulación y control realizar un estudio cuantitativo que estime los costos y beneficios de incorporar esta figura en el ordenamiento ecuatoriano.

Para finalizar, sin perjuicio de ser necesario un análisis cuantitativo que lo confirme, se recomienda reformar el COMF a fin de prescindir del levantamiento del velo societario a instituciones bancarias, toda vez que dicha medida parece ser más costosa que beneficiosa. Asimismo, es imperativo considerar que, en el último siglo, se han desarrollado medidas regulatorias que cumplen con los mismos objetivos que el levantamiento del velo societario sin afectar la inversión y el desarrollo del mercado. En consecuencia, levantar el velo societario equivaldría a implementar una medida anacrónica con el costo de suprimir un principio con aplicación universal. En tal virtud, corresponde a la regulación financiera y a los órganos de regulación y control promover la estabilidad financiera y proteger a los usuarios en el eventual fallo de un banco, mas no a sus inversores.



# NOBOA, PEÑA & TORRES

ABOGADOS ECUADOR

**SOLUCIONES INTEGRALES  
ESTRATEGIAS INNOVADORAS  
PROCESOS EFICIENTES**

#### **Quito**

Av. República de El Salvador N36-230 y Av. Naciones Unidas, Edificio Citibank, piso 2. Tel: (+593 2) 2970193 – 2970195 – 2970198

#### **Guayaquil**

Junín 114 y Malecón Simón Bolívar, edificio Torres del Río, piso 8. Tel: (+593 4) 2300814

[www.legalecuador.com](http://www.legalecuador.com)

[info@legalecuador.com](mailto:info@legalecuador.com)



@legalecuador



Noboa, Peña & Torres, Abogados

# ¿Por qué el Código Civil ecuatoriano equipara la culpa grave y el dolo? Análisis jurídico sobre la culpabilidad, su aplicación y finalidad

*Why does the Ecuadorian Civil code equate gross negligence and intent? Legal analysis about culpability, its application and purpose*

GABRIELA JÁCOME AGUIRRE\*  
DANIELA PÉREZ ROSALES\*\*  
AILYN ARGÜELLO ALMEIDA\*\*\*

**Recibido / Received:** 12/06/2023

**Aceptado / Accepted:** 25/08/2023

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3000>

## **Citación:**

Jácome Aguirre, G. D. Pérez Rosales, A. Argüello Almeida. “¿Por qué el Código Civil ecuatoriano equipara la culpa grave y el dolo? Análisis jurídico sobre la culpabilidad, su aplicación y finalidad”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3000>

---

\* Universidad San Francisco de Quito, USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: [gjacome.ag@gmail.com](mailto:gjacome.ag@gmail.com), ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-9154-012X>

\*\* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: [danicole\\_2001@hotmail.com](mailto:danicole_2001@hotmail.com), ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2775-1440>

\*\*\* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: [ailyn64@hotmail.com](mailto:ailyn64@hotmail.com), ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0001-5501-3461>

## RESUMEN

El Código Civil ecuatoriano equipara la culpa grave y el dolo. Sin embargo, la equiparación de dichas categorías se encuentra en el marco de responsabilidad civil contractual y extracontractual, las cuales responden a problemáticas probatorias, procesales y de reparación a la víctima. Existen varios doctrinarios que sostienen una tesis a favor de la equiparación de estos conceptos. Por otro lado, hay quienes sostienen lo contrario o que incluso alegan su ineficacia en el derecho de daños. De todas formas, este ensayo se enfoca en que dicha equiparación es un absurdo, puesto que el régimen de responsabilidad de daños no basa la indemnización del daño en un análisis del grado de culpabilidad. Esta rama del derecho enfoca su atención sobre la magnitud del daño, mas no en la voluntad o finalidad del sujeto activo. En ese sentido, el análisis se realiza con base en su funcionalidad práctica, la verdadera intención de la equiparación de estos conceptos y su relevancia. Además, se busca comparar el sistema ecuatoriano con estándares que el *common law* y varias jurisdicciones allegadas han planteado sobre el tema.

## PALABRAS CLAVE

Culpa; dolo; sistema tripartito; responsabilidad; culpabilidad

## ABSTRACT

*The Ecuadorian Civil Code equates gross negligence and intent. However, equating these two categories has caused probatory, procedural, and victim reparation issues. Some doctrinaires voice in favor of this parity; others, however, say the opposite and even state that it is useless in torts law. All in all, the comparative analysis is absurd due to how far this branch of law is from analyzing culpability. In this sense, a practical analysis is done based on its functionality, the true intent of its equation, and its relevance. In addition, this essay aims to compare the Ecuadorian system with other standards that have been developed through Common Law and other jurisdictions.*

## KEYWORDS

*Gross negligence; intent; tripartite system; liability; culpability*

## INTRODUCCIÓN

El nacimiento del Código Civil (en adelante CC), inspirado en el Código de Bello, ha llevado a que Ecuador tenga un sistema civilista de responsabilidad tripartito. El sistema de responsabilidad tripartito es un método para nivelar distintas esferas de culpabilidad en tres niveles, que derivan en daños.<sup>1</sup> En ese sentido, Ecuador se caracteriza por este sistema debido a que gradúa la culpa en lata, leve y levisima; sin embargo, a pesar de que existe una nivelación de culpas, existe una equiparación de conceptos respecto del dolo y la culpa lata.<sup>2</sup> Esto ha traído como resultado el análisis de la culpabilidad como un elemento adicional para definir o determinar la responsabilidad por daños; no obstante, este tema no ha dejado de ser fuente de conflicto entre los doctrinarios y practicantes del derecho.

El concepto de culpabilidad aparece ligado a la interioridad de la persona. Por ende, su análisis siempre se encontrará relacionado con problemas de objetividad. Durante muchos años, incluso en materia penal, se trató de evitar el conflicto de comprender la subjetividad humana. Se otorgó responsabilidad sin importar la intención del sujeto; por otro lado, las teorías finalistas se alejaron de esa creencia y tomaron la voluntad como un elemento esencial. La culpa y el dolo han sido elementos mencionados dentro del CC y en la práctica del derecho de daños, aun así, no ha existido una aplicación pacífica de los mismos. Gran parte de los doctrinarios sostienen que el derecho de daños tiene como enfoque proteger un interés particular, contrario al interés público que protege el derecho penal,<sup>3</sup> sin embargo este artículo no analizará en profundidad la comparación de ambos sistemas respecto de las funciones redistributivas o correctivas. Por lo que la aplicación de términos similares o análisis de voluntades tendrá una naturaleza diferente o simplemente no será aplicable.<sup>4</sup>

El presente artículo realizará un análisis jurídico de la culpabilidad en el derecho, específicamente en la equiparación de la culpa grave y el dolo en el régimen de responsabilidad por daños. Primero, empezará por definir estos conceptos y se comparará con el régimen de responsabilidad penal. Segundo, hará un breve análisis doctrinario sobre la verdadera intención de los legisladores al equiparar dentro del CC los conceptos sometidos a estudio. Tercero, aplicará el derecho comparativo entre el sistema ecuatoriano, el sistema chileno y el sistema colombiano. Cuarto, comparará la mencionada equiparación con estándares internacionales del *common law*. Quinto, distinguirá la importancia

1 Guido Calabresi, *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis* (New Haven: Yale University Press, 1970).

2 Emanuel Gutiérrez, "Aplicación de la tripartición de la culpa a la responsabilidad extracontractual", (tesis de grado, Universidad de Chile, 2019), 31, <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/172966/Aplicaci%C3%B3n-de-la-triparticion-de-la-culpa-a-la.pdf?sequence=1>.

3 Leonardo Coronel, y Anabela Chiriboga, "La excepción a la cosa juzgada en materia penal cuando se trata de indemnizaciones civiles", *USFQ Law Review* 6, n.º 1 (diciembre, 2019): 31-54, <https://doi.org/10.18272/lr.v6i1.1377>.

4 *Ibid.*, 31-54.

de estos conceptos tanto en el régimen de responsabilidad contractual como extracontractual. Por último, dará una observación práctica sobre la inutilidad y poco beneficio de la equiparación de estos conceptos, así como la irrelevancia de analizar la culpabilidad en el Derecho de daños.

## 2. LA CULPA GRAVE Y EL DOLO ANALIZADO DESDE SU CONCEPTUALIZACIÓN

Uno de los elementos de responsabilidad civil que se ha sometido a gran debate doctrinario es el subjetivo. Este elemento analiza la intencionalidad del individuo a través de la conducta, esta última se refleja con base en la prudencia y razonabilidad al causar un determinado daño. En ese sentido, el hecho dañoso puede ser resultado de dolo o culpa.

### 2.1. DEFINICIÓN DE CULPA GRAVE Y DOLO

El artículo 29 del CC distingue las clases de culpa en las que se puede incurrir, estas mantienen un sistema tripartito de graduación de culpabilidad. Respecto de la culpa grave, entiéndase como aquella que “consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale a dolo”.<sup>5</sup> En otras palabras, es la falta de diligencia o cuidado que excede los estándares razonables y que, en ocasiones, resulta en el daño o perjuicio a otra persona. A pesar de que muchas conductas culposas no concluyen en daños, el presente análisis se enfoca en aquellas conductas que sí lo ocasionan.

A breves rasgos, se puede conceptualizar al dolo como aquel hecho cometido con la intención de dañar; y a la culpa como aquel hecho cometido sin la intención de hacerlo. Empero, si son categorías distintas, ¿por qué el Código Civil trata como equivalentes a la culpa grave y al dolo? Para analizar esta interrogante se debe partir de la conceptualización misma de dichas categorías.

Según Meza, “[l]a culpa grave es, pues, el descuido mayúsculo, la negligencia máxima. El descuido es tan grande, la desidia tan completa que la actitud del deudor parece inspirada en el preconcebido propósito de dañar”.<sup>6</sup> A raíz de esto, se puede desarrollar que, en un nivel cuantificable, la culpa grave es la punta máxima del descuido o la negligencia. Al ser un tema subjetivo, el fuero interno del agente deriva de una seria falta de atención, por lo que se entrelaza la posibilidad de determinar dicho descuido como la verdadera intención de dañar.

5 Artículo 29, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 15 de 14 de marzo de 2022.

6 Ramón Meza Barros, *Manual de derecho civil de las obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2001), 242.

Con base en lo anterior, la culpa grave se puede analizar desde dos puntos de vista: el primero como el punto máximo de los tipos de culpa; y el segundo como colímite o inicio del dolo, es decir, un tipo de culpa que es tan alto que entra en la esfera del dolo. En ese sentido, la línea es muy delgada para distinguir ambas categorías, pues fácilmente se pueden entrelazar. Para Larrañaga, la culpa grave es “un tipo de culpa especial que presenta un estándar diverso al modelo de la conducta de la persona con diligencia”.<sup>7</sup> Esta definición se apega al concepto generalmente asentido. Además, se puede inferir de dicho concepto que la culpa grave no puede ser juzgada simplemente comparándola con la conducta de una persona diligente, sino que, además, se debe analizar la situación en concreto junto al nivel de cuidado que se espera. Esto por la especialidad y gravedad de la culpa. Sin embargo, al partir de un análisis de intencionalidad, si bien el agente no quería cometer el daño, la falta es tan grave que se presume dicha intención, por lo que su análisis debe ser más específico.

Por otro lado, el dolo es la intención positiva de generar un daño sea cual fuere su fuente de responsabilidad.<sup>8</sup> Se busca que un perjuicio recaiga sobre determinada persona. Para entender de mejor manera al dolo, se revisará su mención dentro del derecho civil y el derecho penal, esto con base en que el dolo y la culpa están conceptualmente presentes en ambas ramas del derecho, por lo que es menester llevar un análisis comparativo al respecto.

El artículo 29, inciso final del CC, prescribe que el dolo es la “intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro”.<sup>9</sup> Resulta relevante entender el análisis que realiza el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) en su artículo 26, mediante el cual se define al dolo de la siguiente manera: “Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta”.<sup>10</sup> Distintas son las formas y consecuencias prácticas del dolo en materia de responsabilidad penal y civil.

## 2.2. CULPABILIDAD EN EL DERECHO CIVIL EN COMPARACIÓN CON EL DERECHO PENAL

En la jurisprudencia ecuatoriana se han encontrado ejemplos en los que se menciona que uno de los elementos para la procedencia de la responsabilidad extracontractual es la culpabilidad del sujeto, ya que el grado de culpabilidad demuestra si el sujeto ha actuado con intención, por ejemplo, según el fallo de

7 Luis Larrañaga, “La culpa grave”, *Revista Facultad de Derecho* 53 (junio 2022): 18, <https://doi.org/10.22187/rfd-2022n53a11>.

8 Luis Parraguez, *Manual de derecho civil ecuatoriano: Personas y familia volumen I* (Loja: UTPL, 1996), 173.

9 Artículo 29, CC.

10 Artículo 26, Código Orgánico Integral Penal [COIP], R. O. Suplemento 180, de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R. O. 180 de 17 de febrero de 2021.

la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, dictado en el proceso 81-2006 J.J.-W Batallas, se requiere que concurren los siguientes elementos para determinar la culpa:

- a) Que el hecho o acto sea contrario a las normas legales o reglamentarias; b) Que haya dolo, culpa u otro factor determinado por la ley; c) Que exista daño patrimonial o moral; y, d) Que medie un nexo de causalidad entre el hecho o acto ilícito y el daño. Además, se señala de manera expresa que la responsabilidad subjetiva es la que depende de la intención del sujeto que ha ocasionado el daño.<sup>11</sup>

La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar; el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exigen una demostración. Con base en esta sentencia, se puede observar que la culpabilidad se equipara a la intención de ocasionar el daño y que, de esta manera, se puede definir la motivación de la acción.<sup>12</sup> En la referida sentencia se establece que, para que se configure la responsabilidad por daños, debe existir dolo o culpa, por lo que nuevamente se demuestra que el CC equipara estos conceptos.

Si bien el CC equipara estos términos, cada uno conlleva un significado distinto. Respecto a la concepción de culpabilidad dentro del derecho civil, para impugnar contra la misma, se debe analizar qué tipo de culpa es la que se pretende alegar y de esta manera demostrar la acción cometida, ya sea con prudencia, diligencia, sin intención o pericia.

Si bien los conceptos de dolo y culpa son distintos, es importante recalcar que, dentro del derecho de daños, el análisis de la conducta de un sujeto gira alrededor del estándar del tercero razonable. Según Prosser, “el *reasonably prudent man* de *tort law* es un personaje universal que refleja el general deber de cuidado de cada ser humano con los demás (nuestro *neminem laedere*)”.<sup>13</sup>

En ese sentido, el análisis no parte únicamente desde la esfera subjetiva o de si la equiparación de conceptos demuestra relevancia alguna, de hecho, el análisis recae en mayor parte sobre la objetividad, es decir, la conducta por sobre la intención. La voluntad en sí no es de suma importancia, sino que se analiza si la conducta del sujeto activo se mantiene en línea con el principio de actuar razonablemente, lo cual permite evitar causar daño a los demás. En adición, la cita describe que el estándar de tercero razonable cambiará y será más específico dentro de relaciones contractuales. Esto debido a que, dentro

11 Causa n.º 946-2009, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 13 de septiembre de 2012.

12 Causa n.º 81-2006, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, 13 de marzo de 2006, pág. 108.

13 Gema Martínez, “La sustitución del ‘buen padre de familia’ por el estándar de la ‘persona razonable’: Reforma en Francia y valoración de su alcance”, citado en *Revista de Derecho Civil* 2, n.º 1 (marzo 2015): 68, <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/109/89>.

de los contratos bilaterales, existen obligaciones previamente estipuladas y un sentido de equivalencia en las prestaciones.

En referencia al derecho penal, hay una gran diferencia entre culpabilidad y culpa/dolo. La culpabilidad es uno de los elementos de la teoría del delito, que incluye la acción típica, antijurídica y culpable. Dentro del elemento culpabilidad se valora el comportamiento del sujeto activo y su reprochabilidad. En otras palabras, se analiza el hecho de que sin pena no hay culpa y que la pena debe ser proporcional, es decir, la imputabilidad de la conducta.<sup>14</sup>

El COIP, en su artículo 27, define la culpa como infringir el deber de cuidado que personalmente corresponde al sujeto.<sup>15</sup> Esta norma no divide la culpa en categorías, a diferencia del CC. En cuanto al dolo, el artículo 26 de la misma normativa, lo define como el conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y la ejecución voluntaria de la conducta.<sup>16</sup> De manera más simple: conocimiento y voluntad. En este caso, la legislación tampoco habla de tipos de dolo, pero dentro de la doctrina se encuentra dolo directo, dolo indirecto y dolo eventual.<sup>17</sup> Para contraargumentar la culpa en el derecho penal, al igual que en el derecho civil, se debe demostrar la diligencia y el cuidado del deber objetivo; mientras que para combatir el dolo se debe demostrar la falta de voluntad. Adicional a esto, se debe demostrar el desconocimiento partiendo de la idea de que, si no se conoce como causar el daño, no se puede generar de manera voluntaria. En el derecho penal ecuatoriano la voluntad del sujeto activo es esencial, ya que incluso se comprenden figuras como la tentativa, calificación inexistente e inaplicable en el derecho de daños.

Con base en lo mencionado, se encuentran diferencias notorias entre los conceptos de culpabilidad en el derecho penal y el derecho civil, y se puede concluir que no son equivalentes. Esto lleva a un análisis sobre la importancia de estos elementos. El elemento de culpabilidad sigue siendo un elemento debatible en el derecho de daños. Por ejemplo, Escudero defiende que —dentro de la responsabilidad subjetiva— la culpa es un elemento que debe analizarse, sin embargo, para el régimen de la culpa objetiva —que se aplica al derecho de daños— no aplicaría este análisis.<sup>18</sup>

En el caso del derecho penal, el dolo y la culpa son elementos extremadamente necesarios para conformar el tipo penal y el delito.

14 Álvaro Bunster, "Culpabilidad en el Código Penal", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 1, n.º 88 (enero 1997): 393-8, doi:10.22201/ijj.24484873e.1997.88.3477.

15 Artículo 27, COIP.

16 Id., 26.

17 Armando Sánchez, "Concepto y delimitación del dolo: Teoría de las condiciones para el conocimiento" (tesis doctoral, Universitat de Barcelona, 2017), 153, [https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/457620/ASMC\\_TESIS.pdf?sequence=1](https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/457620/ASMC_TESIS.pdf?sequence=1).

18 Hernán Escudero, "La vigencia del principio alterum non laedere y la inexistencia de la antijuridicidad como presupuesto material de la responsabilidad civil" (tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, 2019), 37, <https://repositorio.usfq.edu.ec/jspui/handle/23000/8934>.

Por otro lado, en el derecho penal, los elementos de culpa y dolo sirven para graduar la pena, ya que el sistema penal se aproxima a las teorías finalistas que defienden la idea de una acción final en la que la voluntad es esencial.<sup>19</sup> Al contrario, en el derecho civil y de daños, lo esencial es el estándar de conducta y la magnitud del daño causado a través del hecho antijurídico, no la voluntad del sujeto *per se*. Además, se encuentra la figura de responsabilidad objetiva, en la cual la culpa o el dolo se vuelven irrelevantes. Este régimen se aplica a casos contemplados en la legislación, por ejemplo, la responsabilidad del Estado. Un ejemplo más cotidiano es si una persona es dueña de un perro y este se escapa y muerde a otra persona, se tendrá que indemnizar el daño independientemente del dolo o la culpa detrás de la conducta.<sup>20</sup> Por lo que se puede concluir que la culpa o el dolo en el derecho de daños se refiere a la cercanía de la conducta del sujeto activo con el estándar de un tercero razonable en las mismas circunstancias. Este estándar varía dependiendo del contexto. Mientras tanto, el dolo y la culpa en derecho penal se refiere al conocimiento y la voluntad con los que se ha cometido la conducta.

### 3. ¿POR QUÉ, SEGÚN LA DOCTRINA, EL CÓDIGO CIVIL EQUIPARA LA CULPA GRAVE Y EL DOLO?

Si se analiza desde un contexto histórico, específicamente desde la perspectiva clásica, la responsabilidad por culpa lata se desarrolla a partir de la responsabilidad dolosa. Algunos doctrinarios, entre ellos Kaser, Knütel y Lohsse, responden a la equiparación de dolo y culpa grave como respuesta a las dificultades de orden práctico que se presentaban en aquella época.<sup>21</sup> Según estos autores, en la antigua Roma existían casos de responsabilidad en los que la culpa del agente era tan grave que se llegaba a cuestionar que este último habría ocasionado los daños de forma dolosa. Bajo este criterio, la equiparación de conceptos responde a la falta de buena fe. Esto quiere decir que “si alguno no es diligente en aquel modo en que la naturaleza requiere de los hombres, no está exento de fraude, a menos que, de la forma en que cuida lo suyo [...]: porque con buena fe no pondrá en aquellas cosas menor diligencia que como en sus propios asuntos”.<sup>22</sup>

Una de las posibles respuestas de la equiparación de conceptos parte de la idea misma de diligencia. Si bien la culpa grave no tiene intención de generar un resultado final dañoso, la falta de diligencia responde a la intención misma de actuar negligentemente. En otras palabras, no se quiere generar el daño, pero intencionalmente no se actúa con la diligencia que deontológicamente se espera.

19 Nodier Agudelo Betancur, *Curso de derecho penal: Esquemas del delito* (Bogotá: Temis, 2015), 97-137.

20 Artículo 2227, CC.

21 Max Kaser, Rolf Knütel, y Sebastian Lohsse, *Derecho privado romano* (Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2022), 389-91, [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-DR-2022-262](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DR-2022-262).

22 *Ibid.*, 388.

Un ejemplo práctico para visualizar el porqué de la equiparación de estos conceptos es el siguiente: Juan excede el límite de velocidad en una zona escolar. Juan no quiere matar a un niño, no obstante, toma la decisión de exceder los límites permitidos en una zona donde la probabilidad de que un siniestro ocurra es muy alta. Juan mata a un niño. En este caso, si bien el sujeto a quien se le imputaría el daño no tiene la intención de matar al niño, finalmente lo hace. Lo que sucede es que Juan tuvo la intención de faltar a su deber de cuidado, por lo que se parte de la idea de que la mala fe estuvo presente en su accionar, mas no en su intención de generar el resultado final. Para esclarecer esta disyuntiva se analizará otro ejemplo: un cirujano acepta realizar una intervención quirúrgica cerebral, a pesar de ello, deja discapacitado al paciente en su totalidad. En este caso el médico ocasionó el daño por impericia, puesto que no dominaba la técnica de operación. En consecuencia, el médico sabía su falta de dominio en la práctica quirúrgica, sin embargo, no quería discapacitar al paciente. Si bien no existe voluntad de ocasionar un daño, el médico tuvo una falta grave a su deber de cuidado al intervenir en la cirugía a sabiendas de su falta de conocimiento en la técnica que se debía aplicar.

La doctrina ha puesto de manifiesto algunos ejemplos de responsabilidad civil contractual en los que el deudor infringe de manera sumamente grave sus obligaciones, sin tener la intención o el propósito de hacerlo. Entre estos ejemplos se encuentran las ideas de Ulpiano, recogidas en el *Digesto* elaborado por Justiniano, que mencionan: “uno que ha aceptado el mandato de comprar un esclavo específico, consiente en que otro sea el que lo compre; [o cuando un] depositario se compadece del esclavo, lo libera de las cadenas y éste escapa”.<sup>23</sup> El análisis de Ulpiano, al respecto de estos ejemplos, deviene de la negligencia del agente. La negligencia es tan grave que es evidente su cercanía al dolo. En ese sentido, parecería que se trata de igualar los conceptos porque de alguna forma se busca impedir que actuaciones sumamente graves queden impunes. Cristian Banfi del Río menciona que:

En el derecho romano clásico, el dolo incluía diversos comportamientos contrarios al deber de lealtad, tanto los que se identificaban con la intención de perjudicar al acreedor como los incumplimientos conscientes o voluntarios. En algún momento —probablemente en el derecho post-clásico, vía interpolaciones al *Digesto*— este dolo elástico fue reducido al *animus nocendi*. Para impedir que otras formas de infracción contractual igualmente odiosas (antes cubiertas por ese dolo elástico) quedaran impunes, alguien inventó la culpa lata y la asimilación.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Ibid., 390.

<sup>24</sup> Cristian Banfi del Río, “La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile”, *Revista Chilena de Derecho* 27, n.º 2 (junio 2000): 291, <https://www.jstor.org/stable/41613463>.

La dificultad probatoria y la necesidad de no dejar impunes determinadas actuaciones impulsó el desarrollo de la tesis de equiparación de las categorías de culpabilidad. El dolo mantiene un estándar probatorio sumamente elevado, que en muchas ocasiones lo hace imposible de probar. Es por ello que se reduce a señalar que el dolo se acredita de manera indirecta, por lo que “la culpa lata es su presunción por excelencia [...]”; aunque es evidente que la tontera no es lo mismo que la malicia, lo que ocurre es que esa diferencia [...] se hace difusa en la realidad: la culpa lata termina siendo la manifestación externa del dolo”.<sup>25</sup> En términos probatorios, se requeriría probar únicamente la culpa grave para probar el dolo. Siguiendo esta línea argumentativa, para evitar que ciertas conductas queden impunes por su dificultad probatoria, se rebaja el estándar del dolo a la culpa grave.

Al respecto, Pothier señala que el dolo no es solamente la intención o malicia de generar un daño, sino que además es una falta grave que atenta contra la buena fe, ya sea del contrato o de las leyes.<sup>26</sup> Es decir, la culpa grave forma parte del dolo, lo cual lo convierte en una relación género especie, siendo el dolo el género y la culpa grave, la especie. Empero, existe una gradación tripartita de culpabilidad, por lo que en esencia la culpa grave no podría ser parte misma del dolo, al menos en términos legales.

#### 4. ANÁLISIS COMPARATIVO CON JURISDICCIONES ALLEGADAS AL SISTEMA ECUATORIANO

Después analizar la culpabilidad en el derecho ecuatoriano, es importante entender si esta aplicación es única a nuestra jurisdicción o si otras legislaciones han optado por aplicarla de la misma manera.

##### 4.1. CHILE

Primero se analizará el sistema chileno, ya que es el más cercano al ecuatoriano. Así, se podrá entender si dentro del mismo existe alguna diferenciación, ya sea porque no equipara los conceptos o lo hace de una manera diferente.

Dentro del CC chileno, en el artículo 44, se encuentra una prescripción literal del artículo 29 del CC ecuatoriano.<sup>27</sup> Es así que se puede partir de la premisa de que Chile y Ecuador funcionan con un sistema tripartito de la culpa. Sin embargo, se analizará si en la práctica son equivalentes o si es una mera legalidad. El doctrinario Banfi del Río menciona que, en Chile, esta equiparación

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Robert Joseph Pothier, *Tratado de las obligaciones* (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1961), 554.

<sup>27</sup> Artículo 29, CC.

de conceptos “se produce para poder evitar la dificultad práctica de probar un elemento psicológico siempre incierto”.<sup>28</sup> Además, para fundamentar dicha equiparación, se utilizan argumentos similares a los mencionados en el análisis *ut supra*, por ejemplo, la oponibilidad a la buena fe y la manera en que ambas conductas se exteriorizan. De manera simple, ambos tienen un mismo contenido. Por esta razón, ambos deben producir un efecto idéntico, sin importar la voluntad del agente. Otro de los argumentos doctrinarios que sostiene Baraona al respecto es que “se debe tratar de la misma manera los comportamientos calificados como gravemente negligentes”,<sup>29</sup> puesto que “lo que el legislador y la norma han querido es sancionar a los que, respondiendo de lo mínimo, quebrantan este exiguo deber de cuidado”.<sup>30</sup> En ese sentido, se concluye que los sistemas ecuatoriano y chileno comparten un sistema de culpabilidad. Cabe recalcar que en Chile esta equiparación es producto de “una decisión de política jurídica cuyo objeto es tutelar el crédito, sancionando el dolo de manera más eficaz, lo que justifica su mantención en los términos del artículo”.<sup>31</sup> De igual manera, esta equiparación responde a necesidades de dificultad procesal, principalmente a favor de la víctima.

## 4.2. COLOMBIA

El artículo 63 del CC colombiano contiene una prescripción muy similar a la del CC ecuatoriano.<sup>32</sup> Aquí se analizará si la equiparación es producto de las mismas causas o si existen diferencias entre estas jurisdicciones.

Es importante entender que el CC colombiano tiene gran similitud con los CC chileno y ecuatoriano, por esta razón, la legislación consagró la teoría de la prestación de las tres culpas.<sup>33</sup> En ese sentido, se puede encontrar que esta jurisdicción se suma a la lista de países que equiparan dolo y culpa grave. A saber, la doctrina colombiana considera que la culpa grave es “una falta de cuidado tan torpe y grosera que sería inexcusable en cualquier persona”.<sup>34</sup> Por lo que la gravedad misma de dicha culpa es tan inusual y extrema que diferenciarla del dolo es prácticamente imposible.

A pesar de que Ecuador, Chile y Colombia mantienen un sistema tripartito de culpa y han equiparado la culpa grave al dolo, no existe precedente de

28 Banfi del Río, “La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile”, 302.

29 Jorge Baraona, “Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: Apuntes para una relectura en clave objetiva”, *Revista Chilena de Derecho* 24, n.º 1 (enero-abril 1997): 173, <https://www.jstor.org/stable/41609407>.

30 Pablo Rodríguez, “La obligación como deber de la conducta típica (la teoría de la imprevisión en Chile)”, *Revista Chilena de Derecho* 20, n.º 1 (1993): 57, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649795>.

31 Banfi del Río, “La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile”, 330.

32 Artículo 29, CC.

33 Guillermo Montoya, “De la culpa en el campo del acto jurídico,” *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 94 (enero-diciembre 1994): 59, <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/4399>.

34 *Ibid.*

relevancia. Es decir, ninguna jurisdicción ha demostrado que homologar estos conceptos o definir el tipo de culpabilidad ayude a graduar la indemnización o genere un impacto significativo en cuanto a la respuesta de los daños causados.

## 5. ESTÁNDARES INTERNACIONALES CON RESPECTO DE LA DIFERENCIA ENTRE CULPA GRAVE Y DOLO

En el derecho anglosajón, *common law*, aparece un estándar de comportamiento conocido como *extreme recklessness*. Se lo define como un comportamiento temerario y extremadamente imprudente que muestra una falta de consideración por la seguridad de otras personas. Este comportamiento puede ser intencional o no intencional, pero la persona actúa con una conciencia desatendida del peligro que su conducta puede crear.<sup>35</sup> *Manifest disregard for human life*, por otro lado, es un término más específico que se refiere a un comportamiento que indica una total falta de consideración por la vida humana. Se utiliza en casos en los que una persona ha actuado de manera consciente y deliberada, sin importarle el riesgo que su conducta puede suponer para otras personas.<sup>36</sup>

*Extreme recklessness* y *manifest disregard for human life* son términos legales utilizados para describir el comportamiento de una persona en situaciones en las que su conducta pone en peligro la vida de otras personas. Actuar sabiendo que hay un riesgo, pero sin considerarlo como una posibilidad de llegar a un resultado final, el daño. Ambos términos se utilizan comúnmente en el ámbito legal para determinar la responsabilidad penal de una persona en casos en los que su comportamiento ha causado daños graves o incluso la muerte de otras personas. Son términos legales que describen diferentes grados de conducta en el *common law*.

Por ejemplo, en el caso *People c. Watson* se analiza el comportamiento de un conductor que, en estado de ebriedad, condujo a altas velocidades. El demandado chocó con otro vehículo, dejando víctimas mortales. En 1941, el caso llegó a la Corte Suprema donde se elevó el estándar de conducta culpable a un desprecio imprudente o indiferencia deliberada hacia la seguridad de los demás. En específico, la Corte Suprema mencionó que *Watson* exhibió un desprecio consciente por la vida, lo cual respaldaría la idea de malicia implícita. Por esta razón se revocó la solicitud de desestimar la sentencia.<sup>37</sup>

35 Legal Information Institute, “Reckless”, *Cornell Law School* (2022), <https://www.law.cornell.edu/wex/reckless#:~:text=Behavior%20that%20is%20so%20careless,would%20exercise%20in%20similar%20circumstances>.

36 Committee on International Commercial Disputes, “The ‘Manifest Disregard of Law’ Doctrine and International Arbitration in New York”, *New York City Bar* (2012), <https://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072344-ManifestDisregardofLaw--DoctrineandInternationalArbitrationinNewYork.pdf>.

37 *People c. Watson*, Corte Suprema de California, 30 de noviembre de 1981.

Con base en los estándares analizados y en la sentencia anteriormente señalada, se puede concluir que dentro del derecho de daños, el enfoque no está en la voluntad dañosa del agente, sino en verificar que sus acciones puedan generar un daño, ya sea por ignorar la posibilidad de un resultado dañoso o por creerlo imposible.

## **6. CULPA Y DOLO EN LOS DIFERENTES REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD CIVIL**

Corral Talciani describe que:

En materia contractual, la culpa admite graduaciones: leve, levisima, grave y existe responsabilidad dependiendo del grado de culpa exigible (la que se fija según lo pactado o la naturaleza del contrato). En materia extracontractual toda culpa, incluso la levisima, genera obligación.<sup>38</sup>

La existencia de responsabilidad genera diferencias respecto de la culpabilidad en responsabilidad civil contractual y extracontractual. Es así que la equiparación de culpa grave y dolo tendrá un impacto sustancialmente distinto dependiendo del tipo de deber que ocasiona la responsabilidad.

### **6.1. CULPA Y DOLO EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**

En cuanto al régimen civil contractual, existe todavía un debate sobre cómo deben analizarse los elementos de la responsabilidad y sus posibles eximentes. Un ejemplo claro sobre este debate ha sido la manera de entender el dolo contractual. Baraona menciona que:

[La] noción misma de dolo en materia de incumplimiento contractual ha sido replanteada y hoy no existe consenso en torno a la clásica idea de voluntariedad de la acción, conocimiento de ilicitud e intención dañosa, para fundar la responsabilidad por este factor y muchos piensan que, en materia contractual, es más bien la voluntad y ejecución del deber de prestación sin ser precisa la intención dañosa bastando la deliberada decisión de no cumplir, aunque sea motivada por un beneficio propio.<sup>39</sup>

Se entiende así que en materia contractual lo principal es el incumplimiento, mas no la intención, alejándolo de cómo se lo entiende dentro del derecho penal. De igual manera, el estándar de un tercero razonable deja de ser completamente acorde a este tipo de obligaciones, ya que en estos casos existen

38 Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003), 31.

39 Baraona, "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños", 155.

obligaciones específicas provenientes del negocio jurídico y una perspectiva específica de ver estas prestaciones: la equivalencia.

Sin embargo, la posibilidad de indemnizar daños y perjuicios por la falta de cumplimiento de la obligación es un derecho complementario a la equivalencia de las prestaciones. Esto permite ubicar en un territorio diferente al cumplimiento de las contraprestaciones contractuales en sí, ya que las mismas existen y, adicionalmente, existirá la indemnización correspondiente. Dentro de las obligaciones contractuales, los daños se indemnizan cuando la falta de cumplimiento ha afectado a una o a ambas partes. El artículo 1563 del CC ecuatoriano prescribe que:

El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora, siendo el caso fortuito de los que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor, o que el caso fortuito haya sucedido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; y la prueba del caso fortuito, al que lo alega.

Todo lo cual se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.<sup>40</sup>

Con base en el artículo precedente, se observa que la culpabilidad es indispensable para graduar la responsabilidad en las obligaciones contractuales; sin embargo, no es importante en el sentido de voluntad o conocimiento, sino del beneficio recibido por dicha obligación. En resumen, el artículo prescribe que, a mayores beneficios, se debe tener mayor cuidado. Es evidente que, dentro de este artículo, el estándar de un tercero razonable variará dependiendo del provecho que se reciba.

Además, no tiene sentido agregar una categoría de dolo porque ha sido legal y literalmente equiparada a la culpa grave, por lo cual, la presunción de culpa —respecto de la culpa grave— alcanza al dolo.<sup>41</sup> Esto es problemático y más adelante se analizará si en realidad es útil para el análisis de la responsabilidad civil contractual. Es fundamental mencionar que el artículo 1563 igualmente hace alusión a que las partes podrán pactar sobre las disposiciones de culpa y

<sup>40</sup> Artículo 1563, CC.

<sup>41</sup> Rodrigo Barcia, "La asimilación de la culpa al dolo desde una perspectiva objetiva del derecho de los contratos", *Revista Ius et Praxis* 13, n.º 1 (2007): párr. 31. [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0718-00122007000100003&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=s0718-00122007000100003&script=sci_arttext).

cómo se atribuirá la responsabilidad, esto da paso a que se tenga total libertad para pactar qué grado de culpa aplicará al incumplimiento de sus prestaciones.

A pesar de que el CC ecuatoriano mantiene la división tripartita de la culpa para obligaciones contractuales, en la práctica se han evidenciado diferentes sistemas para otorgar responsabilidad. Según Barcia existen dos sistemas fundamentales: primero, el sistema subjetivo puro, el cual establece que el deudor solo será responsable si se determina la culpa. Segundo, el sistema objetivo, en el que interesa la voluntad o el factor psicológico, sino la transgresión a un deber de conducta; la culpa es irrelevante y solo interesa el incumplimiento. La única manera de evitar la imputabilidad del daño sería demostrar la imposibilidad de haberlo evitado.<sup>42</sup> Los sistemas objetivo y subjetivo son opuestos en cómo determinar la responsabilidad; sin embargo, pueden convivir dentro de un mismo ordenamiento jurídico.

### 6.1.1. RESPONSABILIDAD POR OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO

A pesar de los diferentes sistemas presentados, es esencial distinguir entre la clase de obligaciones estipuladas dentro del contrato, estas pueden ser de medios o de resultado. Definir qué tipo de obligación existe ayudará a entender el método de responsabilidad aplicable. Las obligaciones de medio tienen una íntima relación con la culpabilidad, ya que —al no existir una necesidad de obtener un resultado— lo esencial es que el sujeto pasivo demuestre haber actuado de manera diligente, cumpliendo con todas las posibilidades para llegar al fin deseado por la contraparte.<sup>43</sup> En el caso de las obligaciones contractuales de resultado, lo importante es que ese fin se cumpla, el mero incumplimiento genera responsabilidad.<sup>44</sup> Es así como frente a las obligaciones de medios se refiere a la culpa subjetiva y frente a las de resultado, a la responsabilidad objetiva.<sup>45</sup>

La definición de culpabilidad y equiparación de culpa grave y dolo no juegan un papel preponderante en la declaración de responsabilidad civil contractual. Además, como se ha analizado, al derecho de daños no le interesan los verdaderos elementos de la culpa y el dolo (voluntad y conocimiento), sino el beneficio que se recibirá de la relación contractual. Aun así, esta especificación pierde aún más valor en las obligaciones contractuales de resultado, ya que la culpa se vuelve irrelevante, por lo que equiparar el dolo a la culpa grave se vuelve innecesario; sin dejar de mencionar que las partes pueden dejar en

42 Ibid., párr. 14.

43 Daniel Garzón, y David Parada, “Las obligaciones de medio y de resultado y su incidencia en la carga de la prueba de la culpa contractual”, *Revista Universitas Estudiantes* 3, n.º. 12 (diciembre 2015): 244, <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/44501/11.%20Garzon-Parada.pdf;sequence=2&isAllowed=y>.

44 Barcia, “La asimilación de la culpa”, párr. 16.

45 El tema de la responsabilidad objetiva y subjetiva frente a las obligaciones de medio y resultado es un tema de bastante debate doctrinario. Por motivos de extensión del presente trabajo no se analizará esta problemática en profundidad.

desuso el artículo sobre el sistema tripartito y aplicar su propio sistema de responsabilidad para las prestaciones *inter partes*.

## 6.2. CULPA Y DOLO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

### EXTRACONTRACTUAL

En general, lo que se define o analiza como culpa dentro de la responsabilidad extracontractual es borroso, no existe una definición específica y los jueces tienen el deber de analizarla caso por caso. Para Díez-Picazo, antes de definir si existe culpa, es necesario definir si la persona se encontraba en una posición que generara un deber respecto del perjudicado.<sup>46</sup> Es decir, hay que verificar si existían deberes de diligencia y quién debía cumplirlos. Es así que “una situación de deber solamente existe cuando el tipo de daño, la producción del mismo por falta de cuidado y los tipos de personas a las que y por las que se produce se encuentran reconocidos por la ley”.<sup>47</sup> En muchos casos, determinar la existencia de un deber general de cuidado puede ser conflictivo y dependerá de las personas a cargo de esta tarea.

Por ejemplo, en el caso *Whites c. Jones* de 1995, las hijas de una persona fallecida demandaban al abogado de su padre, ya que, a pesar de haberle pedido que escriba un nuevo testamento que las beneficiaba, no lo hizo a tiempo y la persona falleció. A pesar de que las hijas hubieran sido beneficiadas económicamente por el nuevo testamento, el abogado tenía un deber con su cliente, ahora fallecido. El tribunal declaró que no había acción, ya que el abogado no tenía un deber para con las hijas y que era una pérdida netamente financiera. Sin embargo, cuando el caso llegó a la Cámara de los Lores, se determinó que la conducta negligente del abogado daba paso a un reclamo por parte de las hijas, a pesar de no existir relación contractual directa con las afectadas. Además, se determinó que el fallecimiento del padre era lo suficientemente previsible y que la relación de las hijas era muy cercana a él como para reclamar los daños ocasionados.<sup>48</sup> Así se puede ver cómo, dentro de un mismo caso, varios tribunales tendrán estándares y creencias diferentes para definir si existe un deber de cuidado.

Pasando la primera dificultad de la responsabilidad extracontractual, ahora se debe analizar la culpa y el dolo. En cuanto al dolo, no existe mayor problema ya que es una figura poco presente debido a la equiparación que se ha hecho entre la culpa grave y este concepto. Ahora bien, cuando se refiere a la culpa dentro de la responsabilidad contractual, se hizo énfasis en que en Ecuador existe un sistema tripartito entre culpa lata, leve y levisima. En este caso, se

46 Luis Díez-Picazo, “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, *Anuario de Derecho Civil* 54, n.º 3 (2001): 1019. [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-2001-30100901028](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2001-30100901028).

47 *Ibid.*, 1020.

48 *White c. Jones*, Cámara de los Lores del Reino Unido, 16 de febrero de 1995.

debe cuestionar si este sistema tripartito es aplicable a la responsabilidad extracontractual, debido a que no existe un beneficio expreso.

Se crea una problemática respecto a si la culpa dentro de la responsabilidad extracontractual es gradual, si existe un solo estándar de diligencia o, como lo define Díez-Picazo, si existe un “estándar unitario, homogéneo y abstracto del hombre medio, de manera que, solo la inobservancia de la diligencia media genera responsabilidad, o si, por el contrario, cualquier tipo de culpa, incluso la llamada culpa levisima, sirve de fundamento a la responsabilidad civil”.<sup>49</sup> Este debate no ha sido resuelto todavía y el sistema ecuatoriano no contiene una norma de rango legal que resuelva dicho conflicto. Sin embargo, se ha demostrado que todo daño jurídico que pueda ser probado debe ser resarcido.

En la misma línea, que recoge los pensamientos de Domat, se entiende que se debe responder por “todas las pérdidas y todos los daños que pueden ocurrir por el hecho de una persona, sea imprudencia, ligereza, ignorancia [...] por ligeras que puedan ser, deben ser reparadas por aquel cuya imprudencia y otra falta dio lugar a ellas”.<sup>50</sup> Empero, es opinión de las autoras que, más que darle relevancia a la culpa levisima, se intenta definir que no importa la intención del sujeto activo, sino el haber causado un daño a través de un hecho antijurídico, cualquiera que este fuera. Es decir, todo daño jurídico probado debe ser indemnizando, independientemente de la culpabilidad. Esto en caso de asumir que no apliquen eximentes de responsabilidad.

En este caso, lo que se tiene de referencia para definir la culpa es el estándar del tercero razonable en la misma circunstancia o el principio inglés del *reasonable man*. Estos principios han dejado atrás al del buen padre de familia, a pesar de que no han sido mucho más explícitos en cómo definir la debida diligencia. Aun así, lo que se puede observar es una disposición de carácter general que, en vez de definir los grados de culpa, dice que existe un estándar general de diligencia y que, dependiendo del contexto, este puede ser más o menos estricto. Por ejemplo, el nivel de diligencia que deberá tener un policía en cuidado de la propiedad privada no será el mismo que tendrá una persona cuidando la casa de su vecino cuando este último haya salido de viaje. Las exigencias, la preparación y profesión harán que el nivel de diligencia, tercero razonable en la misma circunstancia, sea cambiante.<sup>51</sup>

Sería contradictorio utilizar el sistema tripartito de culpa mientras se mantiene un estándar general de debida diligencia. Como elemento adicional, Schopf hace un análisis en el cual menciona que el tipo de interés o bien dañado

49 Díez-Picazo, “La culpa en la responsabilidad civil extracontractual”, 1022.

50 Tania Irigoyen, “Daños en el derecho de familia en el Ecuador” (tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, 2014), 27-8, <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/3188/1/000110552.pdf>.

51 Felipe Castro, María Moncayo, y Jean Ontaneda, “La relevancia de la *lex artis* en la responsabilidad civil: Un análisis de estándares de conducta”, *USFQ Law Review* 10, n.º 1 (mayo 2023): 147, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i1.2881>.

es relevante para definir el estándar de cuidado y generar responsabilidad.<sup>52</sup> Menciona que tan solo definir cómo se dará responsabilidad al sujeto activo, ignorando el nivel de protección que debería tener el objeto de daño, es insuficiente en el análisis de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, este elemento adicional no será motivo de análisis del presente trabajo.

Con todo lo mencionado, se entiende que la culpa no es esencial para definir si existe o no responsabilidad extracontractual. No se han utilizado estos elementos para graduar la indemnización de los daños ocasionados. Por lo cual, no existe necesidad del elemento de culpabilidad en la materia de derecho de daños. Diferenciar culpa y dolo es innecesario, es óptimo utilizar el estándar de un tercero razonable en las mismas circunstancias, entendiendo que este cambiará dependiendo del contexto y que cada caso de razonabilidad será mayor o menor.

Al concluir el análisis de responsabilidad contractual y extracontractual, se puede definir que la culpabilidad no se aplica de la misma manera en ambos regímenes. Sin embargo, este análisis permite concluir que la equiparación de culpa grave y dolo es innecesaria. En el caso de la responsabilidad contractual, las partes pueden pactar su propio régimen de responsabilidad, por lo que el sistema tripartito y la equiparación quedarán en desuso en la mayoría de ocasiones. Además, para las obligaciones de resultado, la culpa se vuelve irrelevante. Mientras tanto, para las obligaciones de medio, las partes probablemente definirán cuáles son las acciones mínimas a llevarse a cabo para cumplir con su deber.

## 7. INAPLICACIÓN PRÁCTICA DE LA EQUIPARACIÓN

La relevancia práctica de la equiparación de estos conceptos podría derivar de la indemnización y su respectiva cuantificación, sobre todo en la responsabilidad civil contractual, lo cual además responde un tema conceptual. En palabras de Banfi del Río: “[L]a culpa lata no se distingue fácticamente del dolo, ni interiormente tampoco: psicológica y moralmente el no querer cumplir porque ‘no me conviene’ es tan contrario a la buena fe o lealtad que el ser más despreocupado que el mayor de los imbéciles”.<sup>53</sup>

Como se explicó en secciones anteriores, la homologación de culpa grave y dolo responden a la necesidad procesal, más específicamente a la simplicidad probatoria respecto al sistema de protección a favor de la víctima. Parecería que el único punto de relevancia es cuando el cálculo de la indemnización por daño cometido con dolo o culpa grave es mayor, mientras que, cuando

52 Adrián Schopf, “El ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual y los daños puramente patrimoniales”, en *Estudios del Derecho Civil*, ed. Álvaro Vidal, Gonzalo Shverin y Claudia Mejías (Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2015), 924.

53 Banfi del Río, “La asimilación de la culpa grave al dolo en la responsabilidad contractual en Chile”, 292.

la culpa sea leve o levísima, el cálculo será menor. En comparación con el régimen penal, la pena en sí depende de la culpabilidad del agente. De ser culposa será menor, mientras que, de ser dolosa, la pena impuesta será mayor. Sin embargo, el derecho penal no hace mención alguna sobre equivalencia de conceptos. Además, el COIP tipifica la imposición de las penas en rangos y, así, se genera una relación estrecha entre culpa o dolo del agente y la pena recibida. Empero, en el sistema civil no existen tipos antijurídicos y los jueces no tienen una norma o precedente obligatorio que determine la forma de cuantificar los daños, por lo que resulta inútil la relevancia práctica antes planteada. Independientemente de la culpa o el dolo del agente, el juez debe dar una indemnización respecto del daño, mas no de la voluntad del sujeto.

Aun cuando el dolo y la culpa grave son conceptos distintos, se entrelazan en cuanto esta última responde a una inobservancia absoluta del demandado, mientras que el dolo es la búsqueda intencional de determinado daño. De todas maneras, encontrar su verdadera esencia es inútil, pues no tiene aplicabilidad en el sistema civil ecuatoriano. No se han presentado casos que evidencien que en el derecho civil el análisis de culpabilidad se realice con la finalidad de graduar la responsabilidad otorgada, salvo que las partes hayan pactado lo contrario o la norma exprese la finalidad indemnizatoria o el elemento de verificación del daño.

En ese sentido se puede mencionar que, por regla general, la única utilidad práctica de la equivalencia sería alivianar la carga probatoria para asegurar que la víctima reciba una indemnización, sin embargo, esto último se contradice con la interpretación legal de que todo daño jurídico, y por lo mismo probado, debe ser indemnizado.<sup>54</sup> En un inicio, parecería que la homologación de términos se ha hecho con la finalidad de alivianar la carga probatoria de la víctima, pero ¿qué utilidad práctica existe en alivianar la carga probatoria para la víctima? Ninguna. El valor indemnizatorio —dependiendo de si se ha inobservado un deber de diligencia o se ha actuado con intencionalidad de cometer un daño— no genera efecto alguno en el proceso, puesto que la reparación de la víctima es la misma independientemente de cualquier tipo de culpa que se determine sobre el agente dañoso. Por consiguiente, esta equiparación solo recae en la inutilidad. La cantidad indemnizatoria no variará dependiendo de la intención del agente, salvo en casos específicos prescritos en la ley o por pacto de las partes.<sup>55</sup> En otras palabras, no interesa si se actuó con dolo o culpa grave o cualquier tipo de gradación de la culpa, puesto que la indemnización será la misma, exista o no una equiparación de conceptos.

---

54 Artículo 2214, CC.

55 La ley prescribe algunas excepciones que permiten observar la importancia de diferenciar entre la culpa y el dolo, sin embargo, a partir de una lectura literal del artículo 29 del CC prescribe que en materia civil la culpa grave y el dolo son equivalentes. En ese sentido, por ejemplo, la condonación del dolo dictado en el artículo 1581 del CC se debe entender que tanto la culpa grave como el dolo no pueden ser condonados. Pueden surgir más ejemplos prescritos por la ley, no obstante, para términos del CC estos conceptos no se deben leer por separado.

## 8. CONCLUSIÓN

La culpabilidad continúa siendo un elemento confuso dentro de los supuestos necesarios para definir responsabilidad por daños civiles. Sin embargo, el CC no ha dejado de lado el tratamiento de esta materia. Así, se ha entendido que Ecuador contempla un sistema tripartito, en el que la culpa grave y el dolo se han equiparado. Dicho fenómeno se prescribe en el artículo 29 del CC. A pesar de que el CC ha tratado la cuestión de culpabilidad y ha utilizado los términos culpa y dolo para referirse a este tema, en el derecho penal este tratamiento no es equivalente. En el derecho civil la culpabilidad se mide con base en el estándar de conducta de un tercero razonable en la misma situación, mientras que en lo penal la graduación variará dependiendo de la voluntariedad del sujeto. Los doctrinarios han realizado un análisis del contexto histórico para justificar la homologación de conceptos, partiendo de que ambas categorías transgreden el principio de buena fe. En materia probatoria, esta equiparación se hace para alivianar la carga de la víctima y asegurar la indemnización de los daños correspondientes, sin embargo, esto no tiene utilidad alguna, puesto que el tipo de culpa no incide directamente sobre la indemnización del daño.

El sistema tripartito ecuatoriano no es único en la región, se ha encontrado regímenes de responsabilidad prácticamente iguales en Chile y Colombia. En ambos países, la equiparación de términos se ha fundamentado en la buena fe y la facilidad probatoria. A partir del análisis de estándares internacionales como *extreme recklessness* y *manifest disregard for human life*, se determina que, sin importar el nombre que se le ponga, la culpabilidad gira en torno a principios de conducta y deber de diligencia.

Dentro de un mismo régimen civil existen diferentes aplicaciones de la culpabilidad, dependiendo de la fuente y el tipo de obligaciones. En la responsabilidad contractual existe una obligación previa que vincula a las partes, por lo que el interés recae en el incumplimiento de dicha obligación. Es así como analizar la culpabilidad o equiparar la culpa grave al dolo se vuelve innecesario, ya que la persona responde por su incumplimiento, mas no si lo hizo por beneficio propio o negligencia. Sin embargo, si se analizan las obligaciones contractuales de medios y de resultado, se ve una flexibilidad distinta del principio de un tercero razonable. Es así que, en las obligaciones de medios, el estándar gira alrededor de buscar, por todos los medios posibles y diligentes, cumplir con el fin. Se debe demostrar la negligencia para generar responsabilidad, que se acerca a un sistema subjetivo. Por otro lado, en las relaciones de resultado, el mero incumplimiento genera responsabilidad, equivalente a un sistema objetivo. Aun así, en ninguno de estos casos la voluntariedad del agente —sea por falta de diligencia o por incumplir— cambia en cuanto a la responsabilidad por la que debe responder el demandado.

En cuanto al régimen de responsabilidad extracontractual, varios autores han dicho que se responde incluso por la culpa levísima. Sin embargo, esto no se refiere a que la culpabilidad sirva para graduar la indemnización, solo menciona que todo daño jurídico probado debe ser resarcido, independientemente de la voluntad del acto. Por ende, en ambos regímenes, contractual y extracontractual, se ha demostrado que no hay una necesidad de probar la voluntariedad del agente. Por ello, la equiparación de términos se vuelve inútil e innecesaria.

Finalmente, todo este análisis de la homologación de términos ha sido únicamente doctrinario. No se ha logrado encontrar un valor práctico en el que la equiparación de conceptos y el sistema tripartito de culpabilidad tengan alguna importancia en la *praxis* de la profesión. Se ha logrado extender el análisis para definir que todo estudio de culpabilidad se aleja de la realidad del derecho de daños. Solo tendrá una funcionalidad práctica si existiere norma expresa, pacto entre las partes o algún precedente vinculante que permita utilizar estos términos para graduar la indemnización o la existencia misma del daño.



# PROSPECTUS

Somos una *firma innovadora*,  
con visión y práctica internacional

**Dirección:** Francisco Salazar E10-37 y José Tamayo,  
Atlantic Business Center / Oficina 801

**Teléfono:** (593) 222-4878 / **Whatsapp:** (593) 99 767 2031

[www.prospectus.com.ec](http://www.prospectus.com.ec)



# Régimen de responsabilidad civil por daños derivados de la infracción del derecho antitrust respecto a prácticas restrictivas: la aplicación privada del derecho de competencia

*Civil liability regime for damages arising from antitrust violations regarding restrictive practices: private enforcement of competition law*

PAOLA MOREIRA PINARGOTE\*  
NICOLE IZA ABAD\*\*

**Recibido / Received:** 26/06/2023  
**Aceptado / Accepted:** 10/08/2023  
**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3026>

**Citación:**

Moreira Pinargote, P. N. Iza Abad. “Régimen de responsabilidad civil por daños derivados de la infracción del derecho antitrust respecto a prácticas restrictivas: la aplicación privada del Derecho de Competencia”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3026>

---

\* Universidad San Francisco de Quito, USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: kpaolamoreira@outlook.com, ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-8833-6072>

\*\* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: nicoleizaabad@outlook.com, ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0006-4622-1951>

**RESUMEN**

El presente trabajo pone en manifiesto el régimen aplicable para demandar una indemnización por daños derivados de prácticas restrictivas que afecten a los consumidores y otros competidores. Concluyéndose que se debe aplicar un régimen de responsabilidad civil extracontractual. Si bien no existe un régimen especial para este tipo de indemnizaciones, se debe tener en consideración ciertos elementos importantes, como la prejudicialidad de la declaratoria de las prácticas restrictivas por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, la prevalencia de los daños de carácter patrimonial y la posibilidad de establecer un régimen de responsabilidad subjetivo con presunción de culpabilidad. Estas consideraciones, al momento de resolver una demanda por indemnización de daños, pueden representar un avance significativo en la forma en que se aborda la responsabilidad por conductas anticompetitivas, al ofrecer a las partes perjudicadas una nueva vía para buscar justicia y reparación.

**PALABRAS CLAVE**

Conductas colusorias; derecho *antitrust*; prácticas restrictivas; procedimiento administrativo; responsabilidad objetiva; reclamación de daños

**ABSTRACT**

*This paper shows the applicable regime for claiming compensation for damages derived from restrictive practices affecting consumers and other competitors, concluding that a tort liability regime should be applied. Although there is no special regime for this type of indemnity, certain important elements must be considered, such as the prejudicial nature of the declaration of restrictive practices by the Superintendence of Control of Market Power, the prevalence of pecuniary damages and the possibility of establishing a subjective liability regime with presumption of guilt. These considerations —when resolving a claim for damages— may represent a significant advance in the way in which liability for anticompetitive conduct is addressed, by offering the affected parties a new way to seek justice and redress.*

**KEYWORDS**

*Collusive practices; antitrust law; restrictive practices; administrative procedure; objective liability; private enforcement; tort claim*

## 1. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico ecuatoriano adoptó el derecho de competencia hace doce años. No obstante, todavía existen temas que no han sido completamente tratados en el marco legal. Actualmente, la Superintendencia de Competencia Económica (en adelante SCE) tiene la competencia exclusiva de declarar si una práctica es anticompetitiva en un proceso administrativo. Por ello, este tratado busca explorar una alternativa distinta en el ámbito civil, centrándose en abordar el problema jurídico relacionado con el régimen de responsabilidad civil por daños resultantes de prácticas restrictivas.

El surgimiento de prácticas restrictivas que afectan a los consumidores y a otros competidores genera la necesidad de establecer un marco legal en el ámbito civil para establecer la indemnización por los daños generados. Por lo cual, se plantea la interrogante sobre cuál es el régimen de responsabilidad civil más adecuado para abordar esta problemática.

De esta manera, la aplicación privada del derecho ofrece a los afectados la oportunidad de recibir una compensación, que puede fomentar una mayor rendición de cuentas por parte de los infractores y reforzar la salvaguardia de los intereses de los consumidores y otros competidores en el mercado.<sup>1</sup> Al proporcionar específicamente el ámbito civil como una alternativa adicional a los procedimientos administrativos llevados por la SCE, se promueve una mayor accesibilidad a la justicia y se amplían las opciones disponibles para remediar los daños causados por prácticas anticompetitivas. De este modo, la vía civil aborda de manera más exhaustiva los perjuicios sufridos y otorga una mayor capacidad para garantizar una adecuada reparación de los daños causados.

Es importante destacar que, si bien no existe un régimen especial para la compensación de daños derivados de prácticas restrictivas, el derecho de competencia y el régimen de responsabilidad civil ofrecen un enfoque integral para este tipo de situaciones. Esto implica considerar elementos como la prejudicialidad de la declaratoria de las prácticas restrictivas por parte de la SCE, la prevalencia de los daños patrimoniales y la posibilidad de establecer un régimen de responsabilidad subjetivo con inversión de la carga probatoria.

Además, se ofrece un análisis de jurisprudencia comparada, tomando como referencia el caso de España, donde ya se ha aplicado un régimen de indemnización de daños para particulares. Este estudio conjunto proporciona una visión integral del problema y sienta las bases para un enfoque más efectivo en la reparación de los particulares afectados por prácticas restrictivas.

1 Ernesto Rengifo, *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante* (Bogotá: Universidad del Externado, 2004), <https://doi.org/10.2307/j.ctv25tnvc1>.

Con este antecedente sobre la relevancia del mercado y la influencia de las prácticas restrictivas en la dinámica económica, es fundamental examinar cómo estas prácticas impactan directamente en la libre competencia y en los derechos de los consumidores.

## 2. DERECHO DE COMPETENCIA Y SU FUNCIÓN DE PROTECCIÓN DEL MERCADO

El mercado actúa como un sistema para la asignación de recursos, la producción y el intercambio de bienes y servicios en una economía.<sup>2</sup> Por esta razón, desarrolla un papel crucial en el funcionamiento de la sociedad al facilitar la interacción entre compradores y vendedores. Siguiendo esta línea, la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) enmarca al mercado como un bien jurídico protegido que tiene titularidad general por toda la sociedad.<sup>3</sup> Así, la importancia de una relación dinámica y equilibrada del mercado permite que exista armonía entre la sociedad y el Estado. Por otro lado, el sistema económico que permite que los precios de los bienes y servicios sean determinados por la oferta y la demanda es el sistema de libre mercado. Este sistema se basa en la propiedad privada, competencia y libre elección por parte de los consumidores.<sup>4</sup> Por ello, su protección es fundamental ya que asegura la eficiencia económica al permitir una asignación eficiente de recursos. Punto que beneficia a los consumidores al garantizar opciones, precios competitivos y productos de calidad.<sup>5</sup> Empero, la intervención del Estado se debe limitar a los fallos de mercado.

Asimismo, los fallos de mercado se refieren a circunstancias en las que el mercado no logra asignar eficientemente los recursos o no produce resultados deseables desde el punto de vista económico o social.<sup>6</sup> Por ende, se busca evitar que las condiciones o los precios del mercado sean resultado de fallos artificiales o situaciones de dominancia. En línea con estos objetivos, la CRE prescribe que la política comercial tiene como finalidad evitar prácticas monopólicas y oligopólicas que afecten el funcionamiento de los mercados.<sup>7</sup>

Así, el Estado vigila al mercado por medio del derecho de competencia. Primordialmente enfocándose en prevenir y sancionar prácticas anticompetitivas que puedan restringir la competencia y afectar negativamente el

2 Selma Mushkin, "Hacia una definición de la economía de la salud", *Lecturas de Economía* 51 (diciembre 1999): 89-109. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4833839>.

3 Artículo 335, Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez Tercer Suplemento del R. O. 377 de 25 de enero de 2021.

4 Teresa Freire Rubio, *Prácticas y conceptos básicos de microeconomía* (Madrid: ESIC, 2006), 23-49.

5 Agustín Grijalva, y José Vicente Troya, "Elementos para un derecho de la competencia en el Ecuador", *Foro: Revista de Derecho* 1 (Enero 2003): 5-47, <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/269>.

6 Ricardo Reveco, y Ricardo Padilla, "Derecho de la libre competencia," *Revista Chilena de Derecho Privado* 28 (julio 2017): 375-86, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370852131014>.

7 Artículo 304, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

funcionamiento eficiente del mercado.<sup>8</sup> Siendo así que la estructura del derecho de competencia ecuatoriano se encuentra contemplada en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado (en adelante LORCPM). El artículo 1 de la LORCPM establece que el sistema de regulación y control se divide en cuatro subrégimenes especializados, que abordan diferentes conductas como (i) abusos de poder de mercado; (ii) prácticas restrictivas; (iii) competencia desleal y (iv) concentraciones económicas.

### 3. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS COMO INFRACCIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA

Si bien es completamente viable que los operadores económicos involucrados en la cadena de producción realicen acuerdos, el límite se traza cuando estos comprometen la competencia justa o perjudican los intereses de los consumidores. Así, en el marco de los acuerdos entre los operadores económicos, se ha regulado a las prácticas restrictivas como aquellas conductas en las que dos o más operadores económicos,<sup>9</sup> de manera actual o potencialmente, remplazan la competencia por la colaboración.<sup>10</sup> Estas acciones limitan, obstaculizan o distorsionan la competencia debido a que cambian la competencia por la colaboración.<sup>11</sup> En su artículo 11, la LORCPM considera que un acuerdo puede ser anticompetitivo por su intención y por sus consecuencias en el mercado, independientemente de si se han ejecutado efectivamente con dicho fin. Estos acuerdos pueden darse en el mismo nivel de la cadena de producción, conocidos como acuerdos horizontales, y entre diferentes niveles de la cadena, llamados acuerdos verticales. En este contexto, resulta relevante examinar las diversas formas de clasificar las prácticas restrictivas.

#### 3.1. FORMAS DE CLASIFICAR LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

Existen dos formas de clasificación de las prácticas restrictivas: (i) por los operadores económicos intervinientes (acuerdos horizontales y verticales) y (ii) por su objeto o efecto. Estas clasificaciones no son excluyentes, basta con que la conducta se encuadre en el concepto de una práctica restrictiva. Siguiendo

8 Paul Nihoul, *Introducción al derecho de la competencia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005), 47.

9 Se entiende como operadores económicos todos aquellos que realizan actividades económicas. La LORCPM prescribe que el régimen del derecho de competencia establece que regula a todos los operadores económicos: "sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional". Ver artículo 2, LORCPM.

10 Carolina Salazar, "Algunos apuntes sobre la culpa en la responsabilidad derivada de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia", *Revista Digital de Derecho Administrativo* 10 (diciembre 2013), 147-60, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/3689>.

11 Leidy Medina, y Mileth Osorio, "Fines del régimen sancionatorio en materia de protección a la libre competencia en Colombia: Un estudio desde los acuerdos restrictivos de la libre competencia" (tesis de grado, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2017), 55, <http://hdl.handle.net/20.500.12749/543>.

el objeto de estudio de este trabajo, las prácticas a las que se hará referencia son las prácticas restrictivas horizontales por objeto y efecto anticompetitivas.

Las prácticas horizontales son prácticas entre competidores que forman parte del mismo mercado relevante, es decir, se encuentran en el mismo escalón de la cadena de valor. Estas representan graves obstáculos para la competencia en el mercado. Los carteles implican acuerdos entre competidores con objetivos anticompetitivos.<sup>12</sup> Estas restricciones incluyen prácticas como la fijación de precios, que abarca elementos como descuentos, formas de pago y publicidad. También se encuentra el reparto de mercado, que implica la división de zonas geográficas o categorías de clientes. Otra práctica común es la imposición de cuotas y restricciones en la producción, limitando la oferta y generando escasez artificial para elevar los precios. Por último, el amaño de subastas públicas donde la coordinación entre los participantes constituye una forma típica de cartel.

Respecto a la clasificación por objeto y efecto, por un lado, la categoría por objeto es aquella en la que las manifestaciones se revelan por sí mismas como ilegales. Estas presentan un alto riesgo para la sociedad, debido a que su objetivo principal es restringir, obstaculizar o distorsionar la competencia de manera directa. Motivo por el cual estas prácticas son consideradas anticompetitivas por su naturaleza y se consideran ilícitas sin necesidad de analizar sus efectos concretos. Por otro lado, la categoría por efecto se refiere a aquellas prácticas que, aunque no tengan como objetivo directo restringir la competencia, tienen efectos anticompetitivos en el mercado. Son aquellas en las que no es evidente el riesgo competitivo. Razón por la que se evalúan en función de su impacto real en la competencia, los precios, la aptitud y la oferta de bienes y servicios. Se consideran ilícitas sobre todo si se demuestra que causan un perjuicio significativo a la competencia.<sup>13</sup>

En definitiva, las conductas anticompetitivas por efecto tienen como resultado la limitación o eliminación de la competencia en el mercado. A su vez, las conductas anticompetitivas por objeto tienen como meta directa restringir la competencia. Ambas prácticas son ilegales y están sujetas a sanciones a cargo de la autoridad reguladora de la competencia.

---

12 Andrés Palacios, Guillermo Sossa, y Bernardo Carvajal, "Aspectos procesales en prácticas restrictivas de la competencia", *Con-texto: Revista de Derecho y Economía*, n.º 54 (julio-diciembre 2020): 113-26, <https://doi.org/10.18601/01236458.n54.08>.

13 Pinkas Flint, *Tratado de defensa de la libre competencia: Estudio exegetico del DL 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia* (Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002).

#### 4. SANCIONES ADMINISTRATIVAS FRENTE A CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

En la legislación ecuatoriana se establecen diferentes sanciones administrativas para las prácticas restrictivas, que están contempladas en la LORCPM. Estas tienen como objetivo principal proteger la competencia. Las principales sanciones que se aplican son las multas.<sup>14</sup> Al considerar la cuantía de una multa, la misma se establece según en el volumen de ventas o de ingresos obtenidos por los infractores. El monto de esta penalización monetaria puede ser significativa, con el propósito de disuadir la realización de prácticas restrictivas y asegurar el cumplimiento de las normas de competencia.

Además, se establecen medidas correctivas que obliguen a los infractores a cesar o modificar sus prácticas restrictivas. Estas políticas buscan restablecer la competencia en el mercado y garantizar un entorno de negocios equitativo y transparente.<sup>15</sup> Las intervenciones correctivas pueden incluir acciones como la modificación de contratos, la apertura del mercado a nuevos competidores o la adopción de prácticas que promuevan la competencia leal.

Otra sanción prevista en la legislación es la publicidad de la infracción. Esto implica que la autoridad competente puede ordenar la difusión de la infracción cometida, con el propósito de informar a los consumidores y al público en general sobre la conducta anticompetitiva realizada. Esta medida busca crear conciencia y transparencia en el mercado, así como generar un impacto disuasorio en otras empresas que puedan estar considerando prácticas restrictivas. Empero, esta función puede ayudar a los consumidores y competidores afectados a conocer las declaratorias de las prácticas restrictivas en el supuesto en el que quieran presentar acciones indemnizatorias por daños.

Es importante destacar que, como persona o entidad particular, se puede denunciar la realización de prácticas restrictivas ante la SCE. No obstante, esta entidad no tiene la facultad de declarar la existencia de perjuicios ni de condenar al infractor al resarcimiento de sus faltas. Esto debido a que su competencia se limita a un procedimiento y sanción administrativos. La LORCPM prescribe la posibilidad de que:

[L]as sanciones impuestas a los infractores [...] no obstan el derecho de los particulares de demandar la indemnización de daños y perjuicios que

<sup>14</sup> Capítulo VI, LORCPM.

<sup>15</sup> Francisco Marcos, "La sanción a las administraciones públicas cuando restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas sin actuar como operadores económicos en el mercado", working paper IE Law School AJ8-237 (abril 2017): 17, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3040026>.

corresponda de conformidad con las normas del derecho común, así como la imposición de sanciones de índole penal, en caso de constituir delitos.<sup>16</sup>

Por lo tanto, los perjudicados deben buscar la satisfacción de sus intereses a través de la vía civil, a través de acciones tendientes a lograr la indemnización por daños y perjuicios.<sup>17</sup> Lo cual significa que, en casos en los que se haya ocasionado un perjuicio económico a los consumidores u otros competidores, se puede requerir que los infractores compensen o restituyan los daños causados. Esto con el objeto de reparar el daño económico sufrido por las partes afectadas y restablecer la situación previa a la práctica restrictiva.

De modo que la sanción de las prácticas restrictivas a través de la vía civil es de suma importancia debido a varias razones: (i) permite a las partes perjudicadas buscar una compensación y reparación adecuadas por los daños sufridos, (ii) promueve un elemento disuasorio efectivo contra futuras conductas anticompetitivas y (iii) fomenta una mayor participación y transparencia en el proceso de búsqueda de justicia.<sup>18</sup> A continuación, es importante analizar el régimen de responsabilidad civil que se debería aplicar en los supuestos de indemnización por daños derivados de la realización de prácticas restrictivas.

## 5. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A PRÁCTICAS RESTRICTIVAS

El ordenamiento jurídico ecuatoriano diferencia los distintos regímenes de responsabilidad de acuerdo con su naturaleza. Estos pueden ser contractuales o extracontractuales.

La responsabilidad contractual es aquella que surge como consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico singular y concreto, mientras que la extracontractual surge al margen o con prescindencia de un vínculo jurídico de tal índole.<sup>19</sup>

Esta distinción cobra relevancia por la diferencia en los tratamientos del tema probatorio, la gradación de la culpa y los términos de prescripción.

Mayoritariamente, la responsabilidad civil en asuntos de competencia se enmarca en la esfera extracontractual. Esta situación surge porque la libre competencia se considera un interés económico “colectivo y difuso”, que involucra

<sup>16</sup> Artículo 25, LORCPM.

<sup>17</sup> Joaquín Tallá, “La aplicación privada del derecho de la competencia: La reclamación por daños derivados de una infracción del derecho antitrust”, (tesis de maestría, Universitat Jaume I, 2023), 5-8, <https://repositori.uji.es/xmlui/handle/10234/202208>.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> Paola Carrillo, “Responsabilidad civil derivada de prácticas anticompetitivas: Estudio de sus presupuestos axiológicos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 56 (julio-diciembre 2016): 1-30, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360055998011>.

a un número indeterminado de personas.<sup>20</sup> En consecuencia, se dificulta la creación de un vínculo jurídico previo e individualizado entre la víctima y su victimario para establecer una relación contractual como fuente de responsabilidad.<sup>21</sup> Incluso si existiera una relación jurídica previa entre el agente infractor y la víctima, “si el daño no se origina en el incumplimiento de una de las obligaciones surgidas de ese contrato, no [se estaría] en el campo de la responsabilidad contractual sino de la extracontractual”.<sup>22</sup> Es decir, la existencia de un contrato entre quien realizó la práctica restrictiva que provocó un daño y quien lo sufrió no basta para categorizar la responsabilidad como contractual. El daño debe ser ocasionado por el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el instrumento. No obstante, en el caso objeto de estudio, la hipótesis es la práctica restrictiva que haya afectado al orden público económico y, consecuentemente, a los particulares. En definitiva, el régimen de responsabilidad será extracontractual.

### 5.1. PRÁCTICAS RESTRICTIVAS COMO CAUSAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

En nuestro sistema legal, la responsabilidad civil extracontractual tiene su origen en el artículo 1453, el cual establece que: “las obligaciones nacen [...] a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos”.<sup>23</sup> De esta forma, el ordenamiento contempla el surgimiento de una obligación derivada de delitos y cuasidelitos civiles. Sin embargo, frente a un supuesto de afectación a los derechos o intereses de las personas, el ordenamiento regula si la misma persona que experimenta el daño es quien debe resignarse o si puede esperar algo de quien lo causó.<sup>24</sup> A partir de lo cual existe la posibilidad de solicitar una indemnización. Se ha establecido que el objeto del derecho de la responsabilidad civil “es establecer los requisitos para que el daño sufrido por una persona dé lugar a una acción reparatoria contra un tercero”.<sup>25</sup>

De acuerdo con lo anterior, se debe indicar que no todo daño lleva consigo la obligación de indemnizar a la víctima. La doctrina ha establecido cuatro elementos que, verificada su confluencia, dan lugar a la responsabilidad extracontractual. Estos elementos son (i) daño, (ii) hecho antijurídico, (iii) nexo

20 Sergio Rojas, *Responsabilidad civil: La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2014), 283-4.

21 Ibid.

22 Jaime Arrubla, “Tensión, balance y proyecciones de la responsabilidad contractual y de la responsabilidad extracontractual”, en *Tendencias de responsabilidad civil en el siglo XXI*, ed. Javier Celis (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2009), 162.

23 Artículo 1453, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 46, 24 de junio de 2005, reformado por última vez R. O. Suplemento de 14 de marzo de 2022.

24 Luis Díez-Picazo, *Fundamento del derecho civil patrimonial: La responsabilidad civil extracontractual* (Pamplona: Thomson Civitas, 2011), 21.

25 Enrique Barros, “La culpa en la responsabilidad civil”, en *Ensayos Jurídicos*, ed. Pedro Irureta (Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado, 2005), 2.

causal y (iv) culpa o dolo.<sup>26</sup> En el caso de la responsabilidad objetiva, no se considera el último elemento, puesto que esta última establece la obligación de reparar todo daño que se produzca como consecuencia del ejercicio de determinadas actividades, con independencia del grado de diligencia que se haya empleado.<sup>27</sup> Por lo tanto, es importante analizar la confluencia de cada elemento para verificar si de las prácticas restrictivas se puede generar responsabilidad civil.

En primer lugar, el efecto general de las prácticas restrictivas es la vulneración del orden público económico. En términos simples, la vulneración del mercado. Esto no significa que como parte de sus efectos generales no existan efectos negativos en contra de particulares. De la ocurrencia de dichas prácticas es posible establecer dos daños a la propiedad privada: aquel que impacta en el patrimonio de los otros competidores y aquel que impacta en el patrimonio de los consumidores.

Desde un enfoque netamente patrimonial, dichas afectaciones pueden conllevar principalmente a indemnizaciones derivadas por daño emergente —entendido como la pérdida del patrimonio—, por lucro cesante o las ganancias dejadas de percibir. A modo de ejemplo, podrían considerarse daños emergentes los sobrecostos, ya sean directos o indirectos,<sup>28</sup> en los que haya tenido que incurrir el agente económico para mejorar su posición en el mercado debido a las prácticas restrictivas. Asimismo, puede clasificarse como lucro cesante las estimaciones de ventas que se dejaron de percibir frente a dichas prácticas.

Desde el punto de vista de los consumidores, la afectación resulta más ligada al daño emergente. Esto ocurre, entre otros factores, cuando se cuenta con menor variedad de opciones de productos o servicios en el mercado para elegir. Así, los consumidores se ven obligados a adquirir productos a precios elevados debido a que no existen otros competidores ni productos sustitutos. Sin embargo, el impacto puede ser mayor frente al supuesto de que se limite el acceso al producto en cuestión. Este fue el caso de tres farmacéuticas chilenas que colisionaron pactando el precio para sus productos de pastillas anti-conceptivas. Como consecuencia de la limitación para la obtención de dicho fármaco, se tuvo un pico de embarazos y más gasto en salud y educación.<sup>29</sup> Es decir, como consecuencia de las prácticas restrictivas de las farmacéuticas se produjeron daños emergentes a los consumidores ligados con gastos que no deberían haber contemplado si hubiesen tenido acceso a los fármacos.

En segundo lugar, respecto al requisito del hecho antijurídico, la LORCPM

26 Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago de Chile: Legal Publishing, 2003), 5-39.

27 Barros, “La culpa en la responsabilidad civil”, 2.

28 Joaquín Tallá realiza un análisis sobre los tipos de sobrecostos de conformidad con el impacto que estos hayan tenido en el agente económico. Ver Tallá, *La aplicación privada del derecho de la competencia*, 20-2, [https://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/202208/TFM\\_2023\\_Talla%20Ortiz\\_Joaquin.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/202208/TFM_2023_Talla%20Ortiz_Joaquin.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

29 Farmacias Ahumada S. A. (FASA), Farmacias Cruz Verde S. A. y Farmacias Salcobrand S. A. c. Fiscalía Nacional Económica, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, 31 de enero de 2012.

prohíbe claramente las prácticas restrictivas. Es decir, se trata de una antijuridicidad formal, por cuanto este presupuesto se encuentra regulado en la normativa correspondiente. No obstante, existe un factor importante a analizar: para que se configure la antijuridicidad se requiere un acto administrativo sancionador que declare la existencia de una práctica restrictiva. Esto porque el ente rector del poder de mercado y, por ende, el órgano competente en Ecuador para declarar a una práctica económica como restrictiva es la SCE. La LORCPM prescribe que las personas que se hayan visto afectadas por la comisión de una conducta prohibida por dicha normativa podrán solicitar indemnización civil en un plazo de cinco años contados desde la ejecutoría de la resolución.<sup>30</sup> Esto representa una excepción al régimen extracontractual general, en el que la acción prescribe en “cuatro años contados desde la perpetración del acto”.<sup>31</sup>

En tercer lugar, corresponde analizar el nexo causal de la práctica restrictiva y el daño al particular. Frente a una infracción, la procedencia de la indemnización surge con la acreditación de una relación causa-efecto entre la infracción y el daño producido. Ya que este es un tema probatorio, y en el ámbito procesal se deben analizar las consideraciones particulares de cada caso, procede un análisis general del requisito. Con este fin, es posible señalar diferencias importantes entre la aplicación de la indemnización por daños derivada de las prácticas restrictivas frente al régimen común.

En la categoría de daños, “para que se dé una afectación a un interés particular y concreto, la conducta anticompetitiva fuente ha debido haber generado un efecto en el mercado”.<sup>32</sup> De dicha afectación se deben haber derivado los perjuicios hacia el competidor o consumidor, quienes deberán acreditarlos como tal para probar, a su vez, la causalidad del daño. Por lo que, si la causalidad se encuentra debidamente fundamentada y no se presentan eximentes de responsabilidad, no existe un impedimento para la reparación de tales daños.

A pesar de lo anterior, existen varias circunstancias que dificultan la acreditación del nexo causal propias de las mismas acciones anticompetitivas. De esta forma, son factores concurrentes a la práctica restrictiva, entre otros, la dificultad de cuantificar el daño efectivamente sufrido por la víctima y la atribución del daño a lo largo de la cadena de distribución.<sup>33</sup> Frente a estos supuestos, y con el objetivo de facilitar la indemnización derivada por daños, ordenamientos

30 Artículo 71, LORCPM. “Responsabilidad civil.- Las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta Ley, podrán ejercer la acción de resarcimiento de daños y perjuicios conforme las normas del derecho común. La acción de indemnización de daños y perjuicios será tramitada en vía verbal sumaria, ante el juez de lo civil y de conformidad con las reglas generales y prescribirá en cinco años contados desde la ejecutoría de la resolución que impuso la respectiva sanción”.

31 Artículo 2235, CC.

32 Carrillo, “Responsabilidad civil derivada de prácticas anticompetitivas”, 6.

33 Fernando Díez, “La aplicación privada del derecho de la competencia: Acciones de daños y pronunciamientos judiciales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 11, n.º 1 (marzo 2019): 267-305. <http://orcid.org/0000-0002-5011-0051>.

como el español han desarrollado figuras para alivianar la carga probatoria en relación con la acreditación del nexo causal para la víctima. Entre estas figuras se citan: “la presunción del daño, el régimen del *passing-on* cuando la reclamación la realiza un consumidor indirecto, o la facultad conferida al juez de estimación del daño si esta es muy complicada para el demandante”.<sup>34</sup> A pesar de lo indicado, en la normativa correspondiente a la regulación de la competencia en el ordenamiento ecuatoriano no se han mantenido dichas figuras. Por lo cual, pese a la dificultad probatoria para los particulares, se mantiene el régimen de causalidad general.

En cuarto lugar, corresponde analizar el elemento de culpabilidad. La necesidad de la concurrencia o no de este elemento dependerá del tipo de régimen de responsabilidad aplicable. En este caso, la responsabilidad será subjetiva si depende de la culpabilidad del sujeto cuya conducta ocasionó el daño. Mientras que la responsabilidad es objetiva si depende exclusivamente de la justicia o licitud del resultado de la conducta del sujeto.<sup>35</sup> Es decir, no cobra relevancia si el sujeto actuó con dolo (intencionalmente) o con culpa (sin la intención de llegar a tal resultado). De acuerdo con el régimen aplicable se podrá prescindir o no de la prueba del elemento aplicable. En consideración a la norma que regula la materia de competencia, se requiere un análisis más extenso sobre este tema.

## 5.2. FRENTE A LAS INDEMNIZACIONES POR PRÁCTICAS RESTRICTIVAS, ¿PROCEDE UN RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA O SUBJETIVA?

Para responder a esta interrogante es importante considerar que la LORCPM contiene criterios para la graduación de la sanción pecuniaria a imponer y actuaciones que equivalen a atenuantes o agravantes.<sup>36</sup> No obstante, de esta no se desprenden criterios de imputación que atiendan a la evaluación de prudencia, diligencia o intencionalidad en la conducta realizada por el agente infractor.

La LORCPM, en su artículo 11, prescribe que la sanción frente a prácticas restrictivas clasificadas por su objeto —es decir, por acuerdo intencional entre los agentes— o por su efecto son sancionables de conformidad con la misma ley.<sup>37</sup> Esto es, en caso de declararse una práctica restrictiva, la sanción se aplica independientemente de la diligencia con la que haya actuado el operador económico. Sin embargo, este régimen corresponde a la responsabilidad

<sup>34</sup> Ibid, 275.

<sup>35</sup> Luis Díez-Picazo, *Fundamento del derecho civil patrimonial*, 19-31.

<sup>36</sup> Ver LORCP, artículos 77 a 88.

<sup>37</sup> Bajo la misma línea, el artículo 25 del mismo cuerpo legal prescribe en su inciso tercero que “[l]a determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil”. Ver Artículo 25, LORCPM.

administrativa derivada de la LORCPM, en el que la SCE cuenta con la carga de la prueba dentro del procedimiento.<sup>38</sup>

El hecho de que en materia administrativa no se requiere el factor de atribución de culpa o dolo para atribuir responsabilidad administrativa al agente infractor, no implica que la víctima que demande al infractor por una indemnización por daños en vía civil se encuentre dispensado de probar la culpa o el dolo del agente económico declarado como partícipe de prácticas restrictivas por la SCE. Si bien esta posibilidad podría contribuir a reducir la dificultad probatoria del particular que ha sido víctima de los perjuicios derivados de dichas prácticas, el régimen de responsabilidad civil es, por regla general, subjetivo.<sup>39</sup> Frente a esto, los supuestos de responsabilidad objetiva civil deben ser detallados de forma expresa por la ley. En el caso de estudio, no es posible encontrar una norma que establezca de forma expresa este tipo de responsabilidad. Por lo tanto, en principio, no es aplicable un régimen de responsabilidad civil objetivo.

Frente a la dificultad de acreditar el nexo causal, ¿cómo sortear el obstáculo de la prueba de la culpa por parte de las víctimas? Sistemas como el europeo han optado por un sistema de culpa presunta aplicable tras la determinación del comportamiento ilícito en sus prácticas anticompetitivas.<sup>40</sup> De esta forma, si la conducta acreditada como práctica restrictiva por la SCE se considera como hecho antijurídico, el agente será responsable de los daños y perjuicios ocasionados.

Las prácticas restrictivas en el comercio son actividades de alto riesgo por su capacidad para distorsionar la competencia, perjudicar a los consumidores y dificultar la entrada de nuevos competidores e innovación. Estas prácticas, como acuerdos de fijación de precios y restricciones a la competencia, pueden generar precios artificiales, afectar la eficiencia de los recursos y limitar la diversidad del mercado. Además, al reducir la competencia, inhiben la innovación y pueden concentrar el poder económico en pocas empresas. Estos efectos negativos pueden llevar a un menor bienestar económico, menor calidad de productos y servicios, menor capacidad de elección para los consumidores y a una economía menos dinámica e innovadora en general.

En este contexto, el ordenamiento ecuatoriano contempla la inversión de la carga de la prueba frente a los supuestos de actividades de riesgo.<sup>41</sup> Este régimen podría categorizarse como un aspecto intermedio entre el régimen subjetivo puro y el objetivo. El ordenamiento considera que quien realiza actividades de riesgo tiene la obligación de probar su diligencia. Como explica Barros

38 Artículo 48, LORCP.

39 Francisco Tamayo, "El daño civil y su reparación", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 62 (octubre 2020): 31-70, <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5345>.

40 Ver Comisión de las Comunidades Europeas, "Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia", *Libro Blanco*, 2008, 7, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:es:PDF>.

41 Artículo 2229, CC.

Bourie, la combinación de los elementos de intensidad y probabilidad del daño determina el nivel de riesgo de determinada conducta. De acuerdo con su criterio, “el riesgo de una actividad puede definirse en términos estadísticos como función, por un lado, de la intensidad del daño que amenaza ocasionar; y, por el otro, de la probabilidad de que ese daño ocurra”.<sup>42</sup> Las actividades de riesgo enlistadas en el artículo 2229 no son taxativas, por lo tanto, corresponde al juzgador analizar cada supuesto en consideración con los hechos producidos para establecer si la actividad puede ser catalogada como de riesgo. *In casu*, es posible considerar las prácticas comerciales como una actividad de riesgo por el impacto que pueden tener sobre el interés económico general, el mercado y los particulares. Riesgo que se confirma bajo el criterio de Barros al realizar una práctica restrictiva que vuelva altamente probable la ocurrencia de un daño. Así, se puede concluir que la presunción de la culpa tiene asidero en el régimen de responsabilidad civil derivado de las prácticas restrictivas.

Al respecto, se ha reconocido en la doctrina que “el incumplimiento de cualquiera de los deberes u obligaciones que impone el ordenamiento jurídico genera de manera indefectible una culpa en cabeza del transgresor de la norma”.<sup>43</sup> Bajo la misma línea argumentativa, Alessandri indica que la valoración de la conducta de los autores del daño no es necesaria si se trata de la violación de una obligación impuesta por la ley. Si el agente ejecutó un acto prohibido, se infiere que omitió las medidas de prudencia o precaución que se estimaban necesarias para evitar un daño.<sup>44</sup> Es decir, la transgresión de la norma implica en sí misma una falta de diligencia y prudencia del agente económico, debido a que esta es una norma de orden público que busca asegurar el interés general. En consecuencia, la declaración de responsabilidad administrativa conlleva la presunción de culpabilidad por la transgresión de una norma.

En definitiva, en Ecuador podría aplicarse un sistema subjetivo de responsabilidad civil con presunción de la culpa, en el que la verificación del incumplimiento de la norma de competencia, a través de una declaración de la SCE, presuponga el elemento culpa. De esta forma la víctima no se encontraría inmersa en la obligación de demostrar la actuación negligente por parte del agente económico. La única opción del agente para su defensa sería la existencia de una causal de exoneración. Frente a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual derivada de daños ocasionados por una práctica restrictiva, debe aplicarse un régimen de responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba frente a la declaratoria de responsabilidad administrativa del agente económico por parte de la SCE.

42 Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 110.

43 Carrillo, “Responsabilidad civil derivada de prácticas anticompetitivas”, 23.

44 Arturo Alessandri, *Elementos de la responsabilidad delictual* (Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1981), 9.

En este marco, un análisis comparado en términos de aplicación jurisprudencial se torna esencial para abordar el propósito de este estudio.

## 6. ANÁLISIS COMPARADO EN APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL

Debido a que en el país no se ha desarrollado de forma representativa este tipo de demanda por indemnizaciones, se analizará la jurisprudencia española. Esto debido a que la ley ecuatoriana encuentra varias similitudes con la ley española.

El Tribunal Supremo de España resolvió el caso denominado MUSAAT, relacionado con una práctica restrictiva que generó el “cártel del seguro decenal”.<sup>45</sup> En primera instancia, el Juzgado de lo Mercantil conoció una demanda de resarcimiento patrimonial presentada por MUSAAT. Esta era una compañía que ofrecía seguros a precios inferiores que los acordados por un cartel, del cual no formaba parte.

MUSAAT alegó que, entre los años 2006 y 2008, las aseguradoras demandadas llevaron a cabo actos de boicot y extorsión en su contra porque ofrecía seguros a mejores precios. Estos actos afectaron su capacidad para obtener reaseguro. Incluso, cuando este obtuvo un reasegurador, el proveedor optó por retirar su apoyo ya que sus “clientes más importantes amenazaron con tomar medidas de retorsión si [seguían] apoyando el Programa Decenal de MUSAAT en Exceso de Pérdida”.<sup>46</sup>

El juez reconoció la continuidad de la conducta y estableció que las compañías del cartel presionaron a la reaseguradora para que no brindara apoyo a MUSAAT y luego intentaron evitar que obtuviera reaseguro de otras entidades. Con este objetivo, incluso condicionaron la celebración de contratos con compromisos de no contratación con MUSAAT. La sentencia califica este comportamiento como actos de boicot y las advertencias realizadas a otras empresas como actos de retorsión.

Aunque en primera instancia no se aceptó la indemnización, la Corte Suprema condenó a las aseguradoras que conformaban el cartel a pagar a MUSAAT una indemnización por los daños causados debido a actos de boicot y extorsión en contra de MUSAAT, que se encontraban en contravención con la Ley de Defensa de la Competencia y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.<sup>47</sup>

45 Causa n.o 2681-2015, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Civil, 26 de abril de 2018, párrs. 1-28, <https://vlex.es/vid/716805685>.

46 Id.

47 Id.

Es claro que en este caso existió una práctica restrictiva, específicamente un cartel en el mercado de seguros en España. Esta representa una práctica por objeto anticompetitivo, que además era horizontal, puesto que se realizó en la misma cadena de valor, es decir, entre competidores. En concordancia con el análisis previo, el hecho antijurídico es la infracción a las normas de competencia del ordenamiento español al adoptar conductas anticompetitivas. Respecto al daño, en este caso se identifica a MUSAAT como particular afectado. Las actuaciones provocaron tanto daño emergente, expresado en costos adicionales en los que se tuvo que incurrir para optar por una reaseguradora, como lucro cesante, manifestado en los clientes que perdió por el tiempo que no pudo contar con la reaseguradora.

El nexo causal se pudo demostrar en la afectación al mercado a través del control de precios. Además, se pudo demostrar la afectación directa al particular a través de las comunicaciones que realizaban las aseguradoras del cartel a las reaseguradoras que empezaban negociaciones con MUSAAT. Finalmente, el elemento culpa no fue analizado, debido a que esta culpa se presupone frente a la realización del ilícito del acto de colusión.

## 7. CONCLUSIONES

El derecho de competencia busca asegurar el interés general económico del mercado. Con su desarrollo, también se ha hecho necesario analizar sus efectos y aplicaciones en el régimen de la responsabilidad civil para establecer indemnizaciones.

Debido a que las prácticas restrictivas, y en general las prácticas anticompetitivas, carecen de un régimen especial de responsabilidad civil que proteja y garantice la libre y leal competencia, existe la posibilidad de que los agentes económicos no encuentren verdaderos desincentivos en la realización de este tipo de conductas. Frente a este supuesto se propone un régimen de responsabilidad civil extracontractual de culpa presunta, por el cual la mera declaración de prácticas restrictivas por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado permita imputar el daño al agente económico infractor en vía civil.

Además, se debe considerar que los perjuicios resultantes de esta indemnización serán principalmente de naturaleza patrimonial, tanto daño emergente como lucro cesante. Asimismo, parte del análisis del hecho antijurídico involucra analizar una prejudicialidad. Esta se cumpliría con la declaración de la Superintendencia de que el agente se vio inmerso en una práctica restrictiva. Desde el elemento causalidad, además de las consideraciones generales para determinar la responsabilidad civil, es importante acreditar la condición de competidor o consumidor del particular que opte por demandar la indemnización.

Frente a la dificultad probatoria en el elemento de causalidad, se requiere considerar herramientas para alivianar la carga en el particular afectado, especialmente si se trata de un consumidor.

Finalmente, respecto al elemento de culpabilidad, se concluyó que el ordenamiento jurídico ecuatoriano permite una presunción de culpa en contra del agente económico cuando existe una resolución de la SCE que acredite que se vio inmiscuido, ya sea por objeto o por efecto, en una práctica restrictiva. Esto por cuanto se considera a las actividades comerciales de esta índole como actividades de riesgo. Así, la doctrina contempla que la misma infracción es indicador de la negligencia del agente.

En virtud de lo anterior, la posibilidad de demandar daños en vía civil fortalece la protección de los consumidores y promueve una mayor rendición de cuentas en el ámbito de la competencia. Además, amplía las vías legales disponibles y fomenta la accesibilidad a la justicia en casos de prácticas anti-competitivas. Esto con el objetivo de alinear los principios constitucionales recogidos por el ordenamiento para el derecho de competencia.

The logo for Svar, featuring the word "SVAR" in a serif font followed by a stylized circular emblem with three curved segments.

SVAR

## **Un servicio integral a las necesidades de nuestros clientes**

Nos enorgullece ofrecer un servicio personalizado y de alta calidad, enfocado en la atención al cliente y basado en tres principios fundamentales: calidad, eficiencia y empatía.

[www.svar.com.ec](http://www.svar.com.ec)

# Relatividad de la presunción de legitimidad de los actos administrativos en un escenario con vicios manifiestos

## *Relativity of the presumption of legitimacy of administrative acts in a scenario with manifest flaws*

STEVEN GARCÍA VILLAVICENCIO\*

**Recibido / Received:** 17/05/2023

**Aceptado / Accepted:** 10/08/2023

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.2983>

**Citación:**

García Villavicencio, S. “Relatividad de la presunción de legitimidad de los actos administrativos y un escenario con vicios manifiestos”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.2983>

---

\* Investigador independiente, Quito 170510, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: [joffresteven28@outlook.com](mailto:joffresteven28@outlook.com), ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0009-8394-8262>

## RESUMEN

El presente trabajo estudia la realidad ecuatoriana en lo concerniente a la presunción de legitimidad —su relatividad—, el acto administrativo y la clasificación de este último en actos regulares e irregulares. También considera las diferentes posiciones doctrinales frente al acto administrativo manifiestamente viciado y, por último, analiza los diversos cuerpos normativos en los que la Administración fundamenta su actuar. En este sentido, pretende llenar vacíos que la normativa no explica y, de esta forma, limitar el espectro de aplicación de la presunción de legitimidad para toda clase de actos administrativos.

## PALABRAS CLAVE

Presunción de legitimidad; vicios manifiestos; nulidad; arbitrariedad; ilegalidad; acto administrativo

## ABSTRACT

*This paper studies the Ecuadorian reality regarding the presumption of legitimacy —its relativity— the administrative act and the classification of the latter into regular and irregular acts. It also considers the various doctrinal viewpoints regarding the manifestly flawed administrative act; and lastly, it analyzes the different normative bodies on which the Administration bases its actions. In this sense, its aim is to cover the gaps that the norm does not explain, and thus limit the spectrum of application of the presumption of legitimacy in all types of administrative acts.*

## KEYWORDS

Presumption of legitimacy; manifest vices; nullity; arbitrariness; illegality; administrative act

## 1. INTRODUCCIÓN

La arbitrariedad y la ilegalidad son temas recurrentes en la emisión de actos administrativos. Por tal razón, el presente trabajo pretende analizar cuáles son los aspectos que regulan de manera detallada lo referente al acto administrativo y la presunción de legitimidad como uno de sus caracteres esenciales.

El objetivo central de este texto es determinar cuándo aplica la presunción de legitimidad, con especial referencia a los actos administrativos manifiestamente viciados, y cómo un particular puede negarse a cumplir con un acto de tal naturaleza. Asimismo, se observará que la norma relativa al tema es contradictoria y se puntualizará en cómo se omiten habitualmente aspectos de suma importancia referentes al tratamiento que se le da a los actos administrativos regulares e irregulares más allá de la teoría y la norma.

La metodología utilizada fue deductiva, en relación con el análisis de diferentes cuerpos normativos. Se partió de la Constitución y se revisaron, además, leyes de rango inferior. Adicionalmente, se usó un método dogmático al adjuntar precisiones doctrinarias sobre temas fundamentales para comprender el tema en profundidad. Finalmente, se utilizó un método jurisprudencial al estudiar varias sentencias que brindan mayor apreciación del tema.

En el presente trabajo se explicará qué es la presunción de legitimidad y sus limitaciones, la clasificación de los actos administrativos en actos regulares e irregulares, además de ciertas consideraciones relativas a la impugnación del acto administrativo. En esa misma línea, se revisarán los vicios del acto administrativo en lo referente a la arbitrariedad, la ilegalidad y los vicios manifiestos de un acto.

También se brindará un análisis de la realidad ecuatoriana a partir de varios casos que han tratado el tema y, por último, se tratará un apartado referente al ordenamiento argentino, en el que se propone una posible solución frente a cómo un particular puede manejar una situación que involucre un acto administrativo manifiestamente viciado.

## 2. ESTADO DEL ARTE

El acto administrativo tiene varios caracteres, entre ellos, la estabilidad, la impugnabilidad, la ejecutoriedad y la presunción de legitimidad.<sup>1</sup> Conceptos que deben ser considerados para entender por qué la Administración puede intervenir en la esfera de los particulares y así responder al interés público. Asimismo, en razón de la temática y las variadas perspectivas al respecto, la

---

<sup>1</sup> Efraín Pérez, *Manual de derecho administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020), 76.

presunción de legitimidad se mantiene como predominante frente a los otros caracteres. Debe recordarse que los demás caracteres encuentran su fundamento en esta presunción. No obstante, la situación jurídica ecuatoriana advierte a la presunción de legitimidad como una institución relativa y en declive, pues tanto la arbitrariedad como la ilegalidad son temas recurrentes en la situación actual del Estado.

En palabras de Cassagne, la presunción de legitimidad es una suposición de que el acto administrativo ha sido dictado en armonía con el ordenamiento jurídico.<sup>2</sup> Es decir, es una demostración de las potestades exorbitantes de la Administración, en la que se presupone que lo contenido dentro del acto está en concordancia con los derechos de los particulares y con el fin último para el que trabaja el administrador. En otras palabras, la presunción de legitimidad permite que la Administración realice actos que se entiendan válidos hasta que su invalidez sea declarada.<sup>3</sup> Sin embargo, este carácter puede verse afectado por otros fines y, en consecuencia, el acto administrativo puede dotarse de irregularidades en las que no se toma en cuenta la finalidad pública como principal razón de ser, y se desvía su cometido a uno perverso en relación con los intereses individuales de un grupo limitado de particulares.

Sobre esta situación y la aplicación parcial del principio en cuestión, se encuentran dos teorías que plantean resolver la problemática: una sobre un acto administrativo con vicios manifiestos y otra sobre un acto administrativo inexistente. La primera posición argumenta que se pueden encontrar vicios tan notorios o evidentes que la doctrina ha calificado a esta distinción de acto administrativo como acto absurdo<sup>4</sup> que afecta la validez. Por otro lado, varios autores afirman que el acto no tiene vicios, sino vacíos, pues, al tener incompleta su estructura, no llega a determinarse como acto administrativo en todo el sentido de la palabra y se lo denomina como acto inexistente.<sup>5</sup> Esta explicación se da con el fin de demostrar que la presunción de legitimidad no sería aplicable en ninguno de esos casos.

Para un mayor entendimiento sobre dónde pueden encasillarse ambos términos mencionados, es pertinente acudir a la diferenciación de actos regulares e irregulares. Al respecto, Roberto Dromi diferencia: “[s]on regulares los actos administrativos válidos, los anulables o los nulos relativos. Son irregulares los actos administrativos inexistentes y los nulos o de nulidad absoluta”.<sup>6</sup> En esta distinción se evidencia que, dentro de un grupo, se encuentran los actos

2 Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo, tomo II* (Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, 2006), 320.

3 Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo: Teoría y régimen jurídico* (Bogotá: Editorial Temis, 2013), 233.

4 Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, tomo 8 (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017), 268.

5 *Ibid.*, 301.

6 Roberto Dromi, *El acto administrativo* (Buenos Aires: Ciudad Argentina / Hispania Libros, 2008), 119.

válidos y los subsanables, haciendo referencia a una situación de plena eficacia o de eficacia convalidable.

Por otro lado están los actos inexistentes y los actos de nulidad absoluta, que tienen un fallo significativo dentro de su estructura. En cualquier caso, la problemática está en el segundo grupo, en el que se puede observar que en el acto absurdo y en el acto inexistente se da apertura a cuestionar la aplicación de la presunción de legitimidad.

Es preciso mencionar que ninguna posición está exenta de observaciones, puesto que ambos conceptos serían un problema significativo para la actuación normal de la Administración. Si se trata de eliminar la presunción de legitimidad, se observarían dos circunstancias de vital importancia: por un lado, se atentaría contra un principio cuya finalidad ha sido brindarle facilidades a la Administración para intervenir en el vivir diario de los particulares.

Por otro lado, se daría cabida a un sinnúmero de cuestionamientos, muchos con motivación y fundamento, pero otros como un bloqueo arbitrario y sin sentido en razón de los intereses individuales de determinados particulares.

A simple vista, lo mejor sería delimitar cuándo un acto absurdo o un acto inexistente pueden no gozar de la presunción de legitimidad, sobre todo si se evidencia un elemento manifiestamente arbitrario o ilegal dentro del contenido de un acto administrativo cuestionado.

### 3. MARCO NORMATIVO

A continuación, es necesario aterrizar todos los contenidos a la realidad. En tal razón, la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) y el Código Orgánico Administrativo (en adelante COA) sirven como ejes fundamentales para la comprensión de la aplicabilidad de la presunción de legitimidad de un acto administrativo en el territorio ecuatoriano.

En relación con la CRE, el artículo 76, numeral 7, literal l, prescribe varias garantías respecto al derecho a la defensa y establece que todo acto administrativo debe estar motivado; la falta de este requisito hará que el acto se considere nulo.<sup>7</sup> El artículo 424, en su parte pertinente, expresa que los actos del poder público deben estar en concordancia con la CRE o serán considerados sin eficacia jurídica.<sup>8</sup> Por otro lado, se encuentra el artículo 173 que admite la potestad de someter a impugnación cualquier acto administrativo, por vía

<sup>7</sup> Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449, 20 de octubre de 2008.

<sup>8</sup> Artículo 424, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

administrativa o por vía judicial,<sup>9</sup> y el artículo 436 numeral 4 en el que se establece que la Corte Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de un acto administrativo.<sup>10</sup>

La norma ya referida no trae ningún conflicto, pues es claro que, en caso de existir una incoherencia entre un acto administrativo y el ordenamiento, se admite la impugnabilidad y la posibilidad de declarar la invalidez del acto por varias vías. Sin embargo, el problema radica en los efectos de un acto administrativo ya notificado, pues su contenido es de obligatorio cumplimiento y, basándose en la presunción de legitimidad del acto y sus demás caracteres, se puede cambiar la situación jurídica de un particular sin necesariamente estar en concordancia con la CRE y demás leyes.

Ahora, con motivo de la impugnación por vía judicial, se encuentra el artículo 329 del COGEP, en el que se establece que todo acto administrativo goza de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad.<sup>11</sup> Bajo la misma línea, el artículo 330 del COGEP admite la posibilidad de suspender un acto que pueda afectar un derecho de manera irremediable, siempre y cuando, esta suspensión se encuentre justificada por pruebas que entren en el campo de la razonabilidad.<sup>12</sup> Sin embargo, se debe hacer la precisión de que el COGEP dota de presunción de legitimidad y ejecutoriedad a todos los actos administrativos, sin hacer referencia alguna a actos regulares o irregulares.

En cambio, en relación con la impugnabilidad por vía administrativa se pueden encontrar varias puntualizaciones. El COA acepta en su artículo 104 que un acto administrativo será válido mientras no sea declarado nulo;<sup>13</sup> también establece cuáles son las causales de nulidad de un acto en su artículo 105<sup>14</sup> y las formas en las que se puede declarar nulo un acto en su artículo 106.<sup>15</sup> Por último, se debe mencionar el artículo 229 del COA, pues involucra un punto esencial para conocer si la presunción de legitimidad aplica para todo tipo de actos administrativos. Este artículo admite que, por regla general, los actos administrativos regulares se presumen legítimos y deben ser ejecutados una vez notificados,<sup>16</sup> dejando un vacío en el que no se puede conocer si la presunción de legitimidad y ejecutoriedad son aplicables para los actos irregulares.

Determinada jurisprudencia ha sabido limitarse y fundamentar que la finalidad de la presunción de legitimidad del acto administrativo no es más que

9 Artículo 173, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

10 Artículo 436, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

11 Artículo 329, Código Orgánico General de Procesos [COGEP]. R. O. 506, 22 de mayo de 2015.

12 Artículo 330, COGEP.

13 Artículo 104, Código Orgánico Administrativo [COA]. R. O. 31, 7 de julio de 2017.

14 Artículo 105, COA.

15 Artículo 106, COA.

16 Artículo 229, COA.

precautar el orden social y la seguridad jurídica.<sup>17</sup> Empero, en otro caso, se hace una precisión importante y expresa que solo los actos administrativos regulares son merecedores de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad.<sup>18</sup>

Por todo lo expuesto, la ley y la jurisprudencia pueden complementarse y dar una respuesta más precisa sobre la presunción de legitimidad de los actos. Sin embargo, la pregunta en cuestión es evidente: ¿todo tipo de actos se presumen legítimos en la vía judicial y solo los actos regulares se presumen legítimos en la vía administrativa? La respuesta puede parecer obvia, pero no cuestionarse qué sucede con los actos administrativos irregulares más allá de la teoría sería un error. Por tal motivo, en los siguientes apartados se retomará la pregunta y se tratará de dar una respuesta que sea congruente con todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Con la finalidad de resolver la problemática de una manera más detallada, se procederá a tratar lo siguiente: la presunción de legitimidad, los elementos de validez de un acto administrativo, la diferenciación de actos regulares e irregulares, la arbitrariedad, la ilegalidad y varios supuestos en los que se puede observar la realidad jurídica relativa a la presunción de legitimidad frente a los vicios manifiestos presentes en un acto administrativo irregular en Ecuador.

#### 4. PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD

Sobre la presunción de legitimidad debe destacarse su relatividad, pues es el administrador quien dota a un acto con este principio, basándose en los poderes que le fueron conferidos por la ley.<sup>19</sup> Así también, considerar a este carácter como absoluto presentaría un problema, pues sería posible que todo acto administrativo dictado con cualquier tipo de vicio se dé por legítimo y cambie la esfera jurídica de los particulares de acuerdo con lo que el administrador elija sin ninguna consideración adicional.

En el mismo sentido, la doctrina ha sabido manifestar que en: “[...] la presunción de legitimidad importa una presunción de ‘regularidad’ del acto [...] no debe entenderse como sinónimo de perfección [...]”.<sup>20</sup> En tal sentido, se puede destacar que esta fuente del derecho admite que solo los actos regulares gozan de la presunción y los actos irregulares quedan desatendidos por la misma; sin embargo, el problema permanece latente en el ordenamiento ecuatoriano, ya que dos cuerpos normativos tratan el tema bajo dos perspectivas diferentes. El COA realiza la distinción entre actos regulares e irregulares y el COGEP no, dando como resultado la posibilidad de que en la vía judicial

17 Resolución n.º 249-2009, Corte Nacional de Justicia, Ex Sala de lo Contencioso Administrativo, 27 de julio de 2009, párr. 7.

18 Resolución n.º 24-2015, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 13 de enero de 2015, párr. 3.

19 Allan Brewer, *Acto administrativo: Estudios* (Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2019), 108.

20 Dromi, *El acto administrativo*, 117-8.

todo tipo de actos administrativos gocen de la presunción de legitimidad y en la vía administrativa solo los actos regulares.

Además, debe destacarse que la relatividad de la presunción de legitimidad se ve reforzada por el propio ordenamiento, pues el COA admite que un acto solo será considerado válido mientras su nulidad no sea declarada.<sup>21</sup> La ley no se pronuncia sobre los actos inexistentes que, en resumen, son aquellos actos excepcionales incapaces de producir algún efecto para el administrado<sup>22</sup> y que, a fin de cuentas, pueden encasillarse como actos nulos con apenas consideraciones doctrinarias.

## 5. ACTOS ADMINISTRATIVOS REGULARES E IRREGULARES

Para comprender más sobre los diversos tipos de actos y la aplicabilidad de la presunción de legitimidad, es pertinente dividir a los actos administrativos en actos regulares e irregulares y subdividir a ambos grupos: actos válidos, anulables o de nulidad relativa pertenecientes a los actos regulares, y los nulos o de nulidad absoluta pertenecientes a los actos irregulares,<sup>23</sup> sin dejar de tomar en cuenta la posibilidad de encontrar un acto inexistente<sup>24</sup> o absurdo dentro del segundo grupo mencionado.

Sobre los actos válidos no queda más precisión que aquella en la que un acto cumple con todos los elementos de validez: competencia, objeto, voluntad, procedimiento y motivación, tal y como establece el artículo 99 del COA.<sup>25</sup> Todos estos elementos responden a cinco preguntas: en relación con la competencia, ¿quién emite el acto?; referente al objeto, ¿qué se decide en el acto?; conforme a la voluntad, ¿para qué fue emitido el acto?; respecto al procedimiento, ¿cómo fue emitido?; y como justificación a la razón de ser del acto referente a la motivación, ¿por qué? En ese sentido queda fuera de discusión la aplicabilidad de la presunción de legitimidad para este tipo de actos.

Para los demás actos, las causales de nulidad y su correspondiente clasificación en actos anulables, de nulidad absoluta y la criticada clasificación de actos inexistentes, se debe observar el artículo 105 del COA, que prescribe como actos nulos o de nulidad absoluta a ocho supuestos, al tratarse de vicios no convalidables. Por otro lado, el ordenamiento deja a criterio subjetivo aquellas situaciones no consideradas en el artículo 105, pues una inmensa cantidad de circunstancias pueden involucrar a un acto anulable o de nulidad relativa, que sí gozan de la presunción de legitimidad.

21 Artículo 104, COA.

22 Juan Pablo Aguilar, "La extinción de oficio de los actos administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados", *FORO: Revista de Derecho* 13 (2010): 58, <http://hdl.handle.net/10644/2893>.

23 Dromi, *El acto administrativo*, 119.

24 Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 8, 297.

25 Artículo 99, COA.

Para mayor detalle, el artículo 105 del COA<sup>26</sup> brinda varias precisiones: para el número 1 no cabe mayor explicación, ya que se deja claro que un acto será nulo cuando sea contrario a la CRE y a la ley; el número 2 abre el espacio a la desviación de poder, en donde un acto puede ser legal pero no cumple con una finalidad pública;<sup>27</sup> el número 3 se encuentra con la más común de las situaciones, respondiendo a un acto que se dictó sin competencia. El número 4 también responde a razones de competencia, pero en relación con el tiempo para ejercerla; el número 5 responde si un acto determina situaciones imposibles que consisten en un hecho que no puede realizarse conforme a las leyes de la naturaleza;<sup>28</sup> el número 6 responde cómo un acto termina siendo contrario a un acto administrativo presunto cuando se haya verificado un silencio administrativo positivo. El número 7 trata sobre un acto que se haya originado en hechos relativos a una infracción penal con sentencia judicial ejecutoriada; y, finalmente, el número 8 se refiere a un acto originado a partir de un acto de simple administración que tiene efectos indirectos.<sup>29</sup>

Además, se evidencian varias incongruencias en relación con el acto inexistente y el acto absurdo. Por un lado, se estaría contemplando la tesis de la inexistencia, relativa a la omisión de uno de los elementos constitutivos del acto. Por otro, la tesis de la validez de un acto absurdo desencadenaría en el conocido régimen de nulidad absoluta referente a un fallo o error en la emisión del acto; en ambos casos la aplicabilidad de la presunción de legitimidad sería inviable.

Para mayor entendimiento se ha desarrollado el siguiente esquema:

**Tabla 1. Aplicabilidad de la presunción de legitimidad**

Presunción de legitimidad	Actos administrativos regulares		Actos administrativos irregulares	
	Válidos	Anulables	Nulos (absurdos)	Inexistentes
	Aplica	Aplica	No aplica	No aplica

Fuente: Elaboración propia a partir de Dromi, *El acto administrativo*.<sup>30</sup>

Sobre cómo un administrado puede dejar de cumplir un acto manifiestamente viciado, existen dos posibilidades: si se argumenta que un acto administrativo

26 Artículo 105, COA.

27 Sentencia n.º 1241-CE-SEC2-EXP1993-N6575, Consejo de Estado de Colombia, Sección Segunda, 18 de junio de 1993, párr. 6.

28 Luis Parraguez, *Apuntes al Código Civil ecuatoriano: Teoría general de las obligaciones* (Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 1997), 106.

29 Roberto Dromi, *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997), 309.

30 Dromi, *El acto administrativo*, 129-30.

no existe, fácilmente un particular podría negarse a cumplir algo que no está en su esfera de comprensión y no puede englobar un cambio en su situación jurídica. Sin embargo, eso sería utópico, por lo menos hasta el planteamiento y la aprobación de una reforma que contemple consideraciones específicas referentes a una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, pues no se debe dejar de lado la posibilidad de que la Administración no considere al acto objeto de la controversia como un acto inexistente y sí como un acto con inclinación al régimen de nulidad.

En concordancia con lo anterior, si se trata de un acto nulo con vicios manifiestos, ¿cuáles son los parámetros en los que un particular podría negarse a cumplir con un acto administrativo manifiestamente viciado? A pesar de nuevos planteamientos, la respuesta ya conocida sería impugnar el acto y solicitar la suspensión de sus efectos; empero, esa solución ya la da el ordenamiento y solo cabe realizar mínimas consideraciones al respecto.

## 5.1. CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPUGNACIÓN

El artículo 229 del COA prescribe que la presunción de legitimidad solo cabe en aquellos actos regulares. Luego se determina que la interposición de cualquier tipo de recurso sea administrativo o judicial, no suspende la ejecución del acto, a menos que el interesado lo solicite en un término de tres días y la Administración resuelva al respecto. Asimismo, el artículo establece que la suspensión solo cabe cuando la ejecución pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación y cuando la impugnación del acto se fundamente en una causal de nulidad de pleno derecho,<sup>31</sup> lo que hace referencia a los ocho supuestos del artículo 105 del COA y a otras normas que rijan procedimientos especiales.

Una vez visto eso, se determina que la ley no estima que un acto administrativo irregular goce de la presunción de legitimidad, sea que se trate de un acto nulo o inexistente. También se evidencia que no se establece la posibilidad de suspender un acto inexistente a pesar de que un acto de tal naturaleza no podría ni debería generar efectos en el particular.

Por otro lado, el artículo 329 del COGEP amplía el espectro y dota de la presunción de legitimidad a todos los actos administrativos,<sup>32</sup> sean regulares o irregulares, a pesar de que solo los primeros deberían ser considerados para la aplicación de este carácter. Además, para solicitar la suspensión de un acto administrativo se debe observar el artículo 330 del COGEP, que prescribe como requisitos: una fundamentación con hechos y pruebas, que demuestren que el retardo en la decisión pueda afectar al particular de manera irremediable y

---

<sup>31</sup> Artículo 229, COA.

<sup>32</sup> Artículo 329, COGEP.

aparezca como justificado un indicio favorable para el particular que impugna el acto.<sup>33</sup> En tal razón, la ley para el proceso judicial es menos específica sobre la presunción de legitimidad y establece similares consideraciones para que un acto sea suspendido.

Regresando a cómo un particular podría negarse a cumplir un acto administrativo manifiestamente viciado, fácilmente se podría responder con una negativa a cumplir un acto que sea ilegal o arbitrario de manera evidente, atendiendo a las particularidades de cada caso. Sin embargo, esta situación involucraría una serie de consecuencias para el administrado si no se tiene respaldo legal para tal negativa. Por tal razón, antes de proponer casos específicos o requisitos a favor del administrado y, en concordancia con la temática de este trabajo, es necesario comprender qué representan los términos *arbitrariedad* e *ilegalidad* y cómo esto influye en la presunción de legitimidad de un acto administrativo.

## 6. VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En este apartado se realizarán las consideraciones necesarias para empatar el contenido de la arbitrariedad, la ilegalidad y los vicios manifiestos con la presunción de legitimidad y si esta es aplicable a cada uno de los contenidos enunciados. También es preciso recordar que dentro de la realidad ecuatoriana cada uno de los elementos mencionados se regirían bajo el régimen de nulidad o incluso bajo la teoría del acto inexistente; sin embargo, como se ha explicado en párrafos anteriores, las consecuencias serían las mismas y por tal razón solo se tendría precisión en las bases del acto administrativo viciado.

### 6.1. ARBITRARIEDAD

Sobre la arbitrariedad, cabe destacar que ha sido definida como la antítesis de lo motivado, lo opuesto de lo justo y lo discrecional. Dentro de este campo se pueden encontrar diversas situaciones, como actos que omiten decidir, actos ilógicos, actos sin motivación, entre otras.<sup>34</sup> La arbitrariedad puede ser vista en varios aspectos, por ejemplo, un acto que decide sobre algo que no ha sido sometido a una decisión, un acto que omitió aspectos al resolver o actos que prescindieron de hechos probados o que se fundan en hechos no probados como su razón de ser.<sup>35</sup>

Un acto administrativo es arbitrario porque considera todo menos lo importante, no vela por el interés general y cambia la situación del particular —sea de forma favorable o desfavorable— omitiendo la motivación, prescindiendo

<sup>33</sup> Artículo 330, COGEP.

<sup>34</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 8, 329.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 330.

de hechos, decidiendo sobre algo no solicitado, entre otras cosas. En tal sentido se presentan los siguientes ejemplos: un acto que no consideró la presentación de una solicitud de registro de una marca previa en el proceso de registro de otra nueva y se omitió considerar este aspecto para otorgar el registro de la segunda; sancionar a un particular sin tener hechos probados y emitirle una multa; la falta de procedimiento para otorgar una licencia de construcción, entre otros casos.

Dejando de lado la común percepción de arbitrariedad, y con motivo de justificar la amplia participación de este tópico en la realidad de la Administración, Gordillo ha sabido destacar:

La ley está rodeada de una serie de garantías que evitan en gran medida la comisión de muy frecuentes arbitrariedades: está la discusión o debate parlamentario, la votación de los distintos sectores políticos, la posibilidad de un veto o de su promulgación por el Poder Ejecutivo, etc.

En cambio, el acto administrativo puede ser, y frecuentemente es, producto de la sola voluntad de un individuo aislado que por ocupar un cargo o desempeñar una función adopta por sí una determinada resolución; reconocer igual presunción que la de la ley, como para exigir su inmediato cumplimiento, a cualquier acto de cualquier agente estatal que sin información ni dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión ni debate alguno, sin fundamentación normativa ni fáctica, emita, es consagrar el imperio de la arbitrariedad.<sup>36</sup>

Una vez considerado esto, es justo determinar que la arbitrariedad no siempre encuentra espacio en la Administración para el beneficio de ciertos particulares, si no que muchas veces es la única vía para cumplir con su cometido. La arbitrariedad está presente en la realidad de todos los ciudadanos, en los particulares o en aquellos individuos que forman parte importante de la Administración. Sin embargo, la arbitrariedad no debería tener cabida, pues puede significar una grave vulneración a los derechos de los administrados por el simple hecho de cumplir con los fines sin considerar los medios. Debe recordarse que los actos administrativos cumplen con la voluntad de la ley y no de la Administración.<sup>37</sup> La Administración debe cumplir con las finalidades de la ley y, si su actuar se basa en la arbitrariedad, fácilmente puede ser considerada una mala administración en lo relativo a su gestión.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 249.

<sup>37</sup> *Ciro Nolberto Güechá, "La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad de la Administración"* *Revista de Opinión Jurídica de Medellín* 16, n.º 31 (2017): 33 <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n31a1>.

## 6.2. ILEGALIDAD

La ilegalidad involucra cometer una infracción en el ordenamiento jurídico,<sup>38</sup> estar en contra de lo prescrito en la ley y actuar haciendo caso omiso a su contenido. Por tal razón se pueden evidenciar varios problemas relativos al objeto, la competencia, la voluntad y la forma.<sup>39</sup> Cuando se habla de ilegalidad se puede referir a un acto con un objeto prohibido, un acto dictado sin competencia, un acto que ha incumplido con las formas, entre otros supuestos.

Asimismo, es preciso determinar que la actuación de la Administración se ve fundamentada en el principio de legalidad, pues los mismos poderes públicos afirman la vigencia de este principio ya que, si se observan violaciones al mismo, el ordenamiento por sí mismo encontrará el remedio a través de recursos administrativos y judiciales.<sup>40</sup> Es evidente que, en la cotidianidad de un Estado, todos sus agentes deben realizar sus actuaciones con dirección a la ley y al principio de legalidad como tal. En ese sentido, Albuja dice:

[...] la observancia del principio de legalidad constituye uno de los más importantes principios del derecho administrativo y sobre el cual se asienta, por así decirlo, la esencia misma del derecho público y del inmenso mundo de la normativa que regula las relaciones entre el Estado y los administrados en sus diversos aspectos.<sup>41</sup>

Es preciso detallar ciertos ámbitos, pues son varios los campos en los que se puede observar la ilegalidad de un acto administrativo y su relación con la presunción de legitimidad. En este sentido, sirven los elementos de un acto administrativo y los respectivos supuestos del objeto, la competencia, la voluntad, el procedimiento y la motivación.

El acto administrativo con objeto ilegal se puede referir a uno prohibido por la ley, uno con una ley invocada que no es aplicable al caso concreto, uno con contenido impreciso, uno con imposibilidad de hecho, entre otros.<sup>42</sup> Se puede invocar la falta de competencia por razón de grado, materia, territorio y tiempo.<sup>43</sup> En cuanto a la voluntad, se pueden encontrar desviaciones a los fines de la Administración.<sup>44</sup> Finalmente, sobre el procedimiento y la motivación, se debe hacer referencia a lo establecido en el artículo 100 del COA y a lo expuesto en acápites anteriores sobre la arbitrariedad.

38 José María Boquera Oliver, "Grados de ilegalidad del acto administrativo", *Revista de Administración Pública* 100-102 (1983): 1003.

39 Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 8, 297.

40 Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, tomo 4 (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2016), 34.

41 Francisco Albuja, "La acción ordinaria de protección como mecanismo de impugnación de actos administrativos: Límites entre constitucionalidad y legalidad" (tesis de maestría, Universidad San Francisco de Quito, 2016), 34.

42 Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 4, 298.

43 *Ibid.*, 315.

44 *Ibid.*, 316.

En relación con los vicios del objeto, los cuatro supuestos enunciados en el párrafo anterior y considerando las causales de nulidad del acto administrativo del artículo 105 del COA, se ha desarrollado la siguiente tabla:

**Tabla 2. Vicios en el objeto**

Tipos de vicios	Consecuencia
Prohibido	Nulidad o inexistencia
Ley invocada no aplicable al caso	Nulidad o inexistencia
Contenido impreciso	Nulidad o inexistencia
Imposibilidad de hecho	Inexistencia

Elaboración propia a partir de Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*.<sup>45</sup>

Una vez visto esto, es claro que, en relación con el objeto, solo se trataría de actos administrativos irregulares. En tal razón, la presunción de legitimidad no sería aplicable. Ahora, en relación con los vicios sobre la competencia, cabe especificar que en razón de materia, territorio o tiempo se hablaría de un acto nulo; y en razón del grado se trataría de un acto administrativo anulable o de nulidad relativa. A continuación el detalle:

**Tabla 3. Vicios en la competencia**

Tipo de incompetencia	Consecuencia
Materia	Nulidad o inexistencia
Territorio	Nulidad o inexistencia
Tiempo	Nulidad o inexistencia
Grado	Inexistencia

Elaboración propia a partir de Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*<sup>46</sup> y el artículo 105 del COA.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> Ibid., 309.

<sup>46</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, 315.

<sup>47</sup> Artículo 105, COA.

De este modo, en relación con un acto con vicios referentes a la competencia, se puede observar que si existe un vicio en relación a la materia, el territorio o el tiempo, se hablaría de un acto administrativo irregular, al tratarse de un acto viciado con consecuencias de nulidad absoluta o de inexistencia. A consecuencia de esto, la presunción de legitimidad no sería aplicable. Por otro lado, si se trata de una incompetencia en razón del grado, se trataría de un acto convalidable y se podría estimar que se trata de un acto regular. Consecuentemente, la presunción de legitimidad sí le sería aplicable.

### 6.3. VICIOS MANIFIESTOS

Una vez tratado los temas de arbitrariedad e ilegalidad de los actos administrativos frente a la presunción de legitimidad como unos de sus caracteres esenciales, es importante plantearse la siguiente pregunta: ¿qué ocurre cuando la arbitrariedad y la ilegalidad son manifiestas? Para responder Cassagne propone lo siguiente:

La nulidad manifiesta se configura cuando el vicio que porta el acto administrativo surge en forma patente y notoria del mismo, sin necesidad de que deba realizarse una investigación de hecho para comprobar su existencia. Por el contrario, si para arribar a tal resultado, fuere preciso efectuar una indagación de hecho en razón de que el vicio no surge palmariamente del propio acto, la nulidad es no manifiesta.<sup>48</sup>

Visto esto, lo manifiesto aparece cuando no se necesita una investigación de hecho para corroborar el vicio, mientras que lo no manifiesto necesita investigaciones y consideraciones adicionales. Sin embargo, la subjetividad entra en el debate, ya que lo que es evidente para uno puede significar lo contrario para otro. Además, debe añadirse la presunción de legitimidad a la ecuación, pues impone una situación de suma importancia:

[...] ante una lesión por violación de los derechos y garantías constitucionales derivadas de un acto ilegítimo o arbitrario de vicio manifiesto, se producen consecuencias o efectos jurídicos de fondo y forma sumamente importantes, puesto que el acto administrativo queda despojado de su presunción de legitimidad.<sup>49</sup>

En este sentido, una vez observadas las diversas posibilidades en las que se puede encontrar un vicio del acto administrativo, y sumando el hecho de que este vicio sea manifiesto, se tendría un resultado indiscutible: la presunción de legitimidad no sería aplicable, pues tanto los errores sustantivos como los errores adjetivos se han visto vulnerados en un supuesto de este estilo. Además, al haber analizado previamente los argumentos referentes a la clasificación de

<sup>48</sup> Cassagne, *El acto administrativo*, 224.

<sup>49</sup> Daniel Nallar, y Jorge Viltés, *Teoría general del acto y el procedimiento administrativo: Análisis doctrinario y jurisprudencial de las leyes 5348 (Salta) y 19549 (Nación)* (Salta: EUCASA, 2017), 233.

los actos, la aplicabilidad de la presunción de legitimidad en general y que solo los actos administrativos regulares gozan de esta presunción, el conflicto parece estar solucionado.

## 7. REALIDAD ECUATORIANA

Con el fin de validar todos los argumentos expuestos en razón de la realidad ecuatoriana, se ha realizado el análisis de varias sentencias. En este ejercicio se pretende confirmar, por medio de la jurisprudencia, la importancia de la distinción entre actos administrativos regulares e irregulares y la aplicabilidad o inaplicabilidad de la presunción de legitimidad a los mismos. Al respecto, la jurisprudencia ha sido clara al aplicar un criterio similar en diversos casos.

Sobre los actos administrativos regulares la jurisprudencia ha destacado lo siguiente: “[...] se entiende por acto administrativo regular aquél merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad, por no contener vicios invaliables, que ordinariamente se han de presentar de manera manifiesta”.<sup>50</sup> En este sentido, aquí se reafirma que los actos irregulares no pueden gozar de la presunción de legitimidad al tener vicios no convalidables.

Más aún, en el caso n.º 0091-2009, la ex Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha manifestado lo siguiente sobre los actos regulares: “[...] que no contenga[n] vicios invaliables que generen su nulidad de pleno derecho, y que tales vicios no se presenten de manera manifiesta”.<sup>51</sup> Por descarte, los vicios convalidables pueden formar parte de los actos regulares y los vicios invaliables no deben ser considerados si se habla de un acto administrativo regular, pues los segundos pertenecen a los actos administrativos irregulares.

Al hablar de manera específica y conjunta de los actos regulares e irregulares, cabe destacar el caso n.º 0450-2012, referente a la restitución de funciones de una servidora pública, en el que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia manifestó:

[...] un acto administrativo es regular cuando cumple formalmente los requisitos establecidos en la ley para su validez, es decir, es aquel que goza de la presunción de legitimidad, por lo que la administración no puede revocarlo por sí misma. Por el contrario, son actos administrativos irregulares, aquellos actos que contienen

50 Resolución n.º 823-2014, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 13 de noviembre de 2014, párr. 3.5.

51 Resolución n.º 91-2009, Corte Nacional de Justicia, Ex Sala de lo Contencioso Administrativo, 7 de abril de 2009, párr. 4.

vicios que no son susceptibles de convalidación, como, por ejemplo, aquellos actos dictados por autoridad manifiestamente incompetente, los que se producen como consecuencia de una violación al procedimiento que causa un gravamen irreparable o influyen en la decisión del asunto, así como también, los actos cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido por la ley.<sup>52</sup>

En tal sentido, la Sala ha recogido los criterios ya expuestos a lo largo de este trabajo para determinar cuándo aplica o no la presunción de legitimidad, otorgando una clasificación y definición de los tipos de actos administrativos que existen y cuáles son sus diferencias. También se hace referencia a la incompetencia manifiesta, a la violación del procedimiento y al acto con objeto prohibido por ley como tres de los principales supuestos en los que se puede observar un vicio manifiesto y la inaplicabilidad de la presunción de legitimidad.

Sobre otro caso referente a la reintegración de funciones de un servidor público, dentro del proceso n.º 0489-2014, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia aplica el mismo criterio utilizado en el caso n.º 0450-2012 en lo referente a la clasificación de los actos y la inaplicabilidad de la presunción de legitimidad en los actos irregulares detallados previamente. Sin embargo, es preciso acotar que también se deja en claro el reconocimiento de los actos inexistentes y se los integra en el grupo de aquellos actos de nulidad absoluta. Al respecto: “[...] es lógico suponer que no son capaces de surtir efecto alguno, ya que son nulos y, por lo tanto, inexistentes. Al ser inexistentes, son incapaces de producir efectos jurídicos válidos y, por consiguiente, incapaces de reconocer u otorgar derechos a favor de persona alguna”.<sup>53</sup>

De esta forma se evidencia que, si un acto es considerado nulo, puede también considerarse inexistente. Así, se determina que tanto en la teoría como en la práctica, el que un acto irregular sea considerado como absurdo o inexistente, también implica que el acto no goce de la presunción de legitimidad, pues reconocer derechos o imponer obligaciones solo puede darse a partir de un acto administrativo regular.

También se puede evidenciar una sentencia emitida por los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, quienes, a partir de Gordillo y García de Enterría, han sabido manifestar:

[...] de las doctrinas citadas, se concluye entonces que el acto administrativo inexistente es admitido como el que no reúne los elementos constitutivos del mismo y en ausencia de los cuales, es lógicamente imposible concebir su existencia, faltándole

52 Resolución n.º 0752-2016, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 20 de junio de 2016, párr. 2.3.

53 Resolución n.º 50-2017, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 11 de enero de 2017, párr. 2.3.

de manera grosera, evidente y manifiesta los elementos del acto administrativo, lo trae como consecuencia que nunca va a gozar del privilegio de la ejecutividad y puede ser simplemente desconocido por el particular y la Administración.<sup>54</sup>

Visto esto, se deja abierta una posibilidad de referirse a la doctrina como fuente del Derecho para percibir a un acto inexistente como una clasificación aparte de un acto nulo y, consecuentemente, negarse a cumplir con el contenido de un acto de tal naturaleza.

En síntesis, todo lo analizado en acápite anteriores tiene sentido con la jurisprudencia ecuatoriana. Sin embargo, la pregunta principal del presente trabajo no ha sido respondida del todo. ¿Cómo puede un particular negarse a cumplir con lo establecido en un acto administrativo que se encuentra manifiestamente viciado?

Primero, se debe recordar lo expuesto por Cassagne: si no se requiere una investigación de hecho, el vicio será manifiesto; mientras que si se requiere de un análisis exhaustivo y detallado sobre la situación, el vicio no será manifiesto.<sup>55</sup> Segundo, el vicio puede referirse a la ilegalidad y la arbitrariedad, donde se evidencia un punto de diferencia difuso, pero con ciertas particularidades. Tercero, el ordenamiento ya propone soluciones al conflicto en relación con la nulidad o anulabilidad de un acto, y debe recordarse que si se trata de un acto administrativo con un vicio manifiesto la presunción de legitimidad no es aplicable.

Una vez visto esto, se debe recordar la diferencia de la presunción de legitimidad del COA y del COGEP, pues el primero establece que solo los actos regulares gozan de la presunción y el segundo la hace aplicable para todo tipo de actos. En tal sentido, en vía administrativa se podría argumentar lo referente a cómo el acto en cuestión es irregular por tener un vicio manifiesto y de esta forma se podría suspender o incluso dejar de considerar la existencia del acto; mientras que en la vía judicial, a pesar de que se reconoce que todos los actos gozan de la presunción, se debería optar por un cambio legislativo en el que se aclare esta cuestión. De todas maneras, una reforma normativa que puntualice que, en sede judicial, la presunción de legitimidad de los actos solo aplica a los actos regulares le brindaría claridad a los administrados para negarse a cumplir con un acto administrativo irregular.

54 Causa n.º 09802-2017-00516, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, 24 de enero de 2018.

55 Cassagne, *El acto administrativo*, 224.

## 7.1. EL ORDENAMIENTO ARGENTINO COMO UNA ALTERNATIVA AL CONFLICTO

En cualquier caso, el ordenamiento argentino propone otra posible solución referente a esta problemática, en la que la Ley de Acción de Amparo, Ley 16.986, evidencia una serie de requisitos que podrían ser aplicados en Ecuador si se observa una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta dentro de un acto administrativo.

Sobre consideraciones generales, la Ley 16.986, en su artículo 1, trata la admisibilidad de la acción de amparo ante un acto o una omisión que lesione, restrinja, altere o amenace derechos y garantías con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, sea de forma actual o inminente.<sup>56</sup> El artículo siguiente establece los casos en que la acción no será admitida: existencia de otros recursos o remedios judiciales o administrativos, que el acto haya sido dictado por un órgano del poder judicial, cuando la intervención judicial afecte la prestación de un servicio público, cuando la demanda haya sido presentada fuera de término y cuando sea imposible determinar la invalidez del acto ya que se necesita más pruebas, mayor debate o amplio conocimiento del derecho,<sup>57</sup> situación que refuerza lo establecido por Cassagne sobre qué puede ser considerado manifiesto o no.<sup>58</sup>

En el mismo marco, la Ley 16.986, en su artículo 4, establece quién es el juez competente para conocer la acción,<sup>59</sup> su artículo 5 trata sobre la legitimación activa de la acción,<sup>60</sup> su artículo 6 habla sobre los requisitos de la demanda<sup>61</sup> y los artículos siguientes, sobre otras normas procesales. Sin embargo, en su artículo 8 se plantea una particularidad para cualquier tipo de acción: que el juez, una vez admitida la acción a trámite, solicitará a la autoridad cuestionada emitir un informe sobre los antecedentes de la medida o el acto impugnado y, en caso de ser omitido este punto, se configurará una causa para la nulidad del proceso.<sup>62</sup>

Con esto, una medida efectiva que puede ayudar al administrado al enfrentar un acto administrativo con vicios manifiestos es que el juez, una vez admitida a trámite la demanda, solicite a la autoridad emisora del acto la fundamentación sobre por qué algo manifiestamente viciado no lo es. De esta forma la carga de la prueba se invierte y quien tiene que probar que algo no es ilegal o arbitrario de manera manifiesta debe ser la propia Administración. En síntesis, se trataría de una situación en la que el administrador deba probar que su acto

56 Artículo 1, Ley 16.986 [Ley de Acción de Amparo]. B. O. Argentina, 20 de octubre de 1966.

57 Artículo 2, Ley 16.986.

58 Ver Cassagne, *El acto administrativo*, 224.

59 Artículo 4, Ley 16.986.

60 Id., artículo 5.

61 Id., artículo 6.

62 Id., artículo 8.

administrativo está en concordancia con el ordenamiento. Lo mismo podría aplicarse en el tratamiento de un recurso administrativo, se hable de un recurso de apelación o revisión, dependiendo del caso y sus variables.

Con todo lo explicado, no hay que dejar de lado que la ya complicada gestión de la Administración se vería mucho más afectada, pues si se le priva de la presunción de legitimidad, se le quitaría una facultad que le ha permitido desarrollar y cumplir con su fin de manera, por lo menos, aceptable. El retraso en las decisiones o la sola observancia de exámenes a cada uno de los actos emitidos significaría un retroceso injustificado para el normal actuar del Estado y sus ciudadanos. Por todo esto, la solicitud de fundamentación adicional de un acto administrativo solo sería aplicable para los actos irregulares, sobre todo si se trata de actos manifiestamente viciados.

## 8. CONCLUSIONES

La Administración necesita valerse de la presunción de legitimidad para ejercer sus funciones y así cumplir con su fin; sin embargo, es claro que a este principio se lo debe tomar como relativo, pues quienes forman parte de la Administración son personas con intereses contrapuestos y eso puede influir en muchos casos de arbitrariedad o ilegalidad. Asimismo, la doctrina y la jurisprudencia usada a lo largo del presente trabajo ha sabido afirmar la relatividad del principio y al mismo tiempo ha sabido establecer que este principio solo es aplicable a los actos administrativos regulares.

En el mismo sentido, ha sido de vital importancia comprender la clasificación de los actos administrativos regulares e irregulares para reconocer que la normativa ecuatoriana tiene varias incongruencias. Por un lado, cuando se habla del ámbito judicial, el COGEP establece que todos los actos gozan de la presunción de legitimidad, mientras que, en el ámbito administrativo, el COA solo dota de esta presunción a los actos regulares, dejando un vacío sobre el manejo de los actos irregulares cuando se trata con el poder judicial del Estado. Se ha evidenciado una deficiencia legislativa, pues una norma excluye la presunción de legitimidad de los actos irregulares y otra no.

Por otro lado, el COA establece que los actos serán válidos mientras su invalidez no sea declarada, pero también refiere que la presunción de legitimidad solo es aplicable a los actos regulares. De este modo, bajo lo establecido en la ley, cualquier tipo de acto administrativo se tendrá como válido así se trate de un acto irregular en cualquiera de sus categorías. Empero, se observa una contradicción, dado que, si todos los actos son válidos desde su concepción y solo serán nulos a partir de una declaración de nulidad, prescribir que solo los actos regulares gozan de la presunción de legitimidad cuestiona el concepto de

validez o invalidez de los actos y refuerza el argumento de que no es aplicable la presunción de legitimidad a los actos irregulares.

En tal sentido, se debería hacer énfasis en cómo los diversos cuerpos normativos tratan a la presunción de legitimidad, pues aclarar estos temas podría influir de manera acertada en cómo se manejan aspectos relativos a las ocho causales de nulidad, la inaplicabilidad de la presunción de legitimidad y lo referente a la nulidad una vez declarada como tal.

Ahora, respecto a la clasificación de los actos administrativos, se ha observado que en la aplicación de la presunción de legitimidad para los actos administrativos regulares no existe debate. Se trata de actos con eficacia plena y actos de eficacia convalidable, en los que se puede evidenciar toda clase de actos que no involucren a aquellos listados en el artículo 105 del COA y no se trate de la incompetencia en razón del grado.

En otro sentido, sobre los actos administrativos irregulares y la inaplicabilidad de la presunción de legitimidad, sea bajo el trato de la nulidad o la tesis del acto inexistente, es preciso asentar que, indistintamente de la tesis escogida, ninguna permitiría hablar de actos regulares y no sería aplicable la presunción de legitimidad. En tal razón, omitir uno de los elementos constitutivos del acto o tener un fallo o error en su emisión tendría las mismas consecuencias.

No se debe dejar de considerar que la teoría más aceptada por varios autores es la conocida nulidad absoluta, por la cual el COA acepta ocho causales de nulidad de un acto administrativo haciendo referencia implícita a los actos irregulares. Mientras que, sobre los supuestos de nulidad no considerados en el COA, deben tomarse como actos convalidables y en consecuencia como actos regulares, a los que sí les es aplicable la presunción de legitimidad.

Bajo otra línea argumentativa, en referencia a los vicios del acto administrativo, se debe expresar que la arbitrariedad y la ilegalidad son temas que pueden ser entendidos de mejor manera si se los complementa con la clasificación de los actos administrativos en regulares e irregulares. Una vez visto esto, la conclusión es la misma, la presunción de legitimidad solo es aplicable para los actos administrativos regulares. En cualquier caso, debe hacerse especial mención a los vicios manifiestos del acto administrativo. En ese sentido, para hablar de un vicio manifiesto debe reconocerse que se trataría de un vicio evidente, del cual no se necesite mayor investigación o análisis para determinar si existe o no.

Por lo analizado, el problema permanece latente, pero la respuesta más sencilla sería no entrar en consideraciones tan detalladas y seguir con lo ya establecido por el ordenamiento: impugnar el acto, solicitar su suspensión y, de obtener

una decisión favorable, solventar el problema. Sin embargo, optar por esa vía no es del todo pertinente, pues un vicio manifiesto entraría en la categoría de acto irregular y, en tal sentido, la presunción de legitimidad no le sería aplicable. Asimismo, ningún administrado debería realizar lo que establezca un acto administrativo irregular, mucho menos si tiene un vicio manifiesto para los ojos de cualquier persona; pues no solo se vulnerarían los derechos del administrado, sino también se dejarían de lado las obligaciones del administrador. De cualquier forma, se conoce que el acto administrativo es válido mientras su nulidad no sea declarada. Así también se tiene en cuenta la existencia de la impugnación y de la suspensión del acto administrativo, pero debe dejarse en claro que entre el ser y el deber ser de los temas debatidos se podría dar paso a graves afectaciones para los ciudadanos. Entre el tiempo para solicitar la suspensión de un acto impugnado y la respuesta de esta solicitud, en caso de haberla, los derechos de un particular pueden verse afectados de gran manera y muchas veces la situación no puede retrotraerse al estado anterior de la existencia y notificación de un acto manifiestamente viciado.

Por tales razones, se recomienda una reforma a la suspensión del acto, tanto en la norma para sede administrativa como judicial.

En lo referente al COA, se plantea una reforma que considere la suspensión del acto hasta que se resuelva el caso, por lo menos en aquellos procedimientos en los que se pueda perjudicar al administrado, siempre y cuando se trate de un vicio manifiesto y no se dé cabida a consideraciones subjetivas. Por otro lado, en relación con el COGEP, se propone limitar la presunción de legitimidad a los actos regulares y considerar la suspensión de un acto manifiestamente viciado una vez presentada la demanda, contemplando una serie de requisitos por la premura o gravedad de la situación. Ambos supuestos bajo la consideración de que se trate de actos de gravamen para el administrado y sean manifiestamente viciados, con la finalidad de proteger al ciudadano de efectos sin fuente o asidero jurídico.

Bajo la misma línea argumental, a partir de la jurisprudencia ecuatoriana, ha sido posible afirmar todos los argumentos referentes a la presunción de legitimidad, su inaplicabilidad cuando se trata de actos administrativos irregulares y la clara inaplicabilidad de la presunción cuando se trata de un acto administrativo manifiestamente viciado.

Ahora, sobre cómo un particular puede negarse a cumplir con acto manifiestamente viciado, se propone lo siguiente: si se trata de una resolución o un acto sin motivación, la negativa deberá basarse en una interpretación literal del artículo 76, numeral 7, literal l y del artículo 424 de la CRE. Se observaría una circunstancia arbitraria, sin hechos comprobados, sin pruebas y/o sin

procedimiento. De ese modo, la misma normativa daría por considerado a aquel acto como uno nulo y sin eficacia jurídica.

Bajo la perspectiva de la ilegalidad, tratándose de la falta de competencia o de un objeto viciado, que evidencia de mejor manera cómo una autoridad incompetente ha dictado un acto administrativo que no le incumbe o que está prohibido por la ley, se deberá manifestar que la presunción de legitimidad solo le es aplicable a los actos regulares y, por lo tanto, el acto estará sujeto a cuestionamientos sobre su procedencia, lo que este decide, por qué decide de esa forma y, sobre todo, si cumplió o no con todos los requisitos al ser emitido.

Sin embargo, lo que deba hacer un particular en su negativa a realizar lo que establece un acto manifiestamente viciado puede traer varios problemas. En cualquier caso su situación jurídica cambiará, pues el acto será válido mientras no se determine lo contrario y deberá cumplirse a partir de su notificación. Para ojos de todos el acto puede ser irregular, absurdo o inexistente, pero la ley es clara a pesar de su omisión y falencia. Por todo esto, se debería tener consideraciones más específicas y detalladas frente a un acto administrativo manifiestamente viciado.

En tal razón, se propone un cambio al COGEP en el que se especifique que solo los actos administrativos regulares tienen la presunción de legitimidad a su favor y, en relación con el COA, un tenor adicional que prescriba que un acto manifiestamente viciado es un acto irregular y no puede gozar de la presunción de legitimidad.

Del mismo modo, sobre la base del ordenamiento argentino se puede proponer que, en caso de existir arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en un acto administrativo, quien sea responsable de demostrar la validez de un acto manifiestamente viciado sea el administrador, situación en la que se defendería de manera más eficiente al administrado y solo se le pediría al administrador fundamentaciones respecto a alguna omisión, fallo o error. En síntesis, el ordenamiento argentino propone darle una carga más al administrador y así otorgarle un alivio al administrado.

Por último, queda claro que la presunción de legitimidad ha sido de gran ayuda para que la Administración cumpla con sus fines, pero debe tenerse en cuenta que, en variadas ocasiones, el administrador ha desviado el fin último para seguir cumpliendo con el fin sin considerar los medios o, simplemente, para beneficio de determinados particulares.

En este sentido, atacar a la presunción de legitimidad puede ser de gran ayuda para proteger los derechos de los administrados, pero, por otra parte,

imponerle más cargas a la Administración implicaría mayor retardo en las decisiones, más vulneraciones de derechos por temas de tiempo y menor efectividad en la toma de decisiones.

El ordenamiento ya plantea una solución al tema de manera general, no obstante, se ha observado una clara contradicción en cómo se puede defender de mejor manera a un particular afectando la carga de trabajo del administrador. Empero, retrasar a la Administración resultaría contraproducente, ya que se afectaría a la finalidad pública que vela por el beneficio de todos los ciudadanos y no solo el beneficio de unos cuantos.

VIVANCO & VIVANCO  
WE ARE LATIN AMERICA



## WE ARE LATIN AMERICA

Somos una firma de abogados con 120 años de experiencia con presencia en América Latina, Estados Unidos y Europa.

Incentivamos y promovemos la investigación jurídica como parte fundamental de nuestro servicio de excelencia para nuestros clientes.



Bogotá - Buenos Aires - CDMX - Guayaquil - Lima - London - Miami  
Panama - Quito - San José - Santa Cruz - Santiago - São Paulo - Madrid

[vivancoyvivanco.com](http://vivancoyvivanco.com) | [in](#) [twitter](#) [instagram](#) [vivancoyvivanco](#)



# Sobre la naturaleza de la indivisibilidad de una obligación: ¿realmente es posible dividir una prestación?

*On the nature of the indivisibility of an obligation: Is it truly possible to divide performance?*

ÁLVARO MARTÍNEZ ALMEIDA\*

**Recibido / Received:** 26/06/2023

**Aceptado / Accepted:** 10/08/2023

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3033>

**Citación:**

Martínez Almeida, A. “Sobre la naturaleza de la indivisibilidad de una obligación: ¿realmente es posible dividir una prestación?” *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.3033>

---

\* AVL Abogados, Asistente Legal, Av. República de El Salvador 836, Quito 170505, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: [amartinezalmeida@outlook.com](mailto:amartinezalmeida@outlook.com), ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0008-8906-7979>

## RESUMEN

Ambicioso. Aventurado. Quizás, incluso, poco aceptado. Este artículo pretende rescatar una discusión que, a criterio del autor, no está del todo superada. Dicho criterio parte de la premisa de que el análisis de indivisibilidad de una obligación versa sobre la cosa, no sobre la prestación. Para ello, es necesario realizar un examen del origen histórico de esta figura. En tal contexto, y a la luz del ordenamiento ecuatoriano actual, cabe cuestionarse si es posible dividir la prestación, objeto de una obligación. Este artículo sostiene la tesis de que el objeto de una obligación es, por naturaleza, indivisible, sin perjuicio de que una misma obligación pueda contener varias prestaciones distintas que versen sobre la misma cosa. Lejos de ser una discusión meramente teórica, adoptar esta postura implica serias consecuencias prácticas. Entre ellas, incluso la existencia misma de cierto tipo de obligaciones sería cuestionable.

## PALABRAS CLAVE

Obligación; obligación indivisible; indivisibilidad jurídica; imposibilidad de dividir una prestación; régimen de las obligaciones

## ABSTRACT

*Ambitious. Adventurous. Perhaps even controversial. This article aims to revive a discussion that, in the author's view, is not entirely resolved. This viewpoint is based on the premise that the analysis of the indivisibility of an obligation refers to the thing itself, not the performance. To achieve this, it is necessary to examine the historical origin of this concept. Within this context, and considering the current Ecuadorian legal framework, it is worth questioning whether it is possible to divide the performance, the object of an obligation. This article supports the thesis that the object of an obligation is, by nature, indivisible, notwithstanding the fact that the same obligation may encompass multiple distinct performances related to the same thing. Far from being a purely theoretical discussion, adopting this stance carries significant practical consequences. Among them, even the existence of certain types of obligations would be questionable.*

## KEYWORDS

*Obligation; indivisible obligation; legal indivisibility; impossibility to divide a performance; regime of obligations*

## 1. INTRODUCCIÓN

La obligación jurídica es uno de los pilares fundamentales del derecho civil. Gracias a ella es posible concebir una vida en sociedad, pues permite que las personas se relacionen entre sí para alcanzar sus fines. Debido a su complejidad, las obligaciones han sido clasificadas de varias maneras. Una de ellas encuentra fundamento en la indivisibilidad del vínculo que genera.

El punto de partida necesario para el presente análisis es definir la estructura de una obligación. En palabras de Abeliuk, una obligación es un “vínculo jurídico entre personas determinadas por el cual una de ellas se coloca en la necesidad de efectuar a la otra una prestación que puede consistir en dar una cosa, hacer o no hacer algo”.<sup>1</sup> Así, el objeto de la obligación es que “el deudor queda en la necesidad de ejecutar en favor del acreedor una determinada prestación”.<sup>2</sup> A su vez, dicha prestación puede consistir en dar, hacer o no hacer una cosa, entendida como un bien corporal o incorporal.<sup>3</sup> En este orden de ideas, el objeto de una obligación es su prestación, mientras que dicha prestación tiene por objeto una cosa. Esta estructura supone la base sobre la que se construye la hipótesis del presente estudio.

Una obligación puede estar integrada por varios acreedores o deudores a la vez. Dicho género de obligaciones ha sido denominado como aquel con pluralidad de sujetos. Las obligaciones con pluralidad de sujetos tienen un régimen detallado, que varía dependiendo de la forma que asuma la pluralidad. Cada una de estas formas de pluralidad subjetiva da lugar a una obligación distinta y ello depende, en gran medida, de la indivisibilidad del vínculo que se genere.

Como parte del régimen de pluralidad subjetiva se pueden mencionar al menos tres subclasificaciones relevantes. En primer lugar, las obligaciones simplemente conjuntas son aquellas en las que “cada deudor apenas está obligado a pagar su parte o cuota de la deuda y cada acreedor solamente puede exigir su parte o cuota del crédito”.<sup>4</sup> En segundo lugar, las obligaciones solidarias son aquellas en las que, pese a que su objeto sea susceptible de división, “la prestación debida por varios deudores o a varios acreedores puede ser íntegramente exigida a cualquiera o por cualquiera de ellos”.<sup>5</sup> Por último, son obligaciones indivisibles aquellas que “consisten en prestaciones que no pueden verificarse por partes sin alteración de su esencia”.<sup>6</sup>

1 René Abeliuk, *Las obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993), 29.

2 Ramón Meza Barros, *Manual de derecho civil: De las obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 10.

3 Artículo 583, Código Civil [CC], R. O. Suplemento, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez R. O. 15 Edición Constitucional de 14 de marzo de 2022.

4 Guillermo Ospina, *Régimen general de las obligaciones* (Bogotá: Temis, 2008), 24.

5 Felipe Osterling, y Mario Castillo, “Sobre la clasificación de las obligaciones”, *Advocatus* 26 (2011): 322.

6 Luis Parraguez, *Manual de derecho civil ecuatoriano: Teoría general de las obligaciones* (Loja: UTPL, 2006), 373.

No es objeto de este estudio profundizar en cada uno de los tipos de pluralidad subjetiva. Lo esencial, por ahora, es comprender que el régimen de las obligaciones con pluralidad de sujetos depende en gran medida de la indivisibilidad del vínculo que se genera. De ahí que la aplicación de la postura que se sostiene en el presente artículo tenga serias consecuencias prácticas.<sup>7</sup>

El Código Civil ecuatoriano (en adelante Código o Código Civil) establece un régimen normativo específico para las obligaciones según sean o no divisibles.<sup>8</sup> De ello depende, entre otros efectos, (i) lo que puede exigir el acreedor de un crédito, (ii) lo que debe el sujeto pasivo de una obligación y (iii) la posibilidad de que dicha obligación sea cumplida por partes. Resulta evidente que el régimen de indivisibilidad de una obligación no es asunto menor.

Por lo expuesto, se propone como hipótesis abordar dos interrogantes. Por un lado, ¿de qué depende que una obligación sea o no divisible? Por otro, y aún más importante, ¿es posible dividir una prestación?

El lector debe advertir que el objetivo del presente trabajo no es limitarse a encontrar el origen de la indivisibilidad de una obligación, puesto que esto implicaría ser un velero más en los mares de tinta que han corrido al respecto. En realidad, el objetivo es sostener que no es posible dividir el objeto de una obligación, es decir, su prestación. Sin perjuicio de que varias prestaciones distintas e independientes entre sí puedan tener por objeto una misma cosa susceptible de división.

Lejos de ser una discusión meramente teórica, adoptar esta postura tendría profundas implicaciones prácticas. Tanto es así que la existencia misma de cierto tipo de obligaciones dejaría de tener sentido. Por esta razón, la aplicación de esta teoría es, cuanto menos, ambiciosa, dado que implicaría replantear el régimen de indivisibilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. A sabiendas de ello, la postura que se sostiene aquí debe ser entendida como un nuevo aporte a la discusión doctrinaria moderna.

## 2. ORIGEN DEL CONCEPTO DE INDIVISIBILIDAD

¿De qué depende que una obligación sea o no divisible? Uno de los primeros juristas en aventurarse a responder esta compleja pregunta fue el francés Dumoulin en su obra *Extricatio labyrinthi dividui et individui* de 1562, cuyo contenido esencial fue recogido por Pothier en su *Traité des Obligations* de 1848.<sup>9</sup>

---

7 Ver sección 5.

8 Artículo 1540, CC.

9 Rodrigo Bercovitz, "Las obligaciones divisibles e indivisibles", *Anuario de Derecho Civil* 26, n.º 2 (1973): 510.

La propuesta de los juristas franceses fue un primer acercamiento al régimen normativo de la indivisibilidad en materia de obligaciones. No puede ser comparada con la forma en la que se entiende este concepto en la actualidad. Sin embargo, a partir de entonces cada vez más autores aportaron a la discusión del origen de la indivisibilidad. Por ello resulta indispensable estudiar resumidamente el régimen francés sobre las obligaciones divisibles e indivisibles. La teoría de Pothier, que fue aceptada mayoritariamente en la doctrina clásica, se apoya sobre tres pilares fundamentales: (i) indivisibilidad absoluta, (ii) indivisibilidad relativa e (iii) indivisibilidad sobre el pago.

En primer lugar, para la doctrina clásica, el punto de partida era la indivisibilidad absoluta. Pothier, al definir este concepto, “relaciona la divisibilidad de las obligaciones con la de las cosas que son objeto de ellas”.<sup>10</sup> Dentro de dicho concepto incluye las categorías que ahora se conocen como divisibilidad material e intelectual.<sup>11</sup> Este criterio se extiende también a las obligaciones de hacer y no hacer. Es decir, solo si la cosa era divisible, la obligación podía ser catalogada como tal. Dicho postulado no puede pasar inadvertido ya que, como se analizará más adelante, esa es la teoría que se pretende rescatar aquí a la luz de un enfoque distinto.

En segundo lugar, junto con la ya expuesta indivisibilidad absoluta, existía también una relativa. En ella, “el análisis no tenía que ver con la cosa, si no con la conducta que debía observar un deudor”.<sup>12</sup> Como consecuencia, aunque la cosa podía ser fragmentada tanto física como intelectualmente, el vínculo obligacional podía ser indivisible. Ello venía dado no solo por la voluntad conjunta entre las partes, sino además por circunstancias externas de la obligación.<sup>13</sup> A simple vista, parecería que este es el tipo de invisibilidad más cercano al entendimiento que le ha dado la doctrina moderna mayoritaria a este concepto.

Finalmente, para Pothier resulta relevante un tercer tipo de indivisibilidad: aquella que versa sobre el pago. En este sentido, cuando el hecho de fragmentar en partes el cumplimiento de una obligación podría tener como consecuencia una lesión a los intereses del acreedor, la obligación sería indivisible.<sup>14</sup> Ello incluso con independencia de la naturaleza de la cosa.

La teoría propuesta en la doctrina clásica para abordar el concepto de indivisibilidad resultaba tan profundamente compleja que algunos la catalogaron como incomprensible.<sup>15</sup> Tal complejidad se convirtió en la puerta de entrada

10 Ibid.

11 Los tipos de divisibilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano serán analizados más adelante (ver sección 3.1.).

12 Bercovitz, “Las obligaciones divisibles e indivisibles”, 511.

13 Ibid.

14 Ibid.

15 Parraguez, *Manual de derecho civil*, 368.

para una teoría totalmente distinta, sostenida en la doctrina moderna. Hoy en día, el régimen de indivisibilidad de la obligación “cobra interés cuando esta es subjetivamente compleja por el aspecto activo o por el pasivo, o por ambos”.<sup>16</sup> Dicho de otra forma, actualmente, el régimen de indivisibilidad de las obligaciones busca definir si una obligación en la que existe pluralidad de sujetos puede ser cumplida en partes. En ese caso se tratará de una obligación divisible. Al contrario, si no puede serlo, asumirá el carácter de indivisible.<sup>17</sup>

### 3. RÉGIMEN NORMATIVO ACTUAL

La compleja discusión doctrinaria sobre la indivisibilidad de una obligación aterriza en el artículo 1540 del Código Civil. A continuación se realizará un análisis sobre la postura que ha adoptado el legislador ecuatoriano con respecto a este concepto (Sección 3.1.). Adicionalmente, sobre la base de la regulación del Código, se analizarán los efectos de la indivisibilidad para cada tipo de obligaciones (Sección 3.2.).

#### 3.1. LA INDIVISIBILIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL

El artículo 1540 del Código Civil determina que una obligación es divisible o indivisible “según tenga o no por objeto una cosa susceptible de división sea física o intelectualmente” (énfasis añadido).<sup>18</sup> Para el legislador ecuatoriano, el análisis sobre la indivisibilidad versa sobre la cosa objeto de la prestación, no sobre la prestación como tal.<sup>19</sup> En virtud de ello, es posible determinar la naturaleza misma de una obligación.

Según Parraguez “son divisibles aquellas cosas que pueden fraccionarse sin que disminuya el valor del conjunto de las partes resultantes con respecto al valor del todo original”.<sup>20</sup> En este sentido, son dos los supuestos de divisibilidad en nuestro ordenamiento.

Por un lado, son cosas materialmente divisibles aquellas que “sin destrucción, pueden fraccionarse en partes homogéneas entre sí y con respecto al todo primitivo, no sufriendo menoscabo considerable el valor del conjunto de aquéllas

16 Ospina, *Régimen general*, 255-256.

17 Ibid.

18 Artículo 1540, CC.

19 Note el lector que el presente análisis versa únicamente sobre la indivisibilidad de obligaciones en estricto sentido. Podría hacerse referencia a otros tipos de indivisibilidad en el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado sobre la imposibilidad de dividir los efectos de la rescisión de un contrato: “esto por cuanto la acción de rescisión o de nulidad de un contrato es un caso típico de indivisibilidad jurídica porque no puede dividirse o fragmentarse; en otras palabras, un contrato no puede ser válido para uno de los contratantes y nulo para el otro, ni ser válido para una de las personas que integra la parte (sea compradora o vendedora) y nulo para otra persona que integre esa misma parte”. Sentencia n.º 584-2010, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 4 de abril de 2013.

20 Luis Parraguez, *Régimen jurídico de los bienes* (Quito: Ediciones Iuris Dictionis, 2015), 144.

en relación con el valor de éste”.<sup>21</sup> Bajo este supuesto, una obligación cuya prestación consista en dar una determinada cantidad de dinero será divisible. Ello toda vez que una suma de dinero puede ser fragmentada en distintas cantidades y el conjunto de dichas cantidades no pierde el valor original del todo.

Por otro lado, la divisibilidad intelectual o de cuota es aquella que “permite fraccionar las cosas en cuotas ideales o partes imaginarias, para el efecto de constituir distintos derechos sobre ella sin comprometer su integridad material”.<sup>22</sup> Por ejemplo, una obligación cuya prestación consista en transferir el dominio de un inmueble puede ser dividida intelectualmente. Si bien el inmueble, en principio, es materialmente indivisible, dicho bien puede ser imaginariamente fragmentado a fin de que distintas prestaciones versen sobre él. El hecho de entender que son distintas prestaciones las que se originaron con respecto al inmueble comprende el eje central del presente estudio. Por el momento, lo relevante es comprender que, según el Código, existen al menos dos formas de divisibilidad.

En este punto, el lector debe advertir que el régimen de indivisibilidad del Código Civil no se limita únicamente a las obligaciones que tienen por objeto una prestación de dar. A la luz del ordenamiento ecuatoriano, los hechos que se deben son bienes que se reputan muebles.<sup>23</sup> Así, el análisis de indivisibilidad comprende también aquellas obligaciones que tienen por objeto una prestación de hacer o no hacer.

En definitiva, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano son indivisibles solo aquellas cosas que no recaigan en alguno de los dos supuestos antes mencionados. El propio Código Civil propone ciertos ejemplos de obligaciones que, bajo este esquema, son indivisibles. Tal es el caso de aquella obligación cuya prestación consiste en conceder una servidumbre de tránsito<sup>24</sup> pues, bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el objeto sobre el que recae la prestación de dicha obligación (la servidumbre de tránsito) no es susceptible de división. Una vez delimitado el régimen de indivisibilidad en el Código, es posible profundizar acerca de sus efectos.

21 Alessandri, Somarriva y Vodanovic, *Tratado de derecho civil*, 111.

22 *Ibid.*

23 Artículo 598, CC.

24 Como lo establece el artículo 1540 del Código Civil: “la obligación de conceder una servidumbre de tránsito o la de hacer construir una casa son indivisibles”. A criterio del legislador, estos son supuestos de obligaciones cuya prestación tiene por objeto una cosa que no recae en alguno de los criterios de divisibilidad analizados. En consecuencia, son el ejemplo de lo que bajo el ordenamiento ecuatoriano se conoce como obligación indivisible.

### 3.2. EFECTOS DE LA INDIVISIBILIDAD

Las reglas sobre el cumplimiento de las obligaciones y su partición varían según la divisibilidad de la cosa que se debe;<sup>25</sup> por lo que catalogar una obligación como indivisible<sup>26</sup> implica una serie de efectos y consecuencias prácticas. La tarea de identificar dichos efectos se facilita en el terreno de las obligaciones con pluralidad de sujetos, es decir, aquellas de las que forman parte varios acreedores o deudores.

Sobre la base del artículo 1542 del Código Civil, si varios deudores o acreedores forman parte de una misma obligación, la regla general es que su exigencia y cumplimiento, según el caso, se divide entre unos y otros. De este modo, cada acreedor puede exigir solamente su parte en el crédito y cada deudor está obligado solamente al pago de su cuota en la deuda.<sup>27</sup> En consecuencia, ni el pago de la cuota de uno de los deudores ni la satisfacción de su parte del crédito de uno de los acreedores extingue la obligación. Este es el caso de una obligación divisible, que doctrinariamente ha sido denominada simplemente conjunta.<sup>28</sup> Pero si la obligación es indivisible, cada acreedor puede exigir la totalidad del crédito y cada deudor queda obligado a cumplirla del todo.<sup>29</sup> En este sentido, según el artículo 1547 del Código, el cumplimiento de este tipo de obligación por cualquiera de los obligados la extingue en su totalidad.

Este efecto es la característica principal de las obligaciones indivisibles y solidarias. Existen varios otros efectos propios del régimen de indivisibilidad. Estos dependen tanto del tipo de obligación como del tipo de pluralidad de sujetos, según sea el caso.<sup>30</sup>

Sin el más mínimo interés por desconocer la existencia de estos efectos, su estudio no es materia de análisis del presente trabajo. Por ahora, lo esencial es comprender el origen de esta indivisibilidad y, además, la naturaleza indivisible de una prestación.

25 Parraguez, *Régimen de los bienes*, 146.

26 Entiéndase como indivisible en sentido amplio, de tal forma que comprenda no solo a las obligaciones indivisibles, sino también a las obligaciones solidarias. Mientras que por divisibles se entenderán aquellas obligaciones simplemente conjuntas.

27 Parraguez, *Régimen de los bienes*, 146.

28 Meza Barros, *Manual de derecho civil*, 73.

29 Parraguez, *Régimen de los bienes*, 146.

30 Entre dichos efectos se pueden mencionar: (i) la facultad del deudor de solicitar un plazo de entendimiento previo al pago en obligaciones indivisibles; (ii) el nacimiento derecho del acreedor frente a la totalidad de la prestación en obligaciones indivisibles; (iii) la obligación del deudor de efectuar el pago específicamente al acreedor que ha interpuesto una demanda en obligaciones solidarias; (iv) la subrogación de la posición del acreedor en caso de que uno de los deudores pague toda la deuda en obligaciones mancomunadas; (v) el ajuste de cuentas en caso de que uno de los acreedores reciba la totalidad del pago en obligaciones solidarias e indivisibles; entre otros.

## 4. ¿ES POSIBLE DIVIDIR UNA PRESTACIÓN?

La respuesta no es tan simple como parecería a primera vista. A continuación se demostrará que la cosa es la que determina la naturaleza divisible o indivisible de un vínculo jurídico (Sección 4.1.). En consecuencia, se defenderá que no es posible dividir una prestación (Sección 4.2.). Todo ello para concluir que es posible rescatar los postulados de la doctrina clásica sobre la indivisibilidad de una obligación a la luz de una perspectiva moderna.

### 4.1. LA COSA COMO FUNDAMENTO DE LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES

La doctrina es prácticamente uniforme al considerar que la indivisibilidad de una obligación depende de su prestación. De acuerdo con Albadalejo, “las obligaciones se clasifican en divisibles e indivisibles, según que en abstracto puedan o no ser cumplidas por partes iguales, mediante el fraccionamiento de la prestación total en varias menores del mismo contenido y valor proporcional”.<sup>31</sup> En palabras de Clemente de Diego, “si la prestación es susceptible de cumplirse por partes, de tal modo que no se altere esencialmente con esta distribución en partes, entonces es divisible la obligación; en otro caso, indivisible”.<sup>32</sup> A su vez, Hernández-Gil sostiene que “[l]a divisibilidad presupone que la prestación es susceptible de realizarse fraccionadamente, y que las partes o actos en que se descomponga estén en relación de proporcionalidad y homogeneidad respecto del todo”.<sup>33</sup>

De manera concordante, la ex Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el régimen de indivisibilidad de la obligación. Al respecto, se ha mencionado que una obligación indivisible “solamente pierde su carácter de tal cuando el acreedor consciente en dividir el pago de la deuda entre cada uno de sus deudores”.<sup>34</sup> Es claro que, usualmente, tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia han entendido que el análisis de indivisibilidad responde a la prestación, no a la cosa que tiene por objeto.

En este punto el lector ya se encuentra advertido de que los objetivos de este estudio, si bien ambiciosos, tienen una motivación meramente académica. Por ello, el criterio del autor difiere de la doctrina y jurisprudencia moderna y rescata, bajo una nueva visión, el concepto de los franceses Dumoulin y Pothier: es la cosa, y no la prestación, la que define la indivisibilidad de una obligación.

31 Manuel Albadalejo, *Derecho civil II: Derecho de obligaciones* (Madrid: Edisofer, 2011), 36.

32 Felipe Clemente de Diego, *Instituciones de derecho civil español* (Madrid: Pueyo, 1959), 70.

33 Antonio Hernández-Gil, *Derecho de obligaciones* (Madrid: De Rivadeneyra, 1976), 157.

34 Sentencia n.º 331, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, 27 de mayo de 1997, párr. 4.

Es cierto que el Código Civil en ocasiones no es preciso al emplear los términos “cosa” y “prestación”. Algunas normas contemplan a la prestación como el objeto de una obligación,<sup>35</sup> otras, por el contrario, llaman “cosa” al objeto de una obligación.<sup>36</sup> Sin embargo, no necesariamente se puede asumir que el legislador fue impreciso en el artículo 1540, según el cual el origen de la indivisibilidad proviene de la cosa. Como parte de este análisis es posible comprender que el Código tiene razones para, en este caso, hacer referencia específica a la cosa y no a la prestación de la que es objeto.

Si se realiza una interpretación estricta sobre lo dispuesto en el Código, el análisis de la indivisibilidad de una obligación responde a la cosa, no a la prestación. En este sentido, si la cosa es divisible, sea material o jurídicamente, la obligación será divisible. Una obligación de dar US\$ 1000, por ejemplo, es divisible toda vez que la cosa se puede dividir. De igual manera, si la cosa no es susceptible de división, la obligación tampoco podrá dividirse. Nótese que este análisis no versa sobre la conducta de dar, sino sobre la cosa como tal.

Existen casos en los que se reviste de indivisibilidad a una obligación cuyo objeto versa sobre una cosa divisible. Ello puede tener como causa el acuerdo de voluntades, la ley o la naturaleza de la cosa.<sup>37</sup> Sin embargo, este no es un argumento sólido para desvirtuar esta teoría. Al contrario, refuerza el hecho de que el análisis de lo divisible o indivisible no involucra la conducta pactada, sino la cosa sobre la que versa dicha conducta.

El artículo 1542 del Código Civil contempla los casos en los que la obligación adquiere el carácter de indivisible, pese a que la cosa sobre la que versa su prestación sea divisible. Así, por ejemplo, cuando “la obligación cuya prestación consista en algo cuya división ocasione graves perjuicios al acreedor”, se entiende que adquiere indivisibilidad legal. Bajo una interpretación literal de este artículo, se debe analizar si la división de la cosa ocasionaría perjuicios al acreedor. Nuevamente, es claro que la prestación no es la protagonista de este análisis, sino la cosa sobre la que versa dicha prestación.

La doctrina moderna, con el fin de sostener su teoría sobre la indivisibilidad de una obligación, ha propuesto ciertos supuestos según los cuales, a simple vista, parece plausible la división de una prestación. Sin embargo, nada impide aplicar la teoría propuesta en este estudio en los mismos supuestos, a fin de demostrar que lo divisible no es la prestación, sino su objeto.

Sin desconocer los criterios de voces autorizadas en la materia, según el autor de este documento es posible valerse de los supuestos que propone la propia

---

35 Artículo 1564, CC.

36 Id., 1521.

37 Parraguez, *Manual de derecho civil*, 373.

doctrina moderna a fin de demostrar la aplicabilidad de la teoría que se sostiene aquí. Para tal efecto, es posible analizar el siguiente caso propuesto por Parraguez:

Juan y Pedro venden a Diego una finca. Como objeto, la finca es materialmente indivisible, aunque se admita división intelectual o de cuota de suerte que Juan y Pedro pueden ser propietarios “por mitades”. Ahora bien, la obligación relativa a la finca podrá ser de distinta naturaleza según la prestación específica de que se trate. Si hablamos de la obligación “dar la finca”, con prestación de transferir el dominio, es perfectamente divisible ya que puede transferirse por partes. En efecto, Juan podría transferir “su cuota” en el dominio del bien con lo que cumpliría “su parte” en la obligación de dar. Empero, si nos ocupamos de la obligación de entregar la misma finca, es indivisible porque la entrega debe ser un acto unitario referido a la totalidad del inmueble.<sup>38</sup>

El caso propuesto versa sobre una obligación con pluralidad de sujetos. Según su autor, dicha obligación contiene una sola prestación divisible intelectualmente en función de las cuotas que se generan sobre el bien en cuestión. Sin embargo, es perfectamente plausible entender que en realidad lo que se divide es la cosa sobre la que pueden versar distintas prestaciones.

Bajo esta teoría, el caso previamente planteado no pierde su esencia. Si Juan y Pedro le venden a Diego su finca, lo que en realidad sucede es que sobre ese inmueble se generan dos distintas prestaciones de dar cada uno su cuota. Sobre la misma cosa divisible intelectualmente se habrían formado prestaciones distintas e independientes, supuesto que solo es posible en virtud de que el inmueble en sí es susceptible de división intelectual.

En definitiva, el origen de la indivisibilidad de una obligación es la cosa objeto de su prestación. Una obligación de dar US\$ 1000, por ejemplo, es divisible en la medida en que ese bien es susceptible de división. Pero la conducta de dar no es lo que se divide. Sin perjuicio de que varias prestaciones distintas puedan tener por objeto la misma cosa.

Sucede lo mismo en el caso de una obligación cuya prestación sea de hacer o no hacer. Los hechos que se deben también son cosas en estricto sentido.<sup>39</sup> Por ende, es posible analizar si dichas cosas son o no divisibles, pese a que las acciones (u omisiones) que se originen sobre ellas no se dividan. Por ejemplo, imagine el lector un hipotético caso en el que tres profesionales de la construcción se obligan a edificar determinada obra. ¿A qué se obligaría cada uno de los constructores? A la observancia de su prestación específica e independiente de las prestaciones de los demás deudores, cuya delimitación dependerá enteramente del acuerdo entre las partes.

38 Parraguez, *Manual de derecho civil*, 370.

39 Artículo 598, CC.

Si se trata de prestaciones distintas contenidas en una misma obligación, ¿cómo debe entenderse la indivisibilidad o solidaridad entre las mismas? En efecto, aplicar esta teoría no implica desconocer los efectos propios de cada uno de los tipos de obligación. Al contrario, el cambio estaría en el origen de sus efectos. Por ejemplo, ante un caso de obligación solidaria con pluralidad pasiva de sujetos, aún tendrían que observarse los efectos propios de la solidaridad, pero su análisis versaría específicamente sobre la forma de observar cada una de las distintas prestaciones.

Por todo lo expuesto, se puede sostener que la conducta de dar, hacer o no hacer no define el carácter divisible o indivisible de una obligación. Esta postura sostiene que lo que se divide es la cosa, y sobre ella pueden recaer distintas prestaciones simultáneamente. De ser ese el caso, cabe plantear una segunda pregunta cuya respuesta podría implicar serias consecuencias prácticas: ¿realmente es posible dividir una prestación?

## 4.2. LA PRESTACIÓN COMO NO SUSCEPTIBLE DE DIVISIÓN

La forma más sencilla de comprender esta tesis requiere una explicación gráfica basada en ejemplos. Sitúese el lector en un caso hipotético de una obligación con pluralidad pasiva de sujetos, en el que tres deudores se obligan a pagar US\$ 900 a un acreedor.<sup>40</sup> Si nada se ha mencionado al respecto, esta será una obligación simplemente conjunta, en la que existen tres prestaciones de dar US\$ 300 cada una. Lo que se dividió al momento de contraer la obligación es la cosa. Esto no quiere decir que la prestación se haya dividido en tres partes, sino que sobre esa cosa divisible se originaron tres prestaciones distintas.

En un segundo supuesto, los mismos tres deudores se obligan a pagar US\$ 900 de manera solidaria. De esta forma, la cosa ha adquirido el carácter de indivisible jurídicamente, y sobre ella se generó una sola prestación de dar. En este caso, cualquiera de los deudores podría observar la prestación y extinguir la obligación. Ello demuestra que dicha prestación nunca se dividió para la cantidad de deudores. Siempre fue una sola.

En definitiva, una vez que la cosa es divisible, sea material o jurídicamente, pueden versar sobre ella una o varias prestaciones, pero estas nunca se dividen. Lo divisible, entonces, es únicamente la cosa. Las prestaciones, una vez que nacen con la obligación, no se dividen. Por ello, se sostiene que el objeto de la obligación siempre es indivisible, sin perjuicio de que distintas prestaciones puedan tener como objeto una misma cosa.

<sup>40</sup> Entiéndase por pluralidad pasiva de sujetos como aquel caso de una obligación de la que forman parte dos o más deudores.

Hasta este punto del análisis parecería que se trata de una discusión meramente terminológica, cuyas consecuencias no escapan del papel y la tinta. Sin embargo, aceptar la tesis propuesta sobre la indivisibilidad de la prestación implicaría profundos efectos en la práctica.

## 5. IMPLICACIONES PRÁCTICAS

Las consecuencias en la práctica de adoptar la tesis propuesta en este artículo no son pocas. Tanto es así que de hecho amenaza la existencia misma de las obligaciones simplemente conjuntas (Sección 5.1.). Subsidiariamente, sería posible atenuar la aplicación de esta tesis a fin de encontrarle un efecto útil a las obligaciones mancomunadas. De ser ese el caso, se originarían ciertos efectos en lo que respecta al pago de algunas obligaciones (Sección 5.2.).

### 5.1. FUTILIDAD DE LAS OBLIGACIONES MANCOMUNADAS

Estas obligaciones han sido definidas como aquellas en las que, en palabras de Alessandri, “dos o más personas se comprometen conjuntamente a cumplir una prestación, de manera que cada uno de los obligados solo debe una parte de ella a manera de cuota”.<sup>41</sup>

Como se ha demostrado, adoptar la postura que propone este artículo en este supuesto implica que no se trate de una sola prestación que se divide, sino varias prestaciones distintas que versan sobre una misma cosa. Si ese fuese el caso, si cada deudor está obligado a su propia prestación indivisible e independiente, resulta complejo creer que se trata de un solo vínculo obligacional.

En realidad, cada deudor o acreedor es parte de una obligación distinta, con su respectiva prestación indivisible cada una. Ello independientemente de que cada una de esas prestaciones verse sobre la misma cosa, susceptible de división.

A manera de ejemplo, sitúese el lector en el supuesto en el que dos sujetos distintos son deudores de una determinada suma de dinero cada uno frente a un único acreedor. Bajo la tesis defendida en este artículo, en este caso no existiría una única prestación dividida según la cantidad de deudores. Al contrario, existirían dos prestaciones distintas, cada una sobre una determinada cantidad de dinero, frente al mismo acreedor. En este sentido, cabría cuestionarse si en realidad se trata de un solo vínculo obligacional distribuido en cuotas. Parecería que, en el ejemplo propuesto, existirían dos obligaciones completamente distintas.

41 Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, y Antonio Vodanovic *Tratado de derecho civil: Partes preliminar y general* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998), 432.

En suma, comprender que el objeto de una obligación es indivisible significaría que la figura misma de las obligaciones mancomunadas sería fútil, más allá de que normativamente esté contemplada en el Código Civil. Si se atenúa un poco esta tesis a fin de encontrarle un efecto útil a las obligaciones simplemente conjuntas, aún pueden encontrarse otros efectos prácticos.

## 5.2. POSTURA ATENUADA

En un caso de obligación simplemente conjunta, por ejemplo, no existe una sola prestación que se dividió, pues las prestaciones no son divisibles, sino varias prestaciones completamente distintas e independientes. Así, las obligaciones mancomunadas serían, simultáneamente, obligaciones de objeto complejo, definidas como “aquellas en que se deben varias prestaciones”.<sup>42</sup>

A manera de ejemplo, si un deudor debe US\$ 900 a los acreedores A, B y C, de manera simplemente conjunta, es una obligación de objeto complejo, pues contiene tres prestaciones distintas de dar US\$ 300 cada una. En ese caso existiría una obligación de objeto complejo, en la que el deudor debe observar varias prestaciones simultáneamente. Este supuesto ha sido definido como una obligación conjuntiva, en la que el deudor “está obligado a prestar varios hechos o a dar varias cosas a la vez y no se libera de su obligación mientras no se cumplan todas las conductas requeridas”.<sup>43</sup>

Uno de los efectos principales de las obligaciones conjuntivas es que el deudor no puede pagar por partes la deuda salvo que el acreedor lo acepte. Bajo esta lógica, si una obligación mancomunada es, a la vez, una obligación conjuntiva, pues contiene varias prestaciones distintas, le aplican sus efectos. En virtud de ello, existe un efecto vertical adicional para las obligaciones simplemente conjuntas: en un caso de pluralidad activa, el deudor no podría pagar las cuotas de la deuda de manera separada, salvo que los acreedores así lo acepten. Dicho efecto parece haber sido ignorado por la doctrina y no se encuentra regulado por el Código.

Evidentemente, en el supuesto no consentido de que se considere que la prestación se puede dividir, en el caso propuesto anteriormente no habría múltiples prestaciones, sino una sola distribuida según el número de acreedores. Por ende, esta no sería una obligación de objeto complejo, por lo que no habría efecto adicional alguno. De ahí la trascendencia de reconocer que la prestación objeto de una obligación es indivisible, sin perjuicio de que distintas prestaciones puedan recaer sobre la misma cosa.

42 René Ramos, *De las obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999), 73.

43 Mauricio Bejarano, *Obligaciones civiles* (Ciudad de México: Oxford Harla, 1997), 523.

## 6. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se analizó lo siguiente: (i) ¿de dónde nace la indivisibilidad de una obligación? y (ii) ¿es posible dividir una prestación? En busca de respuestas a estas interrogantes se realizó un estudio detallado desde una perspectiva distinta a la que sostiene la doctrina moderna mayoritaria.

En primer lugar, con respecto al origen de la indivisibilidad de un vínculo jurídico, la doctrina moderna considera que esta característica depende de la prestación que tiene como objeto. Sin embargo, dicha tesis resulta imprecisa por dos razones. Por un lado, porque según un análisis histórico, esta figura no fue pensada como parte de un análisis sobre la prestación. Por otro lado, porque a la luz del ordenamiento jurídico ecuatoriano actual, es la cosa, no la prestación, lo que genera la naturaleza divisible o no de una obligación. En definitiva, la indivisibilidad de una obligación atiende a la cosa, objeto de su prestación.

En segundo lugar, no es posible dividir una prestación. Por ello, ante la existencia de una obligación con pluralidad de sujetos las prestaciones son indivisibles, sin perjuicio de que varias prestaciones distintas puedan tener por objeto una misma cosa divisible. Bajo esta lógica, lo que sucede en realidad es que, mientras la cosa sea divisible, se pueden generar sobre ella distintas prestaciones.

Aceptar la tesis desarrollada en este estudio implica profundas consecuencias prácticas. Tanto es así que la existencia misma de las obligaciones simplemente conjuntas se vería amenazada. Según esta postura, existen razones para creer que, al ser las prestaciones distintas e independientes, en realidad se trata de obligaciones completamente distintas que versan sobre el mismo bien. Subsidiariamente, con el fin de encontrarle un efecto útil a la existencia misma de las obligaciones mancomunadas, aún serían varios los efectos que se pueden considerar bajo esta tesis como parte del régimen de obligaciones de objeto complejo.

El lector debe ser consciente de las limitaciones del presente artículo. Su propuesta no es necesariamente mejorar el régimen de indivisibilidad de las obligaciones, ni desconocer la actual regulación del Código Civil. Al contrario, su objetivo es dejar la puerta abierta para futuros estudios relacionados con el tema. Solo entonces se podrá alcanzar la verdadera naturaleza de indivisibilidad en el derecho contractual.

Para Valencia Zea, se debe perseguir una “noción útil de las obligaciones indivisibles [...], por lo que es preciso desechar toda vana escolástica para deducir soluciones útiles y claras”.<sup>44</sup> Sin embargo, note el lector que la tesis propuesta en este artículo no es simple escolástica, sino una nueva forma de entender este complejo concepto, sin perder la claridad y simpleza para abordarlo.

<sup>44</sup> Arturo Valencia Zea, *Derecho civil: De las obligaciones* (Bogotá: Temis, 2015), 31.

10 AÑOS  
USFQ LAW REVIEW



@usfqlawreview