

Volumen XI
Mayo 2024
ISSN 2631-2573
E-ISSN 1390-8014



USFQ LAW REVIEW





VOLUMEN XI, NÚM. 1 • MAYO 2024



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 XI, Número 1, mayo 2024

DOI Núm. 1: <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i1>

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTORES EDITORIALES

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>

COMITÉ EDITORIAL

Editores en Jefe

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 Asociados

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

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

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

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

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

Editores Junior

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

Ruth Mariana Ponce Guillén
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0009-0009-4793-5747>

Nicole Karolina Padilla Palacios
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0009-0000-3112-985X>

Douglas Mateo Chiluisa Letamendi
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0009-0001-2904-5750>

Rut Doménica Urresta Domínguez
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0009-0002-7975-7227>

Belén Estefanía Cruz Villalva
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0009-0009-5919-0826>

Kristhian Marcelo Guevara Tipán
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0009-0005-0823-0059>

Stephany Michelle Loayza Ponce
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0009-0002-0739-2150>

REVISORES PARES EXTERNOS

Fabrizio Peralta, Esteban Ortiz, Paúl Noboa, Verónica Regalado, Adriana Orellana, Ana Isabel Cobo, Pedro Córdova, María Gracia Naranjo, Natalia Barona, Andrés Mariño, Camila Boriz, Gabriela Rivadeneira, Felipe Castro, Tomás Barrionuevo, Nicolás Maldonado, Mario Ruiz, María José Peñaherrera, Kenny Espín, Max Salcedo, Jorge Duque, María Paz Vela, Carolina Reinoso, Aura Chiriboga, José Adatty, Daniela Coral.

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: Elizabeth Salgado

Diseño editorial: David Jarrín

falta bold en esta letraebmaster: Scimago



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. Kevin Damián Ortiz Arias y Karen Paola Moreira Pinargote,
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

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 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.

Su objetivo es brindar un espacio para que estudiantes, profesionales y académicos publiquen trabajos de investigación jurídica en diversas áreas del Derecho, a través del planteamiento de opiniones críticas sobre temas de relevancia actual. Además, busca ser una fuente de investigación y consulta destacada por su contenido de alto nivel académico y propender siempre hacia la calidad de la discusión jurídica en Ecuador y en toda la región.

El Comité Editorial de *USFQ Law Review* ha desplegado importantes esfuerzos por garantizar que el objetivo académico de la revista tenga un impacto integral. Por ello, desde el 2023 se han desarrollado actividades mensuales como *webinars*, *podcast* y boletines que, sin duda, han sido un valor agregado del proceso editorial y una forma de retribuir a toda la comunidad que ha creído en el proyecto.

Una prioridad de la revista es dar 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.

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 (SIS); 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).

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. Cada año se imprimen y difunden ejemplares distribuidos a instituciones públicas y privadas a nivel nacional. Para ello, recibe asistencia técnica del departamento editorial USFQ Press y se financia mediante el apoyo continuo de patrocinadores.

Finalmente, *USFQ Law Review* cuenta con varias alianzas institucionales que propenden el fortalecimiento de la investigación jurídica del más alto nivel. En Ecuador se ha celebrado alianzas con otras revistas como *UDA Law Review*, *Lawyers EC*; mientras que, a nivel internacional, con la *Sorbonne Doctoral Law Review*. Recientemente, se firmó un convenio con el ICC Ecuador para la publicación de un *dossier* especializado en Derecho Corporativo.

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

Equipo Editorial

USFQ Law Review

Universidad San Francisco de Quito

PRESENTACIÓN DEL NÚMERO

USFQ Law Review es mucho más que una publicación jurídica. La revista es el testimonio de once generaciones de estudiantes comprometidos con el trabajo y la búsqueda constante de la excelencia académica. Cada una de estas páginas representa el fruto de horas de investigación, análisis y reflexión.

Al mirar hacia el futuro, tenemos grandes expectativas para la *USFQ Law Review*. Anhelamos que continúe siendo un faro de inspiración que guíe a las generaciones venideras, un lugar donde se fomente la creatividad, la innovación y el pensamiento crítico.

Este es el cuarto año consecutivo de publicación semestral de la revista. Por ello, tenemos el agrado de presentar el primer número del Volumen XI, que se compone de ocho artículos.

En materia de Regulación Financiera y Bancaria, Santiago Cisneros propone un valioso análisis sobre el alcance del *sandbox* regulatorio en las empresas *fin-tech* en Ecuador. Este trabajo evidenció que, cuando los criterios de elegibilidad son restrictivos o pueden fijarse *ex post*, el *sandbox* regulatorio no es una figura atractiva para los innovadores. Así, la normativa emitida por la Junta de Política y Regulación Monetaria puede no resultar adecuada.

En el marco de Derecho y Nuevas Tecnologías, Emilie Idrovo y Liliana Aguilar brindan una guía respecto de la regulación de los NFT en la normativa de propiedad intelectual ecuatoriana. Se analiza la adecuación de las leyes en el manejo de controversias relativas a los NFT y se concluye que, aunque no exista una regulación expresa, se pueden manejar estas controversias aplicando artículos conexos e integración de otras normas.

En lo referente al Arbitraje, como mecanismo alternativo de resolución de conflictos, Mila Farina y Manuela Borja realizan un estudio sobre la causal del orden público para denegar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros a la luz del artículo V, numeral 2 de la Convención de Nueva York.

En materia de Derecho Comunitario Andino, Carlos Garcés ofrece una revisión normativa, jurisprudencial y doctrinaria sobre la admisibilidad de las acciones de incumplimiento incoadas por entidades corporativas en representación de sus afiliadas. Asimismo, reflexiona sobre algunas consideraciones prácticas generales para que prosperen demandas de esta naturaleza, evitando su rechazo *in limine*.

En el ámbito de Arbitraje, Isbella Jiménez, Augusto Chasillacta y Roque Albuja observan los principios rectores del arbitraje y contrastan las normas vigentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano con las normas de arbitraje acelerado de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI). El análisis concluye que no es necesario reformar la Ley de Arbitraje y Mediación para implementar este tipo de arbitraje.

En materia Corporativa, Nicolás Vela y Gabriela Jácome analizan si la relación jurídica que existe entre administradores y representantes legales con sus compañías es del tipo laboral o meramente civil.

Con respecto al Derecho y Nuevas Tecnologías, David Proaño analiza si los NFT, pese a su definición habitual, pueden considerarse fungibles, dependiendo de las características de la obligación jurídica en particular, que puede o no contemplar como requisito el código de identificación del NFT.

Por último, en el ámbito procesal, Lianet Cuesta, William Orellana y Fernando Orellana estudian la importancia de diferenciar los efectos de la cosa juzgada material con la cosa juzgada formal en los juicios ejecutivos.

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 primer número del Volumen XI 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, Spingarn, Cabezas Wray & Albán, Robalino, Consulegis, Charry Sáenz Jácome & Galarza, Luzuriaga & Castro, Pérez Bustamante & Ponce, Lexvalor, Naranjo Martínez & Subía, Coronel & Pérez, Gottifredi Pozo, Vivanco & Vivanco y SVAR.

Por último, es de gran importancia hacer mención a la implacable labor de Andrea Naranjo, Doménica Aroca y David Jarrín, miembros del equipo de USFQ PRESS, y agradecerles por su continuo apoyo en las distintas etapas del proceso editorial.

A nombre del Comité Editorial, extendemos una cordial invitación a participar en los siguientes volúmenes de *USFQ Law Review* y esperamos que el primer número del año 2024 sea de su agrado.

Quito, mayo de 2024

Kevin Damián Ortiz Arias
EDITOR EN JEFE

Karen Paola Moreira Pinargote
EDITORA EN JEFE

ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| Alcance del <i>sandbox</i> regulatorio en empresas Fintech en Ecuador SANTIAGO CISNEROS BEJARANO | 1 |
| The Legal Landscape of NFTs: A Comprehensive Guide to NFTs' Regulation and Intellectual Property Law in Ecuador EMILIE ALEJANDRA IDROVO GALLARDO Y LILIA STEFANÍA AGUILAR MEDINA | 35 |
| El orden público y la convención de Nueva York: ¿Qué nos dice sobre la denegación de ejecución de un laudo? MILA FARINA Y MANUELA BORJA | 60 |
| Acciones de incumplimiento planteadas por entidades corporativas en la Comunidad Andina: entre la flexibilidad y la cautela CARLOS GARCÉS | 83 |
| La implementación del arbitraje acelerado CNUDMI en Ecuador, ¿es necesario reformar la LAM? ISBELLA SOLEDAD JIMÉNEZ FIGUEROA, AUGUSTO JOSÉ CHASILLACTA ZURITA Y ROQUE JAVIER ALBUJA PONCE | 111 |
| ¿El administrador y representante legal de una compañía es mandatario o trabajador? Análisis sobre la naturaleza jurídica de la figura NICOLÁS VELA NARANJO Y GABRIELA JÁCOME AGUIRRE | 133 |
| Debunking the Non-Fungibility of NFTs DAVID PROAÑO ALCÍVAR | 151 |
| Cosa juzgada formal y material en el juicio ejecutivo: ¿se puede intentar el mismo procedimiento si se han acogido excepciones propias del título? LIANET CUESTA MÁRQUEZ, WILLIAM GABRIEL ORELLANA IZURIETA Y FERNANDO ANDRÉS ORELLANA TORRES | 169 |

Alcance del *sandbox* regulatorio en empresas Fintech en Ecuador

Scope of the Regulatory Sandbox in the Fintech Industry in Ecuador

SANTIAGO CISNEROS BEJARANO*

Recibido / Received: 31/01/24

Aceptado / Accepted: 20/03/24

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3252>

Citación:

Cisneros Bejarano, S. "Alcance del sandbox regulatorio en empresas Fintech en Ecuador". *USFQ Law Review* vol. 11, n°. 1, mayo de 2024, <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3252>.

* Abogado en Consulegis Abogados, Guayaquil 090506, Guayas, Ecuador. Correo electrónico: scisneros@lex.ec. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-0862-4606>

** Este artículo se basó en el trabajo de titulación que presentó el autor para la obtención del título de abogado en la Universidad San Francisco de Quito, Ecuador, que tuvo un reconocimiento por haber obtenido la mejor calificación en la promoción. En este sentido, el autor desea agradecer a Oswaldo Santos Dávalos, por haber dirigido y aportado con valiosos comentarios al trabajo; y a Fernando Cisneros Velásquez, Paúl Noboa Velasco y María Bernarda Carpio Frixone, por sus importantes sugerencias y revisiones.

RESUMEN

En 2022 entró en vigencia la Ley Fintech en Ecuador y estableció el *sandbox* regulatorio como estrategia para promover la innovación. Por su parte, la Junta de Política y Regulación Monetaria emitió normativa secundaria regulando esta figura. No obstante, expidió criterios de elegibilidad restrictivos, exigió una triple autorización y permitió que se puedan añadir parámetros adicionales *ex post* a la solicitud de *sandbox*. Tampoco es clara en cuáles son los beneficios o exenciones que se pueden derivar de esta estrategia. Incluso, no regula qué ocurre una vez que finaliza el *sandbox*. Este trabajo evidenció que, cuando los criterios de elegibilidad son restrictivos o pueden fijarse *ex post*, el *sandbox* no es una figura atractiva para los innovadores. Así, la normativa emitida por la Junta no es la adecuada y, además, es ilegal. Por ello, se recomendó que se aclare cuáles son los beneficios que pueden obtenerse, los que deberán variar según el objetivo que persiga el *sandbox*; y que se implementen criterios de elegibilidad que no sean restrictivos y que se basen en criterios de riesgo.

PALABRAS CLAVE

Fintech; *sandbox* regulatorio; criterios de elegibilidad; Junta de Política y Regulación

ABSTRACT

In 2022, the Ecuadorian Fintech Act was published and established the regulatory sandbox as a strategy to promote innovation. The Monetary Policy and Regulation Board issued secondary regulation about this figure. However, it established restrictive eligibility criteria, required triple authorization from various entities and allowed additional parameters to be added after the application. Also, it was not clear what benefits or exemptions could be obtained through the sandbox, nor does it establish what happens after it. This work showed that, when eligibility criteria are restrictive or can be set ex post, the regulatory sandbox is not an attractive strategy for innovators. As a result, the regulation issued by the Board is not appropriate and is also illegal. Therefore, this investigation recommended that the benefits that can be obtained should be clarified, which should vary depending on the objective pursued by the sandbox. In addition, this work recommended that non-restrictive nor ex post eligibility criteria should be implemented.

KEYWORDS

Fintech; regulatory sandbox; eligibility criteria; Policy and Regulation Board

1. INTRODUCCIÓN

La industria Fintech ha crecido exponencialmente en los últimos años. En 2015, las inversiones y financiamiento global en Fintech fue de USD 22,3 mil millones, más de 12 veces la cantidad de financiamiento que recibió el sector en 2010¹. En 2022, el financiamiento a través de estas empresas fue de USD 20 mil millones². En el contexto de sistema de pagos mundiales, cuyos ingresos ascendieron a USD 2,1 millones en 2021, los medios de pago en efectivo bajaron 25 puntos porcentuales en el mercado entre 2011 y 2021³.

Por su parte, en Latinoamérica, los pagos digitales crecieron de USD 89 mil millones en 2017 a USD 215 mil millones en 2021, y el número de usuarios creció a 300 millones en dicho año⁴. Con respecto a los neobancos, el número de usuarios ascendió a 30 millones⁵. En Ecuador, las “soluciones Fintech” se han incrementado, desde 2011, en un 63%⁶.

Este notable crecimiento ha llevado a distintas jurisdicciones, frente a los posibles riesgos y beneficios que se derivan de estas actividades, a adoptar diversas estrategias regulatorias frente a las Fintech. Una de las más populares ha sido el *sandbox* regulatorio. En diciembre de 2022, entró en vigencia en Ecuador la Ley Orgánica para el Desarrollo, Regulación y Control de los Servicios Financieros Tecnológicos (en adelante Ley Fintech) y previó como estrategia regulatoria el *sandbox* para promover la innovación de este sector⁷.

En agosto de 2023, se publicó la resolución de la Junta de Política y Regulación Monetaria (en adelante JPRM) JPRM-2023-014-M (en adelante Resolución de la JPRM o Resolución) para regular, entre otros, el *sandbox* regulatorio. No obstante, esta normativa expidió criterios de elegibilidad restrictivos, que no se derivan de criterios de riesgo. Además, requiere autorización de tres entidades cuando se busca alivianar cargas regulatorias. Incluso, permite que una de estas entidades puedan exigir nuevos parámetros que no están previstos anteriormente en la Resolución, luego de que la empresa haya presentado una solicitud para ser admitido al *sandbox*. Tampoco es clara respecto de los beneficios o exenciones que se pueden solicitar.

1 Juan J. Cortina y Sergio L. Schmukler, “The Fintech Revolution: A Threat to Global Banking?”, *Research & Policy Brief from the World Bank Chile Center and Malaysia Hub*, n.º. 14 (Abril 2018), párr. 2, <https://documents1.worldbank.org/curated/en/516561523035869085/pdf/125038-REVISED-A-Threat-to-Global-Banking-6-April-2018.pdf>.

2 The Economist, “Who will survive the fintech bloodbath? Firms prepare for a nasty winter”, *Finance Finance & economics*, párr. 2, <https://www.economist.com/finance-and-economics/2022/10/13/who-will-survive-the-fintech-bloodbath>.

3 Arjun Ramani, “As payments systems go digital, they are changing global finance”, *The Economist*, párr. 4, <https://www.economist.com/special-report/2023/05/15/as-payments-systems-go-digital-they-are-changing-global-finance>.

4 Bas B. Bakker et al., “The Rise and Impact of Fintech in Latin America”, *International Monetary Fund*, 2023, Note 2023/003, 979-8-40023-547-4, 8.

5 Ibid.

6 Santiago Ayala, “Las compras en línea crecen a razón de \$ 1.000 millones anuales en Ecuador”, *Diario Expreso*, párr. 2, <https://www.expreso.ec/actualidad/economia/compras-linea-crecen-razon-1-000-millones-anuales-ecuador-191898.html>.

7 Ley Orgánica para el Desarrollo, Regulación y Control de los Servicios Financieros Tecnológicos [LF]. R.O. Segundo Suplemento, n.º. 215, 22 de diciembre de 2022.

En consecuencia, la regulación que ha adoptado la JPRM respecto del *sandbox* es cuestionable. En este sentido, el presente trabajo pretende responder cómo debe operar el *sandbox* regulatorio en Ecuador⁸. Se buscará probar que la posición que ha tomado la JPRM no es adecuada para regular esta figura, cuyo objetivo es precisamente promover la innovación, no restringirla.

Así, el desarrollo estará dividido en tres partes. Como primer punto, se revisarán ciertos conceptos, relacionados con las actividades Fintech en Ecuador, el *sandbox* regulatorio y la regulación prudencial (§2). Así, se buscará hallar la evidencia que ha dejado la regulación del *sandbox* en otras jurisdicciones. Como segundo punto, se analizará que la Resolución no solo es restrictiva, sino también ilegal (§3). En consecuencia, en tercer lugar, se recomendará, a partir de las conclusiones alcanzadas en los puntos anteriores, cómo debe operar el *sandbox* regulatorio en Ecuador (§4).

2. CONCEPTOS Y EVIDENCIA ENCONTRADA EN OTRAS JURISDICCIONES

En esta sección se observarán ciertas cuestiones preliminares. Primero, se revisará en qué consisten las empresas Fintech y qué estrategias regulatorias se pueden adoptar frente a estas actividades (§2.1). Segundo, se hará un análisis comparado del *sandbox* regulatorio (§2.2). Tercero, se indicará en qué consiste la regulación prudencial y qué deben cumplir las entidades que conforman el sistema financiero nacional en Ecuador (§2.3). El objetivo de este apartado es determinar, a partir de estas cuestiones preliminares, qué lecciones se han encontrado en otras jurisdicciones.

2.1. FINTECH

El surgimiento de las nuevas tecnologías, es decir, tecnologías de la información, permitió el desarrollo de empresas Fintech⁹. Así, para el *Financial Stability Board*, Fintech referencia la innovación en servicios financieros por medio de la tecnología, que desemboque en nuevos modelos de negocio, aplicaciones, procesos o productos con un efecto en los mercados y en la prestación de servicios financieros¹⁰. En consecuencia, consiste en la prestación de servicios financieros a través de tecnologías de la información.

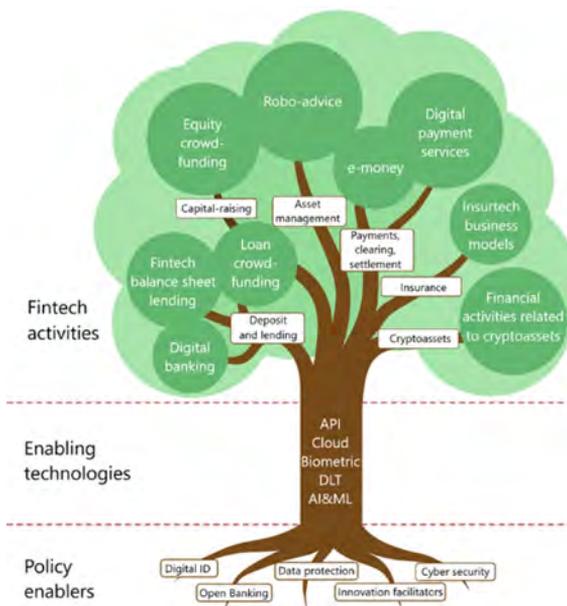
8 El presente estudio solo se centrará en aquellas empresas Fintech que formen parte del sistema financiero nacional; es decir, aquellas relativas a los servicios financieros tecnológicos y a los sistemas, medios y sociedades especializadas en depósitos y pago electrónico. Así, no se revisará el *sandbox* a favor de empresas Fintech especializadas en el mercado de valores y seguros.

9 Se trata de nuevas tecnologías de la información, basadas en la última revolución industrial, y no de tecnologías en general. Esto debido a que la industria financiera se ha apoyado varias veces en la tecnología—entendida como todo mecanismo que permita ejecutar actividades de forma más eficiente—. Por ejemplo, la introducción del telégrafo en 1838 fue fundamental para la infraestructura de los servicios financieros y permitió un primer período de globalización de estos. Douglas W. Arner, Janos Nathan Barberis y Ross P. Buckley, “The Evolution of Fintech: A New Post-Crisis Paradigm?”, *UNSW Law Research Paper*, n.º. 2016-62 (2016), 4, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2676553>.

10 Johannes Ehrentraud et al., *Policy responses to fintech: a cross-country overview*, *Financial Stability Board*, ISBN 978-92-9259-333-9, FSI Insights on policy implementation, n.º. 23, 6.

De acuerdo con el árbol elaborado por la misma entidad, las actividades Fintech pueden clasificarse en 6 categorías: (i) depósitos y préstamos, (ii) capital y nuevas formas de financiamiento, (iii) manejo de activos y asesoramiento, (iv) servicios de medios y sistemas de pagos, (v) seguros, y (vi) cripto activos¹¹. Dentro de estas categorías se encuentran actividades como la banca digital, *crowdfunding*, *insurtech*, medios de pago digitales, actividades vinculadas con cripto activos, entre otros¹².

Imagen 1: Árbol de Fintech



Fuente: Financial Stability Board¹³

En el árbol Fintech también se incluyen las tecnologías que habilitan la innovación en el sector financiero. Estas no constituyen actividades Fintech, sino que habilitan a aquellas que sí son.

Por otro lado, los beneficios de las Fintech son varios. En primer lugar, estas empresas ofrecen productos más ajustados a las necesidades del consumidor y a menor costo¹⁴. En segundo lugar, existe una correlación positiva entre las Fintech y la inclusión financiera¹⁵.

¹¹ Ibid., 7.

¹² Ibid., 7-9.

¹³ Ibid., 7.

¹⁴ Wang Tok, Y. y Dyna Heng, "Fintech: Financial Inclusion or Exclusion?" IMF Working Paper 2022/080 (Mayo 2022), 5, <https://ssrn.com/abstract=4117830>; Thomas Philippon, "On fintech and financial inclusion", *Bank for International Settlements Working Papers*, n.º. 841 (Febrero 2020), 15, <https://www.bis.org/publ/work841.pdf>; Arnoud Boot, Peter Hoffmann, Luc Laeven, y Lev Ratnovski, "Fintech: What's Old, What's New?", *Journal of Financial Stability* (December 29, 2020): 10, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3756798>.

¹⁵ Tok y Heng, "Fintech: Financial Inclusion", 26.

La inclusión financiera implica entregar servicios o productos financieros a un costo accesible a favor de todos los sectores de la sociedad¹⁶. Un nivel más alto de inclusión se puede alcanzar extendiendo los servicios financieros a un segmento de la población de manera eficiente y sustentable¹⁷. En este sentido, para Tok y Heng, la evidencia empírica apunta a que no solo las actividades Fintech tienen una correlación positiva con la inclusión financiera, sino que también tienen un rol positivo en reducir la brecha digital entre poblaciones rurales-pobres y ricas¹⁸.

A continuación, se explicará qué ha previsto la legislación ecuatoriana por “actividades Fintech” (§2.1.1), para luego revisar cuáles son las estrategias regulatorias frente a estas (§2.1.2).

2.1.1. ACTIVIDADES FINTECH EN ECUADOR

El artículo 5 de la Ley Fintech prescribe que las “Actividades Fintech” comprenden el “desarrollo, prestación, uso u oferta” de:

- i) Infraestructuras tecnológicas para canalizar medios de pago;
- ii) Servicios financieros tecnológicos;
- iii) Sociedades especializadas de depósitos y pagos electrónicos;
- iv) Servicios tecnológicos del mercado de valores; y,
- v) Servicios tecnológicos de seguros¹⁹.

Los números (iv) y (v) corresponden al mercado de valores y seguros, respectivamente, por lo que, para efectos de este análisis, se hará referencia únicamente a los tres primeros. Los supuestos (i) y (iii) se refieren medios, sistemas y servicios de pago tecnológicos en general.

Por su parte, los servicios financieros tecnológicos se caracterizan por la prestación de “actividades financieras centradas en la tecnología” y la Ley regula —de forma ejemplificativa²⁰— tres: (i) concesión digital de créditos, (ii) neobancos, y (iii) finanzas personales y asesoría financiera²¹. Estos últimos consisten en la administración, asesoramiento en finanzas, manejo de servicios

16 Ross P. Buckley et al., “Sustainability, FinTech and Financial Inclusion”, *European Banking Institute Working Paper Series* 2019/4 (Noviembre 2019): 8, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3387359>.

17 Tok y Heng, “Fintech: Financial Inclusion”, 26.

18 Ibid.

19 Artículo 5, LF.

20 Es ejemplificativa porque el número 4 del artículo 439.1 del Código Orgánico Monetario Financiero [COMF] establece que también serán servicios financieros tecnológicos “[o]tros que sean determinados por la Junta de Política y Regulación Financiera”. COMF, R.O. Segundo Suplemento 332, 14 de septiembre de 2014.

21 Artículo 439.1, COMF.

financieros y “planeación financiera”²².

Las concesiones digitales de créditos son “empresas que ofrecen productos de crédito a través de plataformas electrónicas” sin realizar intermediación financiera; esto es, sin captar recursos de depositantes²³. Como son “productos de crédito”, la empresa no necesariamente ofrecerá el crédito. Es decir, bajo esta modalidad podrían entrar empresas que (i) otorguen créditos directamente, o (ii) una plataforma en la que otros puedan otorgar préstamos a usuarios, similar a un *crowdfunding peer-to-peer lending*.

Los neobancos son “entidades financieras dedicadas a ofrecer servicios de intermediación bancaria de forma digital conforme a los nuevos avances tecnológicos”²⁴. Son *digital-only banks* que ejercen la misma transformación e intermediación de los bancos, pero de forma digital²⁵. A este tipo de entidades se les aplican todas las disposiciones, regulaciones y prohibiciones de los bancos tradicionales²⁶.

Por otro lado, para realizar actividades Fintech en Ecuador, existen ciertas limitaciones: (i) quienes busquen prestar estas actividades deben ser sociedades ecuatorianas o sucursales establecidas en el país²⁷, (ii) se requiere una autorización de la autoridad competente²⁸, (iii) deben tener un objeto social único y exclusivo para prestar Actividades Fintech²⁹, (iv) no pueden ser accionistas de estas sociedades las instituciones financieras privadas³⁰.

2.1.2. ESTRATEGIAS REGULATORIAS

Para el Banco Mundial, la disrupción digital en la industria financiera es diferente a otros sectores porque: (i) tiene un impacto macroeconómico, debido a que puede afectar a la estabilidad financiera, (ii) significa un reto para los reguladores qué estrategias adoptar, (iii) por los riesgos a los consumidores³¹. En este sentido, las actividades Fintech pueden presentar varios riesgos.

22 Id.

23 Id.

24 Id.

25 Jaya Vaidhyanathan y Aashika, “What Is Neobanking And How Does It Work?” *Forbes*, párr. 1, <https://www.forbes.com/advisor/in/banking/what-is-a-neobank/>

26 Artículo 439.1, COME.

27 Artículo 7.1, LF.

28 Id.

29 Artículos 7.2, LF; 439.2, COME.

30 Artículo 439.3, COME. La Asociación de Bancos Privados del Ecuador presentó una acción pública de inconstitucionalidad en contra de esta y otras normas de la Ley Fintech. Ninguno de los artículos en disputa guarda relación con el *sandbox* regulatorio. Ver, Corte Constitucional de la República del Ecuador, caso 6-23-IN.

31 Banco Mundial, How Regulators Respond to Fintech. Evaluating the Different Approaches—Sandboxes and Beyond, Finance, *Competitiveness & Innovation Global Practice*, Fintech Note n.º. 5, 2020, 1.

Por ejemplo, pueden existir riesgos que se deriven de no regular correctamente las Fintech³².

Además, como son entidades que suelen operar de forma 100% digital, están más expuestas a un ciberataque y puede dejar en vulnerabilidad a los consumidores como al sistema financiero en general³³. Asimismo, pueden existir ciertas contingencias relativas a la transparencia, privacidad y propiedad de los datos personales³⁴. Incluso, pueden ser utilizadas para esconder fondos de origen ilícito³⁵. Por estos motivos, los reguladores han adoptado diversas estrategias frente a este sector.

Primero, una respuesta a las Fintech puede ser la imposición de prohibiciones; esto es, la restricción de un producto o actividad Fintech³⁶. Suele motivar a los reguladores esta estrategia el temor a los posibles riesgos, falta de recursos o falta de habilidad para resolver problemas y retos complejos³⁷. China, por ejemplo, prohibió el comercio de criptomonedas en 2021³⁸. No obstante, la imposición de prohibiciones puede prevenir que ciertos consumidores tengan acceso a determinados servicios, afectando la inclusión financiera³⁹. Además, reduce las opciones de financiamiento e incentiva a muchos innovadores a preferir otras jurisdicciones⁴⁰.

Segundo, los reguladores pueden tomar una posición de pasividad: no hacer nada, más allá de exigir el marco regulatorio existente a las Fintech⁴¹. Esta estrategia busca que el sector se desarrolle primero para ver si es necesario que se implemente una nueva regulación o la existente⁴². Por ejemplo, en Estados Unidos y Reino Unido los criptoactivos tienen la misma regulación que los “*securities*” si es que son considerados como tales⁴³. No obstante, esto es deseable en mercados sofisticados, donde las empresas van a evitar actuaciones oportunistas para no afectar su reputación o ser sujetos a acciones de clase⁴⁴.

Tercero, los reguladores también pueden evaluar productos y mercados caso por caso. Sin embargo, podría no ser transparente debido a que no existen guías o

32 Ibid., 4.

33 Ibid.

34 Ibid.

35 Ibid., 5.

36 Aurelio Gurrea-Martínez y Nydia Remolina, “Global Challenges and Regulatory Strategies to Fintech”, *Banking & Finance Law Review* 36, n.º. 1 (2020), 11, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3576506>.

37 Ibid.

38 A pesar de aquello, China es el país con mayores transacciones relacionadas con criptoactivos en Binance. Patricia Kowsmann y Caitling Ostroff, “Crypto Is Illegal in China. Binance Does \$90 Billion of Business There Anyway”, *Wall Street Journal*, Agosto 2, 2023. Acceso por última vez el 17 de octubre de 2023: <https://www.wsj.com/articles/crypto-is-illegal-in-china-binance-does-90-billion-of-business-there-anyway-2a0af975>.

39 Ibid.

40 Ibid.

41 Ibid.

42 Ibid., 16.

43 Gurrea-Martínez y Remolina, “Regulatory Strategies”, 16.

44 Ibid., 18.

criterios proporcionados “*ex ante*”, así como podría dar lugar a arbitraje regulatorio⁴⁵. Cuarto, varios países han optado por emitir nueva legislación para las empresas Fintech⁴⁶. Quinto, como medidas alternativas, los entes reguladores pueden optar por interactuar más con los innovadores. Estas estrategias pueden consistir en oficinas de innovación, aceleradores y *sandboxes* regulatorios⁴⁷.

A través de oficinas de innovación se busca que los supervisores interactúen más de cerca con la industria, para tener más conocimientos sobre la tecnología financiera y, a la vez, poder resolver dudas de los innovadores sobre el marco regulatorio aplicable⁴⁸. Su alcance es mucho mayor que el *sandbox*⁴⁹. Para diciembre de 2018, apenas existían 100 *sandboxes* a nivel mundial, mientras que solo en el Reino Unido el ente regulador había asesorado a 600 empresas a través de estas oficinas⁵⁰. Otra estrategia regulatoria consiste en los aceleradores o incubadores que proporcionan asesoramiento y mentoría a los innovadores⁵¹.

Finalmente, los *sandboxes* regulatorios son la herramienta más popular; su concepto y alcance se analizará en la siguiente sección. Se ha cuestionado mucho su efectividad para fomentar la innovación. Además, es una medida que requiere de muchos gastos asociados con la contratación y capacitación de empleados. Requiere un nivel de sofisticación e independencia del regulador, de lo contrario, podría afectar la experiencia asociada con un *sandbox*⁵².

Ahora bien, para Gurrea-Martínez y Remolina, un correcto marco regulatorio para las Fintech debe estar enfocado en tres pilares: regulación y supervisión basada en riesgo; regulación basada en principios; y en actividades⁵³. Para efectos de este análisis, es relevante explicar el primero.

Según una supervisión basada en riesgos, se debe enfatizar en lo que debería importarle al regulador: el manejo de los riesgos derivados de las actividades financieras. Así, cuando un riesgo derivado del uso de la tecnología se materializa, la regulación que se implemente debe ser proporcional⁵⁴. Colldeforns aprecia que el *sandbox* también debe basar la carga regulatoria impuesta a sus participantes en riesgos, considerando riesgos al mercado y consumidores⁵⁵.

45 Ibid., 18-20.

46 Ibid., 28.

47 Gurrea-Martínez y Remolina, “Regulatory Strategies”, 20.

48 Ibid., 21.

49 Ibid.

50 Ibid.

51 Ibid., 22.

52 Ibid., 28.

53 Ibid., 32.

54 Ibid., 33.

55 Eloi Colldeforns Papiol, “Drawing a Line in the Sand(Box): Challenges of Regulatory Sandboxes for Fintech for Fintech Companies”, en Blockchain, Fintech and the Law, dir. José Manuel Martínez Sierra (Valencia: tirant lo blanch, 2022), 289.

En el contexto de Ecuador, considerando las críticas que se han hecho al *sandbox*, se ha recomendado una “estrategia mixta” que englobe interacciones como las oficinas de innovación, y no una que requiera de muchos gastos y sofisticación como el *sandbox*⁵⁶. No obstante, el objeto del presente trabajo no es determinar cuál es la mejor estrategia regulatoria para Ecuador, sino revisar la que ha escogido el legislador y analizar cómo debe operar.

Los servicios financieros tecnológicos pueden presentar varios riesgos. Para mitigarlos, toda estrategia regulatoria, incluyendo el *sandbox*, debe estar basada en riesgos.

2.2. ANÁLISIS COMPARADO DEL *SANDBOX* REGULATORIO

Los *sandboxes* regulatorios o entornos de prueba regulatorios son “espacios de experimentación, que permiten a empresas innovadoras operar temporalmente, bajo ciertas reglas que limitan aspectos como el número de usuarios o el período de tiempo en que se puede ofrecer el producto”⁵⁷. Además, los innovadores desarrollan sus productos financieros bajo mayor supervisión y beneficiándose de una carga regulatoria más baja⁵⁸.

El *sandbox*, por lo tanto, ofrece un ambiente restringido y protegido, porque la operación de la Fintech es limitada, sin los mismos requisitos regulatorios, donde las empresas pueden experimentar un modelo novedoso de negocio apoyados por la supervisión del regulador⁵⁹. Este fue introducido por primera vez en el Reino Unido en 2016 por el *Financial Conduct Authority*, con un modelo restringido de cohortes que solo permitía aplicar cuando estos estaban abiertos⁶⁰. Ahora tienen una aplicación abierta⁶¹.

En esta sección se analizará qué comprende el *sandbox* regulatorio. En primer lugar, se revisarán los distintos tipos de *sandbox* (§2.2.1). En segundo lugar, se observarán qué criterios de elegibilidad han exigido distintos países para admitir a empresas Fintech a un entorno de pruebas (§2.2.2).

56 Sebastián Correa Jiménez, “Regulación Fintech en Ecuador: ¿muy pequeño para preocupar o muy grande para ignorar?” (trabajo de titulación, Universidad San Francisco de Quito, 2020), 30-31.

57 Diego Herrera y Sonia Vadillo, *Sandbox Regulatorio en América Latina y el Caribe para el ecosistema FinTech y el sistema financiero*, Banco Interamericano de Desarrollo, IDB-DP-573, 2018, 5.

58 Gurra-Martínez y Remolina, “Regulatory Strategies”, 23.

59 Thomas F Hellmann, Alexander Montag y Nir Vulkan, “The Impact of the Regulatory Sandbox on the FinTech Industry” SSRN (Agosto 2022), 1, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4187295>.

60 Financial Conduct Authority [FCA], *Regulatory Sandbox*, FCA, párr. 6, <https://www.fca.org.uk/firms/innovation/regulatory-sandbox>.

61 FCA, *Regulatory Sandbox*, párr. 7.

2.2.1. TIPOS DE *SANDBOX*

Existen, al menos, cuatro tipos de *sandbox*: *sandbox* regulatorio (en estricto sentido), de supervisión, multi-jurisdiccional y temático⁶². Estos difieren según los objetivos que persiguen.

Primero, a través de un *sandbox* regulatorio se busca que los innovadores puedan testear productos financieros en un ambiente seguro mientras son beneficiarios de una carga regulatoria aliviada⁶³. La menor carga regulatoria se “compensa” con una mayor supervisión del ente competente⁶⁴ y la oferta de productos solo en un determinado segmento por el tiempo del *sandbox*. Por ejemplo, Perú permite la “flexibilización temporal de algún o algunos requerimientos normativos”⁶⁵.

Asimismo, Colombia permite que “requisitos prudenciales, incluido el capital mínimo, operativos y de administración de riesgo” puedan ser flexibilizados⁶⁶. Es decir, la regulación prudencial, como requisitos de capital, patrimonio y seguros de liquidez, podría reducirse a través del *sandbox*. No obstante, exige que la empresa que busca beneficiarse especifique cuáles son los requisitos por aliviar, junto a la propuesta para entrar al *sandbox*.

Italia es otro caso de *sandbox* regulatorio. Esta jurisdicción permite un sistema regulatorio simplificado con el objetivo de promover soluciones financieras innovadoras, a través de la tecnología⁶⁷. Así, las empresas Fintech están sujetas a requerimientos de capital reducidos y obligaciones administrativas simplificadas, pero sin dejar de lado la protección al consumidor e inversor y los deberes de información⁶⁸.

Segundo, el *sandbox* de supervisión. Este tiene como objetivo revisar si la regulación es un obstáculo para la innovación⁶⁹; es decir, si el marco regulatorio vigente es adecuado para las condiciones de mercado actuales⁷⁰. En la práctica este tipo de *sandbox* suele venir de la mano con el regulatorio⁷¹. Ese es el caso

62 Gurrea-Martínez y Remolina, “Regulatory Strategies”, 23.

63 Ibid., 24

64 Ibid.

65 Artículo 4, Resolución SBS 02429-2021, Reglamento para la realización temporal de actividades en modelos novedosos, Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas, publicado en el Diario Oficial el Peruano el viernes 20 de agosto de 2021.

66 Artículo 2.35.7.2.2., Decreto 1234 de 2020 de Espacio Controlado de Prueba para Actividades de Innovación Financiera, Presidente de la República de Colombia, emitido el 14 de septiembre de 2020.

67 Baker McKenzie, A Guide to Regulatory Fintech Sandboxes Internationally, Baker & McKenzie International, 2020, 17.

68 Baker McKenzie, Regulatory Fintech Sandboxes Internationally, 17.

69 Gurrea-Martínez y Remolina, “Regulatory Strategies”, 24.

70 Banco Mundial, *How Regulators Respond to Fintech*, 20.

71 Por eso, se suele incluir en la categoría de “Policy focused sandbox”, a los que buscan remover barreras regulatorias a favor de la innovación y revisar la regulación actual. Ibid.

de Hong Kong y Colombia que, por ejemplo, contienen objetivos de supervisión, pero también buscan alivianar la carga regulatoria⁷².

Tercero, el *sandbox* multi-jurisdiccional busca apoyar el movimiento y operaciones de empresas transfronterizas, promoviendo la cooperación inter-regulatoria y reduciendo el arbitraje regulatorio⁷³. Es decir, promueve que las Fintech puedan crecer a diferentes jurisdicciones⁷⁴. De ser efectivo, las empresas Fintech pueden beneficiarse de acuerdos de licencias recíprocas, cargas y requerimientos más bajos⁷⁵. Este es el caso de Tailandia, por ejemplo, cuyo *sandbox* regulatorio permitió que su banco central se asocie con los de Singapur, Camboya y Japón para desarrollar un medio de pago tecnológico transfronterizo⁷⁶.

Cuarto, el *sandbox* temático, que busca perseguir un determinado tema: un objetivo específico del regulador, acelerar la aplicación de una política pública, o promover un sector o producto financiero a un segmento particular de la población⁷⁷. Así, se pueden perseguir objetivos como la inclusión financiera, que es el caso de países como Malasia y Sierra Leona; o promover el desarrollo de medios de pago electrónicos, como Tailandia⁷⁸.

Finalmente, los *sandboxes* también suelen perseguir que las Fintech que entran al espacio de pruebas regulatorias puedan reducir sus costos de entrada al mercado, a través de nuevas tecnologías y modelos de negocio, y se conocen como “*innovation focused*”⁷⁹.

2.2.2. CRITERIOS DE ELEGIBILIDAD

Los criterios de elegibilidad son aquellos requerimientos que exigen los entes reguladores para que una Fintech pueda aplicar y ser autorizada a un *sandbox* regulatorio. Son esenciales para que opere correctamente, porque, como se demostrará en esta sección, si no son debidamente establecidos, el *sandbox* no resultará una figura atractiva para los inversionistas.

Generalmente, los reguladores de distintos países suelen exigir tres requisitos: que los productos o servicios (i) presten o apoyen servicios de la industria financiera, (ii) provean una genuina innovación, y (iii) beneficien a los

72 Gurrea-Martínez y Remolina, “Regulatory Strategies”, 25.

73 Banco Mundial, Global Experiences from Regulatory Sandboxes, Finance, Competitiveness & Innovation Global Practice, 2020, 6.

74 Banco Mundial, Global Experiences from Regulatory Sandboxes, 6.

75 Ibid.

76 Somruedi Banchongduang, Pathom Sangwongwanich y Oranan Paweewun, “Right on the money. Far from a cashless society, Thailand is moving towards a less-cash society”, *Bangkok Post*, párr. 17, <https://www.bangkokpost.com/business/1882875/right-on-the-money%20>.

77 Banco Mundial, *How Regulators Respond to Fintech*, 21.

78 Gurrea-Martínez y Remolina, “Regulatory Strategies”, 24.

79 Banco Mundial, *How Regulators Respond to Fintech*, 20.

consumidores⁸⁰. Sin embargo, es cuestionable que un regulador esté en capacidad de determinar cuándo un proyecto es una innovación; es decir, cuándo un producto financiero ofrece nuevas soluciones⁸¹.

Además, suelen existir otros requisitos que la normativa de *sandbox* exige para poder ingresar a uno. Primero, algunas exigen evaluar si el producto incrementa la estabilidad del mercado, transparencia y protección al consumidor, como es el caso del Reino Unido y Malasia⁸². Segundo, los reguladores deben revisar si es necesario un *sandbox*, como ocurre en Malasia⁸³. Tercero, se puede requerir que los participantes conozcan de las regulaciones aplicables, que tengan un apropiado manejo de riesgos, entre otros⁸⁴.

Empero, existe evidencia empírica que demuestra que, cuando los requisitos o criterios de elegibilidad son muy restrictivos o no son claros, el *sandbox* puede no servir para los fines propuestos. Esto porque el número de empresas que aplican y cumplen con los criterios es muy limitado. Resultan ilustrativos los casos de Singapur y Australia.

En noviembre de 2016, el *Monetary Institute of Singapur* (MAS por sus siglas en inglés) introdujo las guías para el *sandbox* regulatorio en dicho país. No obstante, para 2019, solo había dos empresas en *sandbox*⁸⁵ y tres culminaron exitosamente la prueba⁸⁶. De acuerdo con entrevistas a empresas Fintech, los criterios de admisión del MAS no eran claros⁸⁷.

El hecho de que pocas firmas estuvieron sujetas a esta estrategia motivó al MAS a establecer nuevos criterios de admisión y una nueva guía para un “*sandbox express*”. Bajo esta modalidad, las Fintech elegibles para participar pueden empezar con las pruebas regulatorias apenas 21 días después de haber aplicado⁸⁸. Ahora solo cuenta con 2 criterios de elegibilidad, claramente definidos en la guía: que los *stakeholders* de la Fintech sean aptos y adecuados; y que el producto o servicio sea tecnológicamente innovador y ofrezca nuevos beneficios al consumidor⁸⁹.

Asimismo, Australia es otro caso de limitada aplicación por criterios restrictivos y poco claros. El *sandbox* entró en vigor en Australia en diciembre de 2016 y, 3 años después, solo 7 firmas participaron en esta estrategia⁹⁰. En principio, no se requería

80 Ross P. Buckley et al., “Building FinTech Ecosystems: Regulatory Sandboxes, Innovation Hubs and Beyond”, *Washington University Journal of Law and Policy* 61 (2020), 62, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3455872>.

81 Lev Bromberg, Andrew Godwin e Ian Ramsay, “Fintech Sandboxes: Achieving a Balance between Regulation and Innovation”, *Journal of Banking and Finance Law and Practice* 28, n.º. 4 (Diciembre 2017): 15, <https://ssrn.com/abstract=3090844>.

82 Buckley et al., “Building FinTech”, 63.

83 *Ibid.*

84 *Ibid.*

85 Lin, “Regulating FinTech: The Case of Singapore”, 99.

86 *Ibid.*, 98-99.

87 *Ibid.*

88 *Ibid.*, 100.

89 Monetary Institute of Singapur, *Sandbox Express Guidelines*, 2.2.C., 5, publicado el 7 de agosto de 2023.

90 Anton N. Didenko, “A Better Model for Australia’s Enhanced FinTech Sandbox”, *University of New South Wales Law Journal* (Junio, 2021) 1104, <https://ssrn.com/abstract=3866585>.

de una autorización para ingresar al *sandbox*, sino que bastaba con una “notificación” a la *Australian Securities and Investments Commission* (en adelante ASIC)⁹¹.

Sin embargo, la ASIC podía ejercer un control *ex post* y remover a las empresas del *sandbox* si no cumplían con ciertos parámetros que no estaban previamente establecidos como criterios de elegibilidad, como insuficiente innovación, o inadecuado uso de tecnología⁹². En consecuencia, los parámetros en Australia resultaron ser restrictivos y brindaban poca seguridad antes de aplicar⁹³.

En resumen, los criterios de elegibilidad son aquellos que determinan si una Fintech puede ser admitida al *sandbox* regulatorio. Cuando los requisitos para aplicar y ser admitido no son claros e, incluso, restrictivos; así como cuando estos pueden ser fijados *ex post*, no es una estrategia atractiva para los innovadores.

2.3. REGULACIÓN PRUDENCIAL

Las instituciones financieras y, en particular, aquellas que realizan un ejercicio de intermediación financiera con recursos de depositantes —es decir, los bancos— están expuestas a un fallo de mercado conocido como la fragilidad bancaria. Esta obedece a dos motivos.

Primero, en el ejercicio de transformación⁹⁴ de recursos del público puede que no cubran las demandas de retiro de los depositantes con su reserva y liquidación de activos⁹⁵. Este problema de liquidez se deriva en un problema de solvencia —dichos activos pierden valor, y deben ser asumidos por el patrimonio—. Segundo, esto crea un incentivo de los depositantes, que, preocupados de la solvencia del banco, “corran” a retirar su dinero antes que otros depositantes y así ocasionen una corrida bancaria⁹⁶.

El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, para mitigar el riesgo de la fragilidad bancaria, recogió criterios de capital mínimo, requisitos de liquidez y seguros de liquidez. En el contexto de Ecuador, con respecto a los requisitos de capital, el artículo 190 del Código Orgánico Monetario Financiero (en adelante COMF) obliga a las entidades del sistema financiero nacional a mantener patrimonio técnico no inferior al 9%, que resulte de “la relación entre su patrimonio técnico y la suma ponderada por riesgo de sus activos y contingentes”⁹⁷.

91 Didenko, “Australia’s Enhanced FinTech Sandbox”, 1087.

92 Ibid.

93 Banco Mundial, *Global Experiences from Regulatory Sandboxes*, 18.

94 Los bancos emplean un ejercicio de transformación de liquidez, madurez y crédito. John Armour et al., *Principles of Financial Regulation* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 424-425.

95 John Armour et al., *Principles of Financial Regulation* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 426.

96 Ibid.

97 Artículo 190, COMF.

Además, las instituciones financieras deben contar con un capital mínimo al momento de su constitución. Los bancos privados, por ejemplo, corresponde a USD 11.000.000,00⁹⁸. Para las entidades de concesión digital de créditos se requieren USD 200.000,00.

Adicionalmente, en relación con los requisitos de liquidez, el artículo 302, números 2 y 3 de la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) dictan, como política pública, establecer los “niveles de liquidez” adecuados⁹⁹. Asimismo, el artículo 189 del COMF establece que se deberán mantener niveles de “activos líquidos de alta calidad libres de gravamen y restricción”¹⁰⁰.

Los bancos también deben mantener reservas mínimas de liquidez, “liquidez inmediata”, “estructural”, “liquidez doméstica” y “brechas de liquidez”¹⁰¹. Además, para reforzar la liquidez, las entidades financieras deben contar con un porcentaje de sus activos líquidos en relación con el total, en cuentas corrientes en el Banco Central, a lo que se conoce como encaje bancario¹⁰².

Con respecto a los seguros de liquidez, la CRE expresamente prohíbe que se traslade la responsabilidad de la solvencia bancaria a través de garantías del Estado¹⁰³. En consecuencia, la normativa cuenta con sustitutos a los seguros de liquidez en Ecuador que funcionan a través de fondos de liquidez¹⁰⁴. Este se fondea, entre otros, con aportes de las entidades a las que busca asegurar¹⁰⁵. Además, las entidades financieras deben constituir un fideicomiso de garantía con un aporte mínimo de USD 50.000,00¹⁰⁶. Los neobancos también deben aportar a estas entidades.

Finalmente, para mitigar asimetrías de información y externalidades negativas, la regulación financiera también incluye temas como regulación estructural, gobierno corporativo bancario y resolución bancaria¹⁰⁷.

En este acápite se revisaron algunas cuestiones preliminares. Así, se encontró, en primer lugar, que toda estrategia regulatoria para las actividades Fintech debe basarse en criterios de riesgo. En segundo lugar, se halló que cuando los criterios de elegibilidad para ser admitido a un *sandbox* son restrictivos, o pueden *ex post*, no es una estrategia atractiva para los inversores. En consecuencia,

98 Junta de Política y Regulación Financiera, Codificación de Resoluciones Monetarias, Financieras, de Valores Seguros, Libro I: Sistema Monetario y Financiero, Título II: Sistema Financiero Nacional, artículo 8.

99 Artículo 302, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

100 Artículo 189, COMF.

101 Id., art. 189.

102 Id., art. 240.

103 Id., art. 308.

104 Id., art. 333.

105 Id., art. 333.

106 Id., art. 340.

107 John Armour et al., *Principles of Financial Regulation*, 375.

los criterios de elegibilidad deben limitarse únicamente a criterios de riesgo.

3. LA RESOLUCIÓN DE LA JPRM ES ILEGAL

El 21 de agosto de 2023 se publicó la Resolución de la JPRM que regula, entre otros, los criterios de elegibilidad para ser admitido a un *sandbox* en Ecuador. En esta sección se explicará cómo está regulado el *sandbox* en Ecuador, en consideración de esos criterios (§3.1). Luego, se analizará por qué la resolución de la JPRM es ilegal. Primero, debido a que atenta contra la finalidad de la Ley Fintech, que precisamente es fomentar la innovación y no restringirla (§3.2). Segundo, porque la JPRM no tiene competencia para autorizar *sandboxes* regulatorios (§3.3). Tercero, porque la Resolución vulnera algunos principios del Código Orgánico Administrativo (en adelante COA) (§3.4).

3.1. SANDBOX REGULATORIO EN ECUADOR

3.1.1. SANDBOX EN LA LEY FINTECH

En la Ley Fintech solo hay dos disposiciones que regulan el sandbox regulatorio para servicios financieros y medios, sistemas o servicios de pago tecnológicos: el artículo 12, que agrega el artículo 439.7 al COMF; y la disposición general primera. Con respecto al artículo 439.7, este prevé lo siguiente:

Art. 439.7.- Ambiente de pruebas regulatorio (Sandbox).- La **Superintendencia de Bancos o el Banco Central del Ecuador**, dentro del ámbito de sus competencias, **implementarán** un programa para la generación de **entornos de pruebas regulatorias** para nuevos modelos de negocio relacionados con los servicios financieros tecnológicos y los servicios de pagos basados en la tecnología, según corresponda. Mientras se encuentre en el entorno de pruebas regulatorias, la respectiva empresa podrá desarrollar sus servicios en constante supervisión y control de los respectivos organismos de control (énfasis añadido)¹⁰⁸.

Bajo esta disposición, los supervisores del entorno de pruebas regulatorias son la Superintendencia de Bancos (en adelante SB), para servicios financieros tecnológicos; y el Banco Central, para servicios de pago tecnológicos. Es necesario que se trate de “nuevos modelos de negocio”. Además, como es común en un *sandbox*, la empresa que ingrese estará en constante supervisión. Por otro lado, la disposición general primera establece que:

Primera.- Las compañías fintech y las entidades financieras cuyas actividades impliquen un modelo novedoso podrán solicitar a la entidad competente de control una autorización temporal de operaciones en Sandbox regulatorios. Para la emisión de dicha autorización deberá observarse los requisitos y parámetros establecidos

¹⁰⁸Artículo 12, LE

en la presente Ley y la **normativa emitida por la Junta de Política y Regulación Financiera y la Junta de Política y Regulación Monetaria**, así como las normas aplicables, emitidas por las entidades regulatorias competentes. Estarán **habilitadas para la creación de *Sandbox* regulatorios** la Superintendencia de Bancos, la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria y el Banco Central del Ecuador, en los ámbitos de las actividades reguladas de su competencia conforme la presente Ley y la norma emitida por la Junta de Política y Regulación Financiera y la Junta de Política y Regulación Monetaria (énfasis añadido)¹⁰⁹.

Así, con respecto al sistema financiero nacional, la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria también puede ser la entidad que supervise un *sandbox* a aquellas entidades que tiene bajo su control, como, por ejemplo, cooperativas. No obstante, no es conveniente que se otorgue un entorno de pruebas regulatorias a favor de entidades como las cooperativas, porque ya cuentan con un marco regulatorio micro prudencial de capital diferenciado¹¹⁰.

En este sentido, bajo esta disposición, únicamente las “entidades de control” —las Superintendencias antes mencionadas y el Banco Central— pueden autorizar un *sandbox* regulatorio para empresas que presten servicios financieros o sistemas, servicios y medios de pago tecnológicos. La JPRM y la Junta de Política y Regulación Financiera (en adelante JPRF) solo tienen competencia, de acuerdo con los artículos citados, para emitir normativa secundaria. Con respecto a la JPRF, esta emitió la resolución JPRM-2023-014-M, pero no reguló nada relativo al *sandbox*¹¹¹. Por su parte, el Presidente de la República dictó el reglamento en aplicación a la Ley Fintech, pero tampoco se refirió a esta estrategia¹¹².

3.1.2. PARÁMETROS Y CRITERIOS DE ELEGIBILIDAD EN LA RESOLUCIÓN DE LA JPRM

La Resolución establece los criterios para ser admitidos a un entorno de pruebas regulatorias. La normativa puede dividirse en ámbito de aplicación personal, concepto y autorizaciones requeridas, criterios de elegibilidad y formas de cierre del entorno de pruebas regulatorias.

Primero, el ámbito de aplicación personal. El alcance subjetivo del *sandbox* supervisado por el Banco Central alcanza empresas Fintech y a partícipes del

109 Id., disposición general primera.

110 Ver, Andrés David Villacís Fierro, “Asimetrías regulatorias micro prudenciales de capital entre bancos del sector privado y cooperativas en Ecuador” (trabajo de titulación, Universidad San Francisco de Quito, 2022).

111 Resolución JPRF-F-2023-076, Junta de Política y Regulación Financiera, Segundo Suplemento R.O. 402, 22 de septiembre de 2023.

112 Decreto Ejecutivo 903, Reglamento a la Ley Orgánica para el Desarrollo, Regulación y Control de los Servicios Financieros Tecnológicos, Presidente de la República del Ecuador, R.O Tercer Suplemento 436 de 14 de noviembre de 2023.

sistema auxiliar de pago que busquen prestar sistemas, servicios o medios de pago tecnológicos¹¹³. Es decir, cubre también a empresas que, aunque no tengan un objeto exclusivo y único de prestar actividades Fintech, puedan presentar un modelo novedoso de negocio apoyado en la tecnología.

Segundo, concepto y autorizaciones requeridas. El artículo 51 de la Resolución de la JPRM establece que el *sandbox* es “un mecanismo de implementación restringida de normas, procedimientos, procesos o trámites” para que las empresas que se encuentran dentro del alcance señalado en el párrafo precedente puedan “obtener una autorización de operación temporal” por el plazo de hasta 24 meses¹¹⁴. De acuerdo con esta definición, para la JPRM el tipo de *sandbox* que autoriza es únicamente el regulatorio que tiene como objetivo alivianar requisitos para fomentar la innovación.

Con respecto a las autorizaciones, la Resolución creó una “Comisión Coordinadora” del Banco Central (“Comisión Coordinadora”) que se encarga de “evaluar y aprobar las solicitudes” de *sandbox* regulatorio¹¹⁵, y debe recomendar al Banco Central su “aprobación o rechazo”¹¹⁶. Sobre la base de dicha recomendación, el Banco Central debe emitir una autorización previa¹¹⁷. Además, cuando se busque la “excepción o implementación restringida de políticas y regulaciones” se debe contar con la autorización previa de la JPRM¹¹⁸.

Tercero, la Resolución establece seis criterios de elegibilidad. En primer lugar, solicitud debe contener un detallado plan de negocios, con al menos, lo siguiente:

- a. Justificación de que el proyecto presentado es un nuevo modelo de negocio relacionado con medios, sistemas, estructuras y servicios de pagos basados en la tecnología;
- b. Análisis del ámbito geográfico y rama de actividad económica donde se implementará el nuevo modelo de negocio;
- c. Estudio de mercado;
- d. Análisis de escenarios de viabilidad financiera, que incluyan sus fuentes de fondeo;
- e. Estudio del impacto de los beneficios de la propuesta planteada;
- f. Modelo de negocio, definición del producto propuesto o producto mínimo viable, factibilidad del negocio, metas y punto de equilibrio financiero;
- g. Métrica e indicadores para la evaluación de los objetivos propuestos;
- h. El plazo propuesto para el Sandbox, el cronograma previsto y su justificación;
- i. Propuesta de plan de implementación; y,

113 Artículos 50 y 53, resolución JPRM-2023-014-M, Junta de Política y Regulación Monetaria, R.O. 378, 21 de agosto de 2023.

114 Artículo 51, Id.

115 Artículo 55, Id.

116 Artículo 57 Id.

117 Artículos 50 y 51, Id.

118 Artículo 51, Id.

j. Propuesta de tarifas por el servicio a prestar¹¹⁹.

En segundo lugar, se debe incluir un plan de protección a los consumidores, que incluyen: (i) medidas de “protección de la información”, como temas relativos a protección de datos de los usuarios y comunicación a de posibles riesgos; (ii) “mecanismos de mitigación de daños o perjuicios a terceros”, como seguros de responsabilidad; (iii) temas relativos al consentimiento y uso de datos personales; y, (iv) procedimientos internos para mitigar conflictos de interés.¹²⁰

En tercer lugar, un “plan de cese de operaciones”, que contemple: (i) “nivel máximo de inversión que realizará la empresa”, (ii) “nivel de tolerancia al riesgo con sus respectivos indicadores de medición”, (iii) “nivel máximo de tolerancia de impacto negativo a terceros” y (iv) “riesgo reputacional hacia otros productos o líneas de negocio”¹²¹.

En cuarto lugar, una política de “análisis y administración de riesgos de los productos que pretendan probarse”¹²².

En quinto lugar, un “plan de salida ordenado” del *sandbox* regulatorio, que contemple un “desmantelamiento de las innovaciones efectuadas” y un plan de mitigación de riesgos de los demás productos ofertados y usuarios¹²³. En sexto lugar, la Resolución también permite que la Comisión Coordinadora defina parámetros adicionales *ex post* “que considere pertinentes”¹²⁴.

Finalmente, la Resolución también regula formas de cierre del entorno de pruebas regulatorias. Puede cerrar si se vence el plazo establecido para las pruebas o si se revoca la autorización. La autorización puede ser revocada, entre otros, por imposibilidad de cumplir con el objeto social, disolución de la sociedad autorizada, “incumplimiento de la condiciones de la autorización”, fallas reiteradas en la operación”, “anomalías o deficiencias detectadas”. Estos criterios y requisitos establecidos por la JRPM, no obstante, contravienen disposiciones de la Ley Fintech y el COA, como se analizará a continuación.

3.2. LA RESOLUCIÓN DE LA JRPM ATENTA CONTRA LA FINALIDAD DE LA LEY FINTECH

En este apartado se expondrá por qué la Resolución de la JRPM contraviene la finalidad de la Ley Fintech. Por “finalidad” debe entenderse lo que el

119 Id., Artículo 54.1.

120 Id., Artículo 54.2.

121 Id., Artículo 54.3.

122 Id., Artículo 54.4.

123 Id., Artículo 54.5.

124 Id., Artículo 54.

“legislador trataba [...] de hacer mediante la ley: los efectos que quería conseguir”¹²⁵. En este sentido, la finalidad está contenida en el artículo 2 y en la parte considerativa.

El cuarto párrafo de la parte considerativa establece que el Estado debe fomentar “el acceso a los servicios financieros”¹²⁶. El sexto párrafo prevé que es un objetivo del Estado ecuatoriano fomentar la innovación¹²⁷. Así, el octavo establece que, a pesar de que un alto porcentaje de la población utiliza telefonía móvil, existe “un alto porcentaje de exclusión financiera”¹²⁸. En consecuencia, Ecuador tiene un “gran potencial” para el desarrollo de la industria Fintech y debe existir normativa que “permita el desarrollo”¹²⁹. Sin embargo, en Ecuador “existen grandes brechas de financiamiento”, por lo que debe existir también un marco regulatorio que permita el financiamiento de emprendimientos de este sector¹³⁰.

Por los motivos expuestos, el artículo 2 de la Ley Fintech establece cuál es la finalidad de la ley: fomentar la innovación de empresas Fintech y, con ello, “mejorar la inclusión financiera”¹³¹. Además, busca reducir la “desigualdad socioeconómica en un contexto de plena competencia”. Todo esto, sin dejar de lado la protección al consumidor¹³².

De acuerdo con la parte considerativa y el artículo 2, era y es finalidad del legislador promover las empresas Fintech, mas no restringirlas. Así, la estrategia que la Ley Fintech específicamente previó para alcanzar ese fin fue el *sandbox*. Además, como ya se demostró, las actividades Fintech tienen una correlación positiva con la inclusión financiera, que es otro de los fines de la Ley. Incluso, mediante el *sandbox* existe una mayor posibilidad de obtener financiamiento¹³³.

Para poder lograr esto, es necesario que los criterios de elegibilidad no sean restrictivos, ni tampoco causen inseguridad a los innovadores ante una posibilidad de determinar nuevos parámetros *ex post*. La Resolución es restrictiva y, por lo tanto, contraviene al artículo 2 de la Ley Fintech, al menos por tres razones. Primero, establece la aprobación de tres entidades cuando se solicita alivianar requisitos, así como exige dos informes previos.

125 Ricardo Guastini, *Interpretar y argumentar* (Lima: Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L., 2018), 336.

126 Id., artículo 61

127 Id.

128 Id.

129 Id.

130 Id.

131 Id., artículo 2.

132 Id.

133 Se ha encontrado, a partir de información del Reino Unido, que las empresas que se someten al *sandbox* reúnen un 15% más de capital. Además, su probabilidad de obtener financiamiento se incrementa en un 50%. Giulio Cornelli et al., “Regulatory Sandboxes and Fintech Funding: Evidence from the UK”, *Bank for International Settlements Working Papers* n.º. 901 (Noviembre de 2020), 1, <https://www.bis.org/publ/work901.pdf>

Se debe contar con la recomendación favorable de la Comisión Coordinadora. Esta recomienda al Banco Central la aprobación del *sandbox* a aquellas empresas que “contribuyan al fomento de nuevos modelos de negocio”, sobre la base de los informes técnico y jurídico de las respectivas áreas de la misma entidad, y es la encargada de proponer la exención de requisitos regulatorios¹³⁴. Así, revisa (i) si la empresa Fintech cumple con los requerimientos técnicos y jurídicos y (ii) si procede o no alivianar cargas

Luego, el Banco Central debe emitir un acto administrativo motivado, que deberá basarse “en las recomendaciones de la comisión coordinadora”¹³⁵. Si el Banco Central propone la exención de regulaciones, la JPRF deberá aprobar previa y expresamente el *sandbox*. Todas estas entidades revisan lo mismo: criterios de elegibilidad y necesidad de la exención o implementación restringida.

Así, el único tipo de *sandbox* que regula la Resolución es el que busca flexibilizar la regulación, y, precisamente, en este supuesto exige aprobación de un número abusivo de supervisores: dos informes favorables, una recomendación de aprobación, y autorizaciones del Banco y la JPRM, respectivamente. En consecuencia, la Resolución atenta contra la finalidad de la Ley, porque en lugar de promover la innovación de las empresas Fintech, restringe el mecanismo por excelencia que fue previsto para fomentarlas: el *sandbox* regulatorio.

Segundo, atenta contra el fin de la Ley Fintech porque tiene una cantidad abusiva e injustificada de elegibilidad. La Resolución exige presentar estudios de mercado, “fuentes de fondeo”, “punto de equilibrio financiero”, “nivel máximo de inversión”, “riesgo reputacional a terceros”, entre otros, a pesar de que no son requisitos que son solicitados ni siquiera para una autorización permanente para operar como Fintech.

Como ya se mencionó, para que un marco regulatorio sea adecuado para las Fintech, debe basarse, entre otros, en los riesgos que genera dicha actividad. Así, hay que preguntarse si existe algún riesgo de no requerirse uno de estos requisitos: la falta de un estudio de mercado y un “punto de equilibrio financiero”; por ejemplo, no afecta a los consumidores. Que un producto no termine siendo viable, en principio, no debería ser un problema, si se siguen los otros criterios también exigidos por la JPRM para proteger al consumidor.

Además, como se señaló, existe mayor probabilidad de obtener financiamiento cuando una empresa ingresa a un *sandbox*. Indicar de entrada las fuentes de fondeo para la operación completa de la Fintech restringe la posibilidad de esperar a ser admitido para obtener mayor capital para el desarrollo permanente de la actividad. Incluso, requerir un “nivel máximo de inversión” podría ser un limitante más adelante, si las proyecciones del negocio resultan ser mucho mayores a

134 Artículo 57, RJPRM.

135 Id. artículos 52, 58.

las esperadas. Estos criterios restringen la posibilidad de innovar y financiar este sector.

Uno de los principios que reconoce la Ley Fintech es la autonomía de la voluntad. En virtud de este principio, los criterios descritos en el párrafo precedente son cuestiones internas del negocio que deberían dejarse a discreción de la empresa, siempre y cuando no afecte al consumidor. Esto sucede con muchos de los criterios. Así, por ejemplo, la “métrica e indicadores para la evaluación de los objetivos propuestos” debería ser una cuestión interna que no le compete al ente regulador.

Tercero, la Resolución atenta contra la finalidad de la Ley Fintech porque permite que la Comisión Coordinadora pueda exigir requisitos que no están presentes con anterioridad. Que una entidad pueda requerir parámetros adicionales ocasiona que no sea una figura atractiva para los innovadores, como pasó en Australia. Por ello, el *sandbox* opera como una herramienta de incertidumbre, en lugar de fomentar la innovación.

¿Qué buscaba conseguir la Ley a través del *sandbox* regulatorio? Fomentar la innovación. ¿Qué reguló la JPRM? Criterios de elegibilidad restrictivos, abusivos e ilegales. Por ello, la Resolución atenta contra la finalidad de la Ley Fintech. El legislador le otorgó una competencia la JPRM para emitir normativa secundaria sobre el *sandbox*. Además, el legislador especificó cuál era el fin por el que creó esta potestad: fomentar la innovación. Emitir un acto normativo que se desvíe diametralmente de este fin por el que se otorgó la competencia genera en que el acto sea ilegal.

3.3. LA JPRM NO TIENE COMPETENCIA PARA AUTORIZAR SANDBOXES REGULATORIOS

De acuerdo con el artículo 65 del COA, competencia “es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado”¹³⁶. Para Quintana Garzón, es un “poder jurídico que tiene una autoridad para ejercer una determinada función”¹³⁷.

Así, un supuesto de “exceso de poder” es “otorgarse competencias” que no están en la ley “a través de normas reglamentarias”¹³⁸; o, como ocurre en este caso, a través de una resolución. Como ya se mencionó, el artículo 51 de la Resolución exige autorización previa y expresa de la JPRM para ser admitido a un *sandbox*

¹³⁶ Artículo 65, Código Orgánico Administrativo [COA], R.O. Segundo Suplemento 31, 7 de julio de 2017.

¹³⁷ Ismael Quintana Garzón, “Las competencias en el Código Orgánico Administrativo”, en *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo*, ed. Juan Pablo Aguilar y Verónica Chiriboga (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2019), 160.

¹³⁸ Quintana Garzón, “Las competencias en el Código Orgánico Administrativo”, 160

cuando se busca exención de cargas regulatorias. Este es el único beneficio —y único tipo de *sandbox*— que regula la Resolución, por lo que se requerirá esta aprobación en la mayor parte de casos sino siempre. En este sentido, cabe analizar si esta es una potestad que tenía la JPRM o JPRF de acuerdo con la Ley.

De acuerdo con el artículo 439.7 del COME, le corresponde solo a la SB y al Banco Central desarrollar “un programa para la generación de entornos de pruebas regulatorias”¹³⁹. Así mismo, la disposición general primera de la Ley Fintech establece expresamente que las siguientes entidades pueden conceder una “autorización temporal de operaciones en Sandbox regulatorios”: la SB, “la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria y el Banco Central”¹⁴⁰. Cuando se refiere a la potestad de autorizar sandboxes, no hace referencia a ninguna de las juntas. Es decir, no es una competencia prevista en la Ley.

Así, con respecto a la JPRM y la JPRF, únicamente prevé que tienen competencia para emitir normativa con requisitos que se adecúen a la Ley. Ni siquiera tiene competencia para extender autorizaciones permanentes a empresas Fintech. En consecuencia, la JPRM no tiene el poder jurídico para ejercer la función de autorizar *sandboxes* regulatorios, por lo que la Resolución es ilegal.

3.4. LA RESOLUCIÓN DE LA JPRM VULNERA PRINCIPIOS DEL COA

El COA regula, entre otros, principios generales y principios de la “actividad administrativa en relación con las personas”¹⁴¹. En este apartado se explicará por qué la Resolución vulnera principios contenidos en estas categorías. Particularmente, la Resolución del COA contraviene, por un lado, los principios de eficacia, eficiencia, juridicidad (§3.4.1); y por otro, interdicción de la arbitrariedad (§3.4.2) y de seguridad jurídica y confianza legítima (§3.4.3).

3.4.1. PRINCIPIOS GENERALES DEL COA

Primero, la Resolución atenta contra el principio de eficacia. Este principio se refiere a que las “actuaciones administrativas se realizan en función del cumplimiento de los fines previstos para cada órgano o entidad pública, en el ámbito de sus competencias”¹⁴². Es decir, cada entidad debe conseguir “los fines para los cuales ha sido creada”¹⁴³. La competencia atribuida a la JPRM y JPRF debe ser entendida bajo la finalidad por la que la Ley incluyó el *sandbox*

139 Artículo 439.7, COME.

140 Disposición general primera, LF.

141 Artículos 2-24, COA.

142 Artículo 3, COA.

143 Andrés Moreta, *Derecho Administrativo ecuatoriano* (Quito: Ediciones Legalité, 2023), 5.

regulatorio: promover el desarrollo de las Fintech.

En este sentido, la JPRM vulneró el principio de eficacia, debido a que no persigue ni consigue los fines por los cuales le fue conferida la atribución de emitir normativa secundaria. En lugar de establecer parámetros que, sin dejar de lado la protección al consumidor, promuevan la innovación y reduzcan la exclusión financiera, como ya se argumentó, la JPRM estableció un proceso de triple autorización, criterios de elegibilidad restrictivos y previó la posibilidad de parámetros *ex post*.

Segundo, también infringe el principio de eficiencia. Este se encuentra vinculado con la prohibición de “retardos injustificados” y de requisitos meramente formales¹⁴⁴. Esto quiere decir, desde un enfoque económico, el beneficio de cada requisito debe ser mayor a su costo. No se desprende de la Resolución de la JPRM cuáles son los beneficios de la mayor parte de criterios de elegibilidad. Así, si bien se entiende que el *sandbox* es una herramienta que no aplica a cualquier Fintech, sino a aquellos negocios innovadores, debe dar beneficios y protecciones al consumidor, no se desprende cuáles son los beneficios del resto de criterios.

Verbigracia, ¿cuál es el beneficio de requerir un “nivel máximo de inversión que realizará la empresa”? Limitar la inversión total el *sandbox* podría ser costoso, y no existe ningún beneficio derivado de evitar que, luego de finalizar el *sandbox*, pueda aumentar la inversión de ese nivel. ¿Por qué es necesario realizar cuestiones internas del negocio? Parámetros como los estudios de mercado, puntos de equilibrio, “objetivos trazados”, “factibilidad del negocio”, entre otros, son criterios que deberían dejarse a discreción de la empresa si cumplirlos o no.

El principio de eficiencia guarda mucha relación con los principios de eficiencia administrativa¹⁴⁵, regulados en la Ley Orgánica de Optimización y Eficiencia de Trámites Administrativos (en adelante LOOETA), entre los que se encuentran el de celeridad y consolidación. La JPRM se encuentra en la obligación de, según el primer principio, regular el trámite de la forma más eficiente; y, conforme el segundo principio, regular la admisión “reunir la mayor actividad administrativa en la menor cantidad posible de actos”¹⁴⁶.

Establecer una triple autorización vulnera estos regulados en la LOOETA. No existe una razón de fondo para implementar tantas autorizaciones previas. Como ya se argumentó, tanto la Comisión Coordinadora, el Banco Central como la JPRM revisan: criterios de elegibilidad y si procede alivianar cargas regulatorias.

144 Artículo 4, COA.

145 Moreta, *Derecho Administrativo*, 6.

146 Artículo 2, Ley Orgánica para la Optimización e Eficiencia de Trámites Administrativos [LOOETA]. R.O. Segundo Suplemento 353. 23 de octubre de 2018.

Así, la autorización del *sandbox* regulatorio debería ser emitida en la menor cantidad de autorizaciones posibles (una) para cumplir con este principio.

Adicionalmente, la Resolución de la JPRM también contraviene el artículo 9 de la LOOETA. Este prevé que para procedimientos administrativos que culminen con un título habilitante, o en este caso, una autorización temporal, deberán establecer requisitos “acorde a criterios de riesgo”¹⁴⁷. Salvo los criterios de protección al consumidor, ninguno de los criterios de elegibilidad, por las razones ya mencionadas, son exigidos por un riesgo en la actividad.

Tercero, el principio de juridicidad. El artículo 14 prescribe que “[l]a actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código”¹⁴⁸. Este principio implica la “sujeción de la actuación administrativa” a la Constitución, tratados internacionales y la ley ¹⁴⁹, así como “la aplicación razonada y jerárquica de los grandes principios jurídicos como la justicia y la equidad”¹⁵⁰. La Resolución de la JRPM, como ya se demostró, contraviene el artículo 2, 12 y la disposición general primera de la Ley Fintech. Además, vulnera el artículo 439.7 del COMF, así como varios principios de Derecho administrativo y disposiciones de la LOOETA.

3.4.2. PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA: INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD

Cuarto, la Resolución contraviene el principio de interdicción de la arbitrariedad. El COA prevé lo siguiente:

Principio de interdicción de la arbitrariedad. Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias.

El ejercicio de las potestades discrecionales, observará los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad¹⁵¹.

Para Morales, la interdicción de la arbitrariedad “pone límites a la actuación discrecional en la autoridad y servidores en general”¹⁵². Por ello, Moreta sostiene que tiene tres dimensiones. Una primera dimensión se sustenta en que los actos de la administración deben respetar los principios de juridicidad y

147 Artículo 9, LOOETA.

148 Artículo 14, COA.

149 Moreta, *Derecho Administrativo*, 17.

150 Israel Arvizu, *Principio de Legalidad vs. Principio de Juridicidad* (México: Letras Jurídicas UNAM, 2016), 23. En Andrés Moreta, *Derecho Administrativo*, 17.

151 Artículo 18, COA.

152 Marco Morales Tóbar, “Mirada general al nuevo Código Orgánico Administrativo –COA–”, en *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo*, ed. Juan Pablo Aguilar y Verónica Chiriboga (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2019), 60.

de igualdad¹⁵³. En este caso, la Resolución infringe el principio de juridicidad.

Bajo una segunda dimensión la administración no puede “realizar interpretaciones arbitrarias”¹⁵⁴. Eso quiere decir que la interpretación debe estar apegada a los fines, motivos y objetivos por los que el legislador creó una institución o derecho.

La regla tercera del artículo 18 del Código Civil establece que “[l]as palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte”¹⁵⁵. Conforme lo ya mencionado, el *sandbox* regulatorio consiste en un espacio temporal de prueba de servicios financieros, con una flexibilización de la carga regulatoria. Esta estrategia implica, en esencia, reducir los requisitos para fomentar la innovación, reducir la inclusión financiera, entre otros objetivos. Por ello, restringir esta figura y, con ello apartarse de sus fines, es una interpretación arbitraria.

Una tercera dimensión alude a que una potestad discrecional debe ser ejercida con límites en los derechos, el principio de razonabilidad y de debida motivación. Con respecto al de razonabilidad, este se divide en tres subprincipios: “idoneidad, necesidad y proporcionalidad”¹⁵⁶. Una actuación de la administración es idónea si “es apta para cumplir con el fin declarado”¹⁵⁷. En este caso, el fin fue promover la innovación; la actuación de la JPRM, definitivamente, impide la posibilidad de acercarse a dicho objetivo.

Además, la actuación es necesaria si no existen medidas “menos gravosas” para el administrado¹⁵⁸. La JRPM podía reducir los criterios de elegibilidad, sin dejar de lado la protección al consumidor y con ello ser menos gravosa para las empresas Fintech. El resto de los requisitos no se sustentan en un riesgo, por lo que la medida no es necesaria ya que sí existían menos gravosas.

Como subprincipio de la razonabilidad, una medida es razonable si es proporcional. Para ello, se debe tomar en cuenta si (i) “las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico”, y si (ii) “se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses”¹⁵⁹. La Resolución de la JRPM no se adecúa al fin previsto en el ordenamiento para la regulación de empresas Fintech y particularmente la del *sandbox* regulatorio.

Tampoco existe un justo equilibrio entre los intereses, porque, si bien es correcto exigir criterios que protejan al consumidor, el resto de los criterios y

153 Moreta, *Derecho Administrativo*, 21.

154 Artículo 18, COA.

155 Artículo 18, Código Civil de Ecuador [CC], publicado en RR.O. Suplemento 46, 24 de junio de 2005.

156 Moreta, *Derecho Administrativo*, 23.

157 Ibid.

158 Moreta, *Derecho Administrativo*, 23.

159 Artículo 16, COA.

parámetros que establece este acto normativo son desmedidamente gravosos. No justifica solicitar, por ejemplo, estudios de mercado, análisis de punto de equilibrio, riesgos reputacionales, entre otros criterios.

Con respecto a la motivación como límite a la potestad discrecional, es relevante seguir el precedente fijado por la Corte Constitucional. Se cumple

con esta garantía cuando el acto contiene “(i) una fundamentación normativa suficiente, y (ii) una fundamentación fáctica suficiente”¹⁶⁰.

Una fundamentación normativa es suficiente si no solo cita las normas jurídicas, sino que realiza un ejercicio de interpretación y aplicación del Derecho¹⁶¹. Los considerandos de la Resolución no se refieren a las normas que sustentan la competencia de la JPRM para emitir los parámetros del *sandbox*, sino solo a la disposición transitoria primera que le da 180 días para emitir normativa secundaria.

Tampoco se justifica por qué la JPRM puede restringir el alcance del *sandbox* regulatorio. En consecuencia, la Resolución padece de un tipo de deficiencia motivacional, aparente del subtipo “inatinencia”, debido a que “se esgrimen razones que no ‘tienen que ver’ con el punto” en cuestión¹⁶²: criterios de elegibilidad del *sandbox* regulatorio.

Se cumple con una fundamentación fáctica cuando existe una “justificación suficiente”¹⁶³, que no conste con una “mera enunciación” de los hechos¹⁶⁴. En este caso, la Resolución no contiene una fundamentación fáctica de ningún tipo. ¿Por qué escogió esos criterios de elegibilidad? ¿Por qué dichos parámetros fomentan o no la innovación de empresas Fintech? ¿Qué riesgos busca mitigar o evitar con cada criterio? Son razones fácticas que el acto normativo ni siquiera enuncia, por lo que padece de una deficiencia motivacional del tipo inexistencia: carece “totalmente de fundamentación fáctica”¹⁶⁵.

3.4.3. Principios de la actividad administrativa: seguridad jurídica

Finalmente, la Resolución de la JPRM también vulnera el principio de seguridad jurídica y confianza legítima. Esto significa, en el contexto del Derecho administrativo, que las “administraciones públicas actuará[n] bajo los criterios

160 Sentencia 1158-17-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 20 de octubre de 2021, párr. 61.

161 Id., párr. 61.1.

162 Id., párr. 61.1.

163 Id., párr. 61.2.

164 Sentencia 1837-12-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de enero de 2020, párr. 18.

165 Sentencia 1158-17-EP/21, párr. 67.

de certeza y previsibilidad”¹⁶⁶. La Corte Constitucional ha señalado en reiteradas ocasiones que este principio garantiza que las personas puedan contar con un “ordenamiento jurídico previsible, determinado, estable, y coherente que le brinde una noción razonable de las reglas que le serán aplicadas”¹⁶⁷.

La Resolución no permite contar con un ordenamiento previsible por tres razones. Primero, no permite conocer, al momento de aplicar, todos los requisitos y parámetros para poder obtener una autorización de *sandbox* regulatorio. El artículo 54 permite que la Comisión Coordinadora defina parámetros adicionales *ex post* a la solicitud del *sandbox* “que considere pertinentes”¹⁶⁸. En consecuencia, los aplicantes de un *sandbox* no podrían prever, antes de solicitar uno, todos los requisitos que se requieren para ser admitido.

Segundo, tampoco permite conocer, *ex ante*, qué requisitos regulatorios se pueden alivianar. Es decir, los beneficios o razones por las cuales una Fintech quisiera aplicar no están indicadas o ejemplificadas en la Resolución. Así, no es posible prever qué clase de cargas regulatorias se pueden flexibilizar a través del *sandbox*.

Tercero, tampoco es posible prever qué sucede una vez que finaliza el plazo. Si las pruebas son exitosas, se debería otorgar una autorización permanente a favor de la empresa Fintech. No obstante, la Resolución carece de regulación que planifique cuando se otorga esta autorización permanente, que, para proteger a sus usuarios, debería ser inmediatamente después de finalizar el plazo.

La Resolución vulnera también la garantía de contar con un ordenamiento jurídico coherente, porque contraviene disposiciones de la Ley. Adicionalmente, la seguridad jurídica exige “un mínimo de estabilidad que tienen los titulares del derecho respecto a su situación jurídica, en razón de los hechos ocurridos en el pasado”¹⁶⁹. La Resolución no permite que las personas cuenten con un ordenamiento jurídico estable.

Un análisis temporal del ordenamiento ecuatoriano exige revisar dos momentos: en un momento T1, la Ley Fintech reguló la situación jurídica de las empresas de este sector, y creó una legítima expectativa que la legislación ecuatoriana buscaba promover su desarrollo e innovación. No obstante, en un tiempo T2, la Resolución afectó a esa estabilidad constituida anteriormente, restringiendo la situación que inicialmente parecía promoverse. Por ello, la Resolución de la JPRM atenta contra la seguridad jurídica, ya que no permite contar con un ordenamiento previsible, coherente y estable.

166 Artículo 22, COA

167 Sentencia 2913-17-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 09 de febrero de 2023, párr 37; sentencia 1214-18-EP/22, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de enero de 2022, párr. 29; sentencia 481-14-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 18 de noviembre de 2020, párr. 28; sentencia 2403-19-EP/22, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de enero de 2022, párr. 21.

168 Artículo 54, RJPRM.

169 Sentencia 361-17-EP/22, Corte Constitucional del Ecuador, 14 de septiembre de 2022, párr. 27.

4. Recomendaciones: ¿cómo debe operar el *sandbox* regulatorio en Ecuador?

La posición que ha tomado la JPRM es ilegal y tampoco es la correcta forma de regular un *sandbox*. En este apartado se recomendará cómo debe ser diseñado por las respectivas juntas¹⁷⁰. En primer lugar, corresponde determinar cuál es el objetivo y, con ello, el tipo de *sandbox* regulatorio que se busca autorizar¹⁷¹.

Si lo que busca la empresa Fintech es alivianar cargas y requisitos legales para fomentar la innovación, entonces, lo que procede es autorizar un *sandbox* regulatorio en sentido estricto. Sobre la base de la Ley Fintech, la autoridad competente para autorizar el *sandbox* puede alivianar requisitos prudenciales de rango de ley o infralegal: en concreto, regulación prudencial, resolución bancaria, gobierno corporativo bancario y, en general, cualquier obligación que pueda ser una traba para la innovación. A continuación, se desarrollarán algunos ejemplos (no exhaustivos) de qué requisitos se podrían alivianar.

Neobancos: se podrían levantar los impedimentos para ser parte del directorio y otros órganos de administración del banco, previstos en el artículo 258 del COMF. Además, se puede reducir el capital mínimo de forma proporcional a los clientes y el segmento de la prueba. No se exigiría al neobanco que aporte al fondo de liquidez ni al fideicomiso de garantía.

El encaje bancario también se podría disminuir, pero se le va a exigir que constituya una garantía —que, lógicamente, deberá ser mucho menor que los otros requisitos prudenciales— para evitar cualquier perjuicio o externalidad negativa hacia los depositantes hacia los depositantes. Sociedades especializadas en depósitos y pagos electrónicos: se podría reducir las reservas de liquidez o el encaje bancario que exige la JRPF¹⁷².

Si el objetivo por el que se presenta una solicitud es revisar si la regulación actual es la adecuada para una Fintech, la entidad competente debe otorgar un *sandbox* de supervisión. Verbigracia, la SB, ente competente para autorizar entornos de prueba regulatorios de servicios financieros tecnológicos. Bajo la ley Fintech, podría implementar un programa de *sandboxes* de supervisión para revisar si la normativa que aplica a una Fintech es adecuada.

En este sentido, podría analizar si el capital mínimo que se exige a las concesiones digitales de crédito es adecuado (es de USD 200 mil). Incluso, a través

170 No se hará referencia en esta sección a aquellos componentes de un *sandbox* que si fueron debidamente regulados por la JPRM. Por ejemplo, las entidades pueden ingresar a un *sandbox*, su plazo (24 meses) y otros límites de la protección al consumidor.

171 Ivo Jeník y Schan Duff, *How to Build a Regulatory Sandbox: A practical Guide for Policy Makers* (Washington D.C.: Technical Guide, 2020).

172 Artículos 32 y 33, RJPRM.

de este *sandbox*, la SB podría reducir el capital mínimo que se exige a estas, debido a que no son excluyentes entre sí los diferentes tipos de entornos de pruebas regulatorias.

De acuerdo con el artículo 30 de la Resolución SB-2022-1861 de la SB, los defensores del cliente deben trabajar en las instalaciones del Banco. No obstante, lo neobancos son solo digitales. Bajo un *sandbox* de supervisión, se podría revisar si esta regulación es adecuada para estas entidades. Así, se podrían generar canales digitales para las denuncias.

Si el objetivo es facilitar el desarrollo de una Fintech en múltiples países, se debe otorgar un *sandbox* multi-jurisdiccional. Así, si se busca promover que, por ejemplo, el banco digital Monza pueda iniciar operaciones en Ecuador con la licencia que cuenta en Reino Unido. Se podría, a través de este *sandbox*, colaborar con otras jurisdicciones latinoamericanas para el desarrollo de una Fintech regional. Si el fin por el que se implementa el *sandbox* es uno específico, el *sandbox* por implementar es el temático. Por ejemplo, las entidades competentes podrían promover la inclusión financiera en zonas rurales de Ecuador. También se podrían enfocar en un sector en específico de las Fintech, como los neobancos.

En segundo lugar, una vez determinado el objetivo y con ello el tipo de *sandbox*, corresponde revisar qué criterios de elegibilidad deben establecer, respectivamente, la JPRM y la JPRF. Estos parámetros no pueden ser restrictivos, ni puede haber la posibilidad de establecer nuevos requisitos *ex post*. Además, es cuestionable que las entidades ecuatorianas estén en la capacidad de analizar si el producto financiero es innovativo.

Por ello, las entidades competentes deben limitarse a revisar si (i) el producto o servicio financiero beneficia a los consumidores, (ii) si existen mecanismos de protección al consumidor y (iii) si la empresa que solicita el *sandbox* ya incluyó una propuesta de su alcance (plazo, número de clientes, cargas regulatorias que se busca flexibilizar, entre otros). Es decir, deben limitarse a exigir criterios sobre la base de los riesgos o beneficios que las actividades Fintech generen.

Es decir, deben limitarse a exigir criterios sobre la base de los riesgos o beneficios que las actividades Fintech generen.

Las empresas que son admitidas suelen ser más propensas a recibir financiamiento, por lo que no se recomienda que se incluya las fuentes de fondeo *a priori*, a menos que este requisito se limite al financiamiento solo para el tiempo de la prueba. Con respecto a las autorizaciones, como estas ejercen el mismo control, debería limitarse a que solo una entidad apruebe o rechace la solicitud de *sandbox*.

En tercer lugar, el *sandbox*, por definición, implica una supervisión constante y de cerca. Esto no está presente en la Resolución. Es importante la interacción continua del supervisor para que esta herramienta opere de forma adecuada. Si el supervisor detecta, por ejemplo, que existen posibles afectaciones al consumidor, podría reducir los requisitos que flexibiliza, y así imponer más cargas, que deberán estar previstas expresamente en la normativa secundaria.

En cuarto lugar, la JPRM y JPRF deben clarificar qué sucede una vez que se vence el plazo. La Resolución de la JPRM solo menciona cómo se vence la autorización temporal. La respectiva normativa debería dejar claro cuáles son las cuatro posibles salidas.

Primero, si las pruebas son exitosas y la empresa se estima adecuada para el mercado, debe obtener una autorización permanente. Segundo, si la regulación actual no es la adecuada para la Fintech, procede un cambio en la normativa. Tercero, se puede otorgar una extensión en el plazo si así lo solicita la empresa y si los resultados no son concluyentes todavía. Cuarto, puede cesar y desistir de la prueba si se llega a la conclusión de que el productor no es adecuado para el mercado¹⁷³.

5. CONCLUSIONES

El presente trabajo analizó el *sandbox* regulatorio en Ecuador. Se revisó qué comprenden las actividades Fintech, sobre todo en el contexto del país. Se encontró que las Fintech tienen varios beneficios, entre los que se encuentra la correlación positiva con la inclusión financiera, uno de los objetivos de la regulación. También, se explicó la regulación prudencial que aplica a ciertas Fintech en Ecuador. Se observaron los diferentes tipos de *sandbox* y los criterios de elegibilidad que suelen ser requeridos para que una empresa sea admitida a testear su producto o servicio financiero.

Así, a través de un análisis comparado, se encontraron dos hallazgos de la regulación de otras jurisdicciones: primero, se halló que toda estrategia regulatoria, incluyendo el *sandbox*, debe estar basada en criterios de riesgo. Segundo, que cuando una jurisdicción restringe el alcance de una figura a través de muchos parámetros o por medio de una facultad de exigir nuevos criterios *ex post*, el *sandbox* regulatorio puede no ser una figura atractiva para los innovadores. En consecuencia, no puede servir para su objetivo principal, que es promover la innovación.

En este sentido, este trabajo se preguntó cómo debe operar el *sandbox*

173 Banco Mundial, *How Regulators Respond to Fintech*, 23-24.

regulatorio en Ecuador. Para responder a esta pregunta, se analizó si la forma en la que la JPRM reguló como debe operar es la correcta, concluyendo que es una posición restrictiva y ataca al propio objetivo que la Ley Fintech: promover la innovación de estas empresas. Es restrictiva y, por ende, atenta contra la finalidad de la Ley, debido a que exige una triple autorización, contiene parámetros muy exigentes y permite exigir nuevos parámetros *ex post*. Tampoco es clara en cuanto a las regulaciones que se pueden alivianar.

Además, bajo la Ley Fintech, la JPRM no tiene competencia para autorizar *sandboxes*, sino solo emitir normativa secundaria al respecto. Asimismo, se encontró que la Resolución de la JPRM ataca a varios principios del COA y de la LOOETA, entre los que se encuentra el principio de interdicción a la arbitrariedad y la seguridad jurídica. Así, no es la forma adecuada de regular cómo debe operar el *sandbox* regulatorio en Ecuador. Este trabajo, por lo tanto, realizó varias recomendaciones, detalladas en el apartado anterior (§5).

La regulación del JPRM no parte de criterios de riesgo, sino de la arbitrariedad, ignorancia o miedo hacia el *sandbox* regulatorio.

A | G
— | —
& | A

Almeida
Guzmán
Asociados

ESTUDIO JURÍDICO | LAW FIRM

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

Email: law@almeidaguzman.com
Web Site: www.almeidaguzman.com
Quito D. M., Ecuador



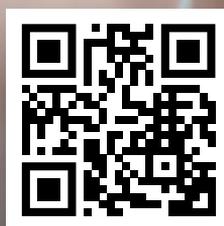


ABOGADOS

Somos ética,
innovación y
experiencia

Somos
resultados

Somos **AVL**
Abogados



www.avl.com.ec

Av. Rep. de El Salvador N35-146 y Suecia,
Edif. Prisma Norte, Piso 11. C.P. 170505

+593 2 244 3866

info@avl.com.ec

The Legal Landscape of NFTs: A Comprehensive Guide to NFTs' Regulation and Intellectual Property Law in Ecuador

El panorama legal de los NFT: una guía comprehensiva sobre la regulación de los NFT y el Derecho de Propiedad Intelectual en Ecuador.

EMILIE ALEJANDRA IDROVO GALLARDO*
LILIA STEFANÍA AGUILAR MEDINA**

Recibido / Received: 09/11/2023

Aceptado / Accepted: 21/03/2024

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3147>

Citación:

Idrovo Gallardo, E. L.S. Aguilar Medina, "The Legal Landscape of NFTs: A Comprehensive Guide to NFTs' Regulation and Intellectual Property Law in Ecuador". *USFQ Law Review* vol. 11, n°. 1, mayo de 2024, <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3147>

* Banco Santander, International Corporate Consultant, Salamanca 28046, Madrid, España. Correo electrónico: emilieidrovo@gmail.com. OECD iD: <https://orcid.org/0009-0001-3744-1972>

** Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Ayudante Judicial, Quito 170501, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: lily_estefy@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0006-2670-3427>

ABSTRACT

The technological and judicial systems of today are undergoing a revolution due to Non-Fungible Tokens (NFTs). Characteristics like non-fungibility and the use of blockchain technology create legal tension between NFTs and copyright. Among the legal dilemmas faced by these assets are the growing uncertainties over digital assets that may be protected, content ownership, and copyright assignment. This study focuses on the Ecuadorian copyright law and the challenges it confronts when NFTs enter the market. This paper addresses the question of how well-suited Ecuador's copyright laws and related norms are to handle disputes involving NFTs. It analyses the impact it has on the digital token and its copyright among buyers and sellers, in addition to the platform regulations that issue and trade digital tokens. Later, it examines the creator's rights, as well as the buyer's rights under an NFT purchase, and how copyrights are impacted. Finally, the paper concludes that although Ecuadorian law does not directly regulate NFTs, it is possible to regulate their disputes through related articles and the integration of other norms.

KEYWORDS

Nonfungible Token; blockchain; copyright; intellectual property; digital asset.

RESUMEN

Los sistemas tecnológicos y judiciales han revolucionado por los Non-Fungible Tokens (en adelante NFTs por sus siglas en inglés). Características como la infungibilidad y uso de blockchain, crean tensiones jurídicas entre NFT y los derechos de autor. Entre los dilemas jurídicos están las crecientes incertidumbres sobre los activos digitales que pueden ser protegidos, la propiedad del contenido y la cesión de derechos de autor. Este estudio se centra en la ley de derechos de autor ecuatoriana y desafíos a los que se enfrenta cuando los NFT entran al mercado. Este artículo responde a la pregunta sobre la adecuación de las leyes de derechos de autor de Ecuador y normas conexas para el manejo de las controversias sobre NFT. Analiza el impacto que tiene sobre el token digital y sus derechos de autor entre compradores y vendedores, además de los reglamentos de las plataformas que emiten y comercializan tokens digitales. Examina los derechos del creador, así como los derechos de los compradores, y cómo afectan a los derechos de autor. Por último, se concluye que, si bien la ley ecuatoriana no regula directamente los NFT, es posible regular sus controversias mediante artículos conexos e integración de otras normas.

PALABRAS CLAVE

Token No Fungible; *blockchain*; derechos de autor; propiedad intelectual; bien digital.

1. INTRODUCCIÓN

Non-Fungible Tokens (hereinafter NFTs) have brought about a revolution in the cybernetic world in multiple senses and have created a series of challenges for the modern legal system. The remarkable attention to NFTs garnered by scientific communities and the high trading volume has increased the importance of outlining the field in which NFTs operate¹. For a broad definition, they can be regarded as data units that authenticate the ownership of an asset through blockchain technology, yielding a distinctive digital certificate². In essence, NFTs are unique digital assets stored on a blockchain³. Regarding these features, the creation, ownership, and trading of these tokens raise questions about how laws should regulate NFTs' commercial operations.

According to recent studies, the NFT industry was valued at \$ 11.3 billion in 2021 and is expected to rise to \$ 231 billion by 2030⁴. NFTs represent ownership of a specific piece of digital content, such as art, music, videos, and more⁵. They are distinctive because they cannot be replicated or duplicated, and their ownership can be verified through the blockchain⁶. Despite the prominent of this market, the growing number of lawsuits concerning these tokens indicates infringement on the typical performance of digital token transactions⁷. For instance, when *Nike, Inc. v. Stockx LLC* first came to light in February 2021, Nike claimed that StockX was selling NFTs with graphics associated with its footwear without consent and sued for trademark infringement and related claims⁸. Therefore, there are legal and regulatory difficulties that must be handled to prevent disputes and protect these highly valuable assets.

In particular, the World Intellectual Property Organization (hereinafter WIPO) has inquired about the following: "Should IP laws adapt to NFTs or should NFTs adapt to IP laws?"⁹. The legal clarity has begun to dissipate since the beginning of the creation of an NFT. There are concerns about the exclusiveness of the authentication code, artwork copyright, rights over the original digital file, etc. In Ecuador, the *Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación* [Organic Code of the Social

1 Hamed Taherdoost, "Non-Fungible Tokens (NFT): A Systematic Review", *Information* 14, n.º. 1 (2023): 26, <https://doi.org/10.3390/info14010026v>.

2 Robert Herian et. al, "Nft-legal token classification", *EU Blockchain Observatory & Forum* (July 2022), <https://oro.open.ac.uk/79831/1/NFT%20-%20Legal%20Token%20Classification.pdf>.

3 Ali Muddasar and Sikha Bagui, "Introduction to NFTs: The Future of Digital Collectibles", *International Journal of Advanced Computer Science and Applications* 12, n.º. 10 (2021): 5-7, <https://doi.org/10.14569/ijcsa.2021.0121007>.

4 Shashank Bhardwaj, "NFT Market Worth \$231 Billion by 2030: Report", *Forbes India*, March 24, 2024, <https://www.forbesindia.com/article/crypto-made-easy/nft-market-worth-231-billion-by-2030-report/78191/1>.

5 Taherdoost, *Non-Fungible Tokens* (NFT), 26.

6 Muddasar and Bagui, *Introduction to NFTs*, 6-8.

7 Jackson Lanier, "The Ninth Circuit's Split Personality How NFTs Highlight a Concerning Split in the Court's Application of Trademark Law to Web 3.0", *SSRN Electronic Journal* (2023), <https://doi.org/10.2139/ssrn.4411021>.

8 *Nike, Inc. v. StockX LLC*, Civil Action 1:22-cv-00983-VEC (S.D.N.Y. Jul. 14, 2022).

9 Andy Ramos, "The Metaverse, NFTs and IP Rights: To Regulate or Not to Regulate?," *WIPO Magazine* (June 2022), https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2022/02/article_0002.html.

Economy of Knowledge, Creativity, and Innovation] (hereinafter COESCI) has no exclusive mention of tokenization and its copyright treatment, resulting in the adaptation of existing norms regarding NFTs. Therefore, the following interrogation is forced to surface given the NFTs' singularity: to what extent is Ecuadorian Intellectual Property Law suitable to address copyright problems arising from NFTs' transactions?

This article will provide an overview of some of the main problems related to copyright generated by NFTs when they are involved in transactions. It will focus on the regulation of Ecuadorian Intellectual Property Law and applicable norms, such as the Andean Community Decisions. First, there will be a review of definitions to establish a connection between the technological setting of the study and the current legal debate. Second, it will evaluate the relevant legal framework for the issue. Subsequently, the argumentation will be divided between the approach of NFTs to Intellectual Property Law and the copyright of the parties involved in a transaction whose main object is an NFT. In the end, there will be conclusions regarding the problem to be solved.

2. REVIEW OF DEFINITIONS

2.1. NON-FUNGIBLE TOKENS

To define NFTs, it is necessary to comprehend each word that constructs the acronym. First, the word fungible is not strange for Law, and for legal effects, the Ecuadorian Civil Code established the following: "*Art. 593.- Las cosas muebles se dividen en fungibles y no fungibles. A las primeras pertenecen aquellas de que no puede hacerse el uso conveniente a su naturaleza sin que se destruyan [...]*"¹⁰. (Art. 593.- Movable properties are divided into fungible and nonfungible. To the first belong those properties that cannot be used in a way convenient to their nature without being destroyed...; author's translation).

On the other side, Ethereum has defined the phrase 'non-fungible' as "an economic term that you could use to describe things like your furniture, a song file, or your computer. These things are not interchangeable for other items because they have unique properties"¹¹. In this sense, each definition brings its vision of fungibility; nonetheless, both reach the same point: the likeliness of being replaced.

These two concepts address the possibility that the asset would perish or could be replaced by another of the same kind, both in quality and quantity. This

¹⁰ Article 593, Civil Code, O. R. Supplement 46 June 24, 2005.

¹¹ "Non-Fungible Tokens (NFT) | Ethereum.Org", Ethereum.Org., accessed March 14, 2024, <https://ethereum.org>.

characteristic is essential to being considered an NFT. The token's blockchain, in principle, could not be modified and, at the same time, must be unique. In this respect, the non-fungibility of NFTs plays a primary role, especially when they are included in smart contracts. It facilitates the identification of the token when it is used in such transactions and helps to verify its authenticity in the market.

Having said that, it is precise to study the tokens as a unit of measurement for the NFTs. In the digital universe, tokens are considered assets whose structure is built through a blockchain. N26, a German bank, has defined tokens as digital assets¹². Despite its broad conceptualization, the difference between crypto coins, other types of assets that come from blockchain, and tokens is the genesis of its construction and how this last displays their functions¹³.

Additionally, it is necessary to highlight that the tokens' content is stored inside each block that conforms to the chain¹⁴. Its behaviour is governed by smart contract guidelines¹⁵. One of the effects of being created and stored like that is that tokens are not created with the blockchain but operate with the existing blockchain¹⁶. With this background, the creator will design the token in the platform. Now, a key point to remember is that the token and the cryptographic asset underlying it are two separate elements¹⁷. In this way, the NFT is the blockchain technology representation that holds the records of an incorporeal object, which is usually a piece of artwork¹⁸.

2.2. BLOCKCHAIN

A blockchain is a distributed database or shared ledger among computer network nodes¹⁹. Like a database, a blockchain electronically saves data in a digital format²⁰. Blockchains are most known for their essential function in preserving a secure, decentralized record of transactions²¹. One of the blockchain's innovations is that it ensures the accuracy and security of data records²².

The way data is structured differs significantly between a traditional database and a blockchain. A blockchain organizes information into groups called

12 "Your Ultimate Guide to Crypto Tokens", N26, accessed January 31, 2022, <https://n26.com/en-cu/blog/what-is-token>.

13 Muddasar and Bagui, *Introduction to NFTs*, 50-51.

14 *Ibid.*, 51.

15 *Ibid.*, 51-53.

16 *Ibid.*, 51-53.

17 PWC, Ryan Leopold, and Pascal Vollmann, "Cryptographic Assets and Related Transactions: Accounting Considerations under IFRS", *In Depth* 2019-05 (December 2019): 2-3, <https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/ifrs/publications/ifrs-16/cryptographic-assets-related-transactions-accounting-considerations-ifrs-pwc-in-depth.pdf>.

18 *Ibid.*, 3.

19 Fred Steinmetz, Lennart Ante, and Ingo Fiedler, "Blockchain and the Digital Economy: The Socio-Economic Impact of Blockchain Technology", *Agenda Publishing*, (July 2020): 15-20, <https://doi.org/10.2307/j.ctv16qjxg0>.

20 *Ibid.*, 17.

21 *Ibid.*, 17.

22 Adam Hayes, "Blockchain Facts: What Is It, How It Works, and How It Can Be Used", *Investopedia* (december, 2023), <https://www.investopedia.com/terms/b/blockchain.asp>.

blocks, which contain sets of data²³. When a block's storage capacity is depleted, it is closed and linked to the preceding block, producing a data chain known as a blockchain²⁴. Following that newly added block, all new information is assembled into the most recent block, which, when filled, is also added to the chain²⁵. The blockchain's objective is to allow digital information to be recorded and transmitted, but not altered²⁶. As a result, a blockchain serves as the foundation for transactions that cannot be changed, deleted, or destroyed²⁷.

2.3. INTELLECTUAL PROPERTY

According to the WIPO, Intellectual Property refers to creations of the mind, for example: inventions, designs, and symbols used in commerce²⁸. Similarly, Valencia Zea defines it as “property or dominion over immaterial or incorporeal things; author's translation”²⁹. Also, this author expressed that Intellectual Property is classified as a special or different property since it does not protect or regulate corporeal or material assets as ordinary or common property does³⁰. As a result, it is necessary to know the difference between being the owner of what is generated with intellectual capacity and being the owner of a material or corporal asset.

To give an example, being the owner of a book is not the same as having written it. In other words, the idea materialized in the book is the property of the one who created it. The book is tradable in the common market since it is a corporeal asset in which the idea was produced. The idea for the book's creation can only be commercialized or reproduced by the author or the person that he or she authorizes³¹. Because of the nature of the assets, jurisdictions have faced the need to create special laws for Intellectual Property regulation and protection. This aspect highlights the specialty of Intellectual Property concerning property and its ownership.

2.4. COPYRIGHT

Copyright is a division of Intellectual Property. The General Assembly of the United Nations, through the 1948 Universal Declaration of Human Rights,

23 Sharma Ashish K., et al., “Blockchain technology: Myths, realities and future”, *Blockchain Technology*, (CRC Press, 2022):163-167, <https://doi.org/10.1201/9781003138082>.

24 Ibid.

25 Steinmetz, Ante, and Fiedler, “Blockchain and the Digital Economy”, 15-20.

26 Sharma Ashish K., et al., “Blockchain technology: Myths, realities and future”, *Blockchain Technology*, (CRC Press, 2022): 163-167, <https://doi.org/10.1201/9781003138082>.

27 Ibid., 168-169.

28 “What Is Intellectual Property (IP)?”, *World Intellectual Property Organization*, accessed March 14, 2024. <https://www.wipo.int/about-ip/en/index.html>.

29 Arturo Valencia Zea, *La Posesión* (Bogotá: Editorial Temis, 1968), 37-38.

30 Ibid.

31 Valencia Zea, *La Posesión*, 40-42.

elevated copyright to the status of a human right³². Copyright is a modern legal discipline that regulates the relationship of the author with his or her intellectual creation and its interaction with society³³. The U.S. Copyright Office defines it as “a set of exclusive rights awarded to a copyright holder or owner for an original and creative work of authorship fixed in a tangible medium of expression”³⁴. In the same way, WIPO expressed that copyright protection extends to expressions, procedures, methods of operation, or mathematical concepts as such³⁵.

It is worth mentioning that there are two types of rights underlying the copyright branch. On one hand, there are economic rights through which the grantees obtain economic rewards for their work³⁶. On the other hand, moral rights protect the author and his non-economic interests³⁷. In copyright law, some rules regulate that the author's rights may be exercised by authorizing or preventing particular uses concerning their work. Likewise, in some cases, the author chooses to receive remuneration for the use of the work.

According to the WIPO, copyright allows the protection of two types of rights: economic rights and moral rights³⁸. The first one allows the holders of these rights to receive economic retribution for the use of their work by third parties. In other ways, moral rights allow the author to take measures to protect and preserve the links that bind them to their work. In some regulations, moral rights can be retained by the author even if he has assigned his economic rights. The Ecuadorian Intellectual Property Law establishes that moral rights are inalienable, do not expire, and cannot be waived³⁹.

3. APPLICABLE LAW

Ecuador has several bodies of law that regulate copyright, starting with the Constitution, extending to the COESCI, and decisions submitted by the Andean Community.

32 United Nations, General Assembly, *Universal Declaration of Human Rights*, Paris: GA, 1994.

33 Rosemary J. Coombe, *The cultural life of intellectual properties: Authorship, appropriation, and the law* (Durham: Duke University Press, 1998).

34 United States Copyright Office. *Copyright Basics*. (Washington: Library of Congress, 2021). <https://copyright.gov/circs/circ01.pdf>.

35 “Copyright”, World Intellectual Property Organization, accessed March 21, 2024. <https://www.wipo.int/copyright/en/index.html>.

36 O'Hare, Michael, “COPYRIGHT AND THE PROTECTION OF ECONOMIC RIGHTS”, *Journal of Cultural Economics* 6, 1 (1982): 33–48, <http://www.jstor.org/stable/41810305>.

37 Ibid.

38 “Understanding Copyright and Related Rights”, *World Intellectual Property Organization*, accessed June 23, 2023, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_909_2016.pdf.

39 See Article 118, Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación [COESCI], Código Orgánico, O.R. 899, December 9, 2016.

3.1. CONSTITUTION OF ECUADOR

Ecuador protects the rights of creators on a constitutional level; that is to say, it is embodied in the highest legal norm of the country. The Magna Carta of Ecuador, within Article 22, establishes that: “[...] persons have the right to benefit from the protection of moral and patrimonial rights resulting from their scientific, literary, or artistic creations...;author’s translation”⁴⁰. With this statement, the national authority secures intellectual property rights on a constitutional level.

3.2. INTERNATIONAL TREATIES

International treaties and conventions promote the protection of these rights and set guidelines to create a standard in most of the legal frameworks. Ecuador signed numerous international treaties and pledges pertaining to intellectual property, all of which have been preserved and upheld by the Constitution.

Between the set of international treaties that Ecuador has signed and ratified, the main highlights are:

- a. The Berne Convention addresses the safeguarding of creative works and the entitlements of their creators⁴¹. It rests upon three fundamental principles and encompasses a set of regulations determining the minimum level of protection, along with specific provisions accessible to developing nations interested in their application⁴². The Berne Convention permits some limitations and exceptions to economic rights. These are situations where protected works can be used without the copyright owner’s authorization and the need for compensation⁴³.
- b. The WIPO Copyright Treaty (hereinafter WCT) represents a specific arrangement derived from the Berne Convention that addresses the safeguarding of creative works and the entitlements of their creators, especially in the digital realm⁴⁴. Beyond the rights already acknowledged in the Berne Convention, it confers certain economic rights⁴⁵. This Treaty also focuses on two categories of copyright protection: computer programs, irrespective of how they are expressed or presented, and collections of data or other materials, known as “databases”⁴⁶.

40 Asamblea Constituyente, Constitución de la República Del Ecuador 2008, Decreto Ejecutivo, O.R. 449 October 20, 2008.

41 Article 1, Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Paris Act. Amended on September 28.

42 Ibid.

43 Article 6, Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works.

44 Article 2, World Intellectual Property Organization Copyright Treaty, Ginebra, December 26, 1996.

45 Article 3, WIPO Copyright Treaty.

46 Article 6 and 7, WIPO Copyright Treaty.

- c. The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) came into force on January 1, 1995, and stands as the most comprehensive multilateral accord about intellectual property to date⁴⁷. The TRIPS Agreement is an international legal pact involving all member countries of the World Trade Organization (hereinafter WTO). It establishes the minimal standards for the governance of various forms of intellectual property as it relates to citizens of other WTO member countries, regulated by individual national governments.

3.3. ORGANIC CODE OF THE SOCIAL ECONOMY OF KNOWLEDGE, CREATIVITY, AND INNOVATION

The Ecuadorian norm that specializes in copyright and intellectual rights is the COESCI. In the recitals of this Code, it is foreseen that the Intellectual Property Law, enacted in 1998, is harmonized with the rights and guarantees established in the Constitution of the Republic of Ecuador of 2008. It provides a legal regime that has as its central point private rights and a mercantilist approach to intellectual property rights⁴⁸. Likewise, it establishes the need to make strategic use of Intellectual Property rights to ease the transfer of technology, the generation of science, technology, innovation, and the change of the productive matrix in the country⁴⁹.

In Book Three, titled “Knowledge Management: General Principles and Provisions,” Article 85 establishes the inclusion of intellectual rights and their protection in all forms⁵⁰. It indicates that intellectual rights encompass intellectual property and traditional knowledge⁵¹. This article determines that these regulations constitute a tool for adequate knowledge management, to promote scientific, technological, artistic, and cultural development, as well as encouraging innovation.

Furthermore, Article 88 of the same normative body⁵², foresees the purpose of intellectual property rights. It states that these are tools for the development of creative activity and social innovation, which promote technology transfer, access to knowledge and culture, innovation, and the reduction of cognitive dependence. The European Commission, conversely, claims that the primary function of intellectual property rights is to protect and promote the creation

47 World Trade Organization, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Annex 1C of the Marrakesh Agreement, April 15, 1994.

48 See Article 1 and 2, COESCI.

49 *Id.*

50 *Id.*, Article 85.

51 *Id.*

52 *Id.*, Article 88.

and distribution of innovative goods and the provision of new services based on the generation and commercialization of inventions, trademarks, designs, creative content, or other intangible assets⁵³.

Ecuadorian legislation also protects access to knowledge and culture. Going a step further, the Ecuadorian legislature establishes the importance of protecting and having access to ancestral knowledge. This contributes to the development of current science. Therefore, it is important to remember our roots and transmit the legacy of our ancestors. Moreover, the COESCI establishes a typology of intellectual property. It separates them mainly into copyrights and related rights, industrial property rights, and plant varieties⁵⁴.

The national legislator in Article 90 foresees the following typology of assets: assets that guarantee fundamental rights, assets related to strategic sectors, assets related to biodiversity and traditional knowledge, and other property⁵⁵. In this way, it is established that copyrights are linked to the persons who create works, whether artistic or literary, while related rights refer to natural or legal persons involved in the interpretation and reproduction of the original works.

With this preamble, the legislator devotes an article to copyright, explaining how it is created and how it is protected⁵⁶. Article 102 establishes that, with the simple fact of the creation of the work, the author's rights are born and protected⁵⁷. The method by which the author's ideas are described, explained, illustrated, and incorporated into works is protected. The exception here is that if an idea has only a single form of expression, that form will not be subject to any protection⁵⁸. Nor are the procedures or mathematical concepts themselves subject to the protection of Intellectual Property Law⁵⁹.

Then, Article 104 mentions which works are eligible for protection⁶⁰. The COESCI establishes that protection is granted to all literary, artistic, and scientific works that are original, and which may be reproduced or disseminated in any form or by any means known or to be known⁶¹. In this article, various works are included, such as works expressed in books, articles, collections of works, musical compositions, sculptures, illustrations, photographs, and software, among others⁶².

53 "Benefits of intellectual property rights", *European Commission*, accessed May 17, 2023, https://policy.trade.ec.europa.eu/enforcement-and-protection/protecting-eu-creations-inventions-and-designs/benefits-ipr_en.

54 Article 90, COESCI.

55 *Id.*

56 See Article 102, COESCI.

57 Article 102, COESCI.

58 *Id.*

59 *Id.*

60 Article 104, COESCI.

61 *Id.*

62 *Id.*

Article 120 recognizes, in favor of the author or successor of the title, certain exclusive rights over the work⁶³. In this case, it concerns the reproduction of the work by any process or practice⁶⁴. Reproduction is understood as the fixation of the work in a medium that allows its perception, communication, or obtaining of copies of all or part of it by any means or process, known or to be known⁶⁵.

3.4. DECISION 351 OF THE ANDEAN COMMUNITY

In addition, to the earlier international treaties, Ecuador is required to abide by the agreements made by the Andean Community of Nations as a member. The Andean Community's Decisions have direct and mandatory applicability to Ecuadorian intellectual property law. Among others, Decision 351 contains important resolutions pertaining to transfer and assignment rights, moral and economic rights, and other essential clauses.

Furthermore, Decision 351 establishes common provisions to enhance the protection of authors and other rightful owners of intellectual works. Article 4 declares that "protection granted by this Decision shall accrue to all literary, artistic and scientific works that may be reproduced or disclosed by any known or future means [...]"⁶⁶. This article is relevant because it mentions that all intellectual works shall be protected, disregarding how they might be contained or carried.

Following, Article 6 states that recognized rights "shall be independent of the ownership of the material medium in which the work is embodied"⁶⁷. As well, Article 7 indicates that only the form in which the ideas of the author are incorporated in the works shall be protected⁶⁸. Both articles are important to the present discussion since they help to clarify the difference between the means and the content, where the mean is the token, and the content is the intellectual work entitled to protection.

4. NFTS AND THEIR APPROACH TO INTELLECTUAL PROPERTY LAW

Following rapid growth in late 2017, NFTs crashed the world with its unique way of trading intangible assets, and with this, the clash between law and digital tokens continued⁶⁹. There are many discussions and approaches to how the Law should guide NFTs' behavior in the market. Contrary to general opinion,

63 See Article 120, COESCI.

64 Article 120, COESCI.

65 Id.

66 Article 4, Decision 351 Common Provisions on Copyright and Neighboring Rights. December 17, 1993.

67 Article 6, Decision 351 Common Provisions on Copyright and Neighboring Rights.

68 Article 7, Decision 351 Common Provisions on Copyright and Neighboring Rights.

69 "The Definitive Timeline of Early NFTs on Ethereum", ONE37pm, Accessed March 21, 2024, <https://www.one37pm.com/nft/the-definitive-timeline-of-early-nfts-on-ethereum>.

their existence may not alter the fundamental regulations of Intellectual Property Law. To understand this statement, it is necessary to acknowledge the content of these tokens and what this branch of law pursues to protect.

The development of new ideas and inventions requires the treatment of law to conduct their performance. According to the WIPO, “intellectual property law aims at safeguarding creators and other producers of intellectual goods and services by granting them certain time-limited rights to control the use made of those productions”⁷⁰. This division of Law establishes guidelines for creators to balance the exposure of their work in the market with the entitlements they have over them. In this same line, copyright pursues the protection of the intellectual creation by giving the author rights to control, protect, and exploit their work⁷¹.

It is without doubt that NFTs are inventions whose authors have ownership rights over their technological uptake. Leaving aside the software and blockchain development of the digital token, the interaction of NFTs and Intellectual Property Law goes further. The behavior of NFTs as assets is also relevant for Intellectual Property Law because of the content that the token carries and their susceptibility to copyright protection. The update that digital assets brought does not necessarily mean a law restructure, but a reinterpretation of the existing rules that define the core norms that give body to copyright.

As is well known, NFTs are usually created to be sold like artworks or collective tokens. One of the reasons artists choose them instead of another carrier of their work is because NFTs have the potential to provide transparency and reliance in digital assets markets. “For instance, an NFT might link to a piece of art and incorporate contractual rights that provide the original artist a commission on all future sales of that piece of art”⁷². Thus, one of the NFTs’ copyright implications is that their non-fungible condition and blockchain technology might introduce new conditions of copyright transference. This holds great significance for digital art, music, and other content creators, as they can now utilize NFTs to prove their ownership and explore novel avenues for monetization.

The disruption of NFTs in technology brought an effective way of commercializing and facilitating ownership exchange. As well as other art pieces that have been sold online, the NFTs trading system does not fundamentally change the way it has been regulated for other digital assets⁷³. To give an

70 “WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use”, *WIPO PUBLICATION* 489, 2 (2004): 3.

71 *Ibid.*

72 Daniel Barsky and Andrew Cummings, “Non-Fungible Tokens and Intellectual Property Law: Key Considerations”, *Bright Ideas* 31, n°. 1933-8392 (April 2022), 8-9.

73 Barsky and Cummings, *Non-Fungible Tokens and Intellectual Property Law*, 10.

example, what the NFTs contain most of the time are virtual images that are sold daily all over the globe without necessarily representing a change in the legislature and still being under the watch of copyright law⁷⁴. As mentioned before, the main object of NFTs is to offer a way to secure the ownership of a unique token; they might not contain extraneous elements that could alter the current legislation.

Therefore, it is useful to see NFTs as a new technology whose content is the substance of protection under the present copyright law and intellectual property regulations. For this research, NFTs should be seen as a record of digital property, and the files that the token holds are what copyright law should focus on. The minting process and digital creation of the tokens themselves are subjects that deserve another scope of study and different legal treatment that will not be analyzed this time.

Taking into consideration the technical features mentioned before, it is required to review how NFTs are protected under Ecuadorian norms. Intellectual property rights are safeguarded under the COESCI in all its forms, according to Article 85. Subsequently, it is explicitly stated in Article 102 that copyright protection is accorded to intellectual works regardless of their form of expression. Although there may not be an exhaustive list throughout any of these or any other Article, the COESCI offers a broad range of eligible creative works for which authors would be granted copyright instantly.

Consequently, if NFTs meet additional criteria—which will be examined later—they may constitute assets covered by copyright law. It should be emphasized that NFTs, not simply by their creation, are assets deserving of immediate protection. The creative work behind the tokenization is the undeniable object of intellectual property law's interest, as the above articles have noted. The primary factors that could result in copyright difficulties are the vast categories of creations that can be kept and the NFT technology utilized in smart contracts.

In addition, Decision 351 of the Andean Community, Article 7, strengthens Ecuadorian copyright legislation when it establishes that only how the author's idea is described is protected, wherever their form of expression is. Hence, in Ecuador, intellectual creations carried by NFTs are subject to the protection of Intellectual Property Law, regardless of their digital nature, while the coding and blockchain features of the token have a minor impact on this branch of law.

⁷⁴ Alexander Dolganin, "Non-Fungible Tokens (NFT) and Intellectual Property: The Triumph of the Proprietary Approach?", *Digital Law Journal* 2, 3 (November 3, 2021): 46-54, <https://doi.org/10.38044/2686-9136-2021-2-3-46-54>.

5. COPYRIGHT CONSIDERATIONS: UNWRAPPING RIGHTS BETWEEN TECH

The legal landscape of NFTs is still in its infancy, taking into consideration the length of their presence in the tech realm⁷⁵. The lack of standardization in the NFT market and the rise of its success create an equation from which many jurisdictions have taken a word, but no clear answer has been able to solve every copyright question⁷⁶. Moreover, the uncertainty that surrounds this topic has led to confusion and potential legal disputes. “Given the broad applicability of copyright law, it is critical for sellers and end users to understand what rights the purchaser is acquiring when purchasing an NFT”⁷⁷. As the value of NFTs continues to grow, the legal system needs to catch up and establish clear guidelines to ensure a fair and transparent market for all parties involved.

Currently, there is no specific regulation for NFTs in Ecuador. Nonetheless, the study of the Ecuadorian copyright norms and supplementary norms, like Decision 351 of the Andean Community, could help overcome some of the challenges that NFTs face in this matter. Such as determining when NFTs are shielded by copyright law and what parts involved in an NFT transaction are entitled to. These are some of the subjects that are being raised by this chapter and discussed in the fellow numerals.

5.1. COPYRIGHT OF THE CREATOR

Because multiple parties are involved in the development and trading of an NFT, copyright may fluctuate during the process. “When NFTs are created, or “minted,” they are listed on an NFT marketplace where NFTs can be sold, traded, etc., in accordance with “smart contracts” that govern the transfers”⁷⁸. Typically, the minter makes its services available via a website to publish the NFT in the market after codifying the token around a digital file that may or may not be a protected intellectual work. Consequently, the parties involved are the one providing the minting services (often tech firms like OpenSea), the one using the minter to create the NFT, and the party purchasing the NFT. As an outcome, ownership of the digital asset and the developer of the token may have different copyright approaches⁷⁹.

75 Miša Bajčetić, “Copyright and Non-Fungible Tokens (NFTs)”, *SSRN Electronic Journal*, 2022. <https://doi.org/10.2139/ssrn.4305712>.

76 Dolganin, “Non-Fungible Tokens (NFT) and Intellectual Property”, 46-54.

77 Barsky and Cummings, *Non-Fungible Tokens and Intellectual Property Law*, 11-12.

78 *Hermes Int'l v. Rothschild*, 22-CV-384 (JSR), United States District Court, S.D. New York, May 18, 2022, 2.

79 Miša Bajčetić, “Copyright and Non-Fungible Tokens (NFTs)”, *SSRN Electronic Journal* (2022), <https://doi.org/10.2139/ssrn.4305712>.

Generally, the author is the same individual who is going to create and save the digital asset in an NFT, resulting in this person being both the author of the work and the owner of the token. "For copyrightable works, except in the case of a work made for hire, the author of a work owns the copyright"⁸⁰. The NFT is first and foremost the property of the creator and has the right to control who can purchase, sell, and trade it, as well as the conditions under which those transactions take place. The author also has the right to decide how the NFT is used, including any copies or derivative works.

The hypothesis mentioned might be the perfect scenario where both author and token owner meet with the same individual, so copyright can be deployed in all its forms without interference. However, it should be taking into consideration the intervention of the minter company in the smart contracts. Depending on the clauses, the author can be entitled to a share of any future sales of it, give away copyrights, or just grant rights of use⁸¹. This is the case in the NBA Top Shots market, in which users can buy the underlying NFT, but its rights are limited, and no copyrights are extended⁸². It is important to note that these rights may differ depending on the marketplace platform and blockchain used to develop and distribute an NFT. Therefore, it is crucial to carefully consider and comprehend the terms and conditions of each platform before developing and offering an NFT.

For instance, OpenSea, one of the biggest NFT marketplaces, allows its users to manage their crypto wallets and assets under its terms and conditions. In the section of Terms of Service, numeral seven, this company states the following: "You represent and warrant that you have, or have obtained, all rights, licenses, consents, permissions, power and/or authority necessary to grant the rights granted herein..."⁸³. This type of platform would only appear as an intermediary between the creator and the buyer. In theory, the person who holds all copyrights will be the author of the NFT, not OpenSea.

This is an important aspect to remember since the minting process of NFTs may be confused with the creation of the artwork. Companies like OpenSea offer the services of minting and listing the work of an author through the mechanism of blockchain technology⁸⁴. Their services may be limited to generating a unique code to store the intellectual work. There is no interference or collaboration during the artistic creation of the resulting NFT; that is the sole creation of the author. To illustrate, it could be contrasted with the labor of the person who crafts frames. A frame is constructed by one person and

80 Barsky and Cummings, *Non-Fungible Tokens and Intellectual Property Law*, 12.

81 Michael D. Murray, "NFTs Rescue Resale Royalties? The Wonderfully Complicated Ability of NFT Smart Contracts to Allow Resale Royalty Rights", *SSRN Electronic Journal* (2022), <https://doi.org/10.2139/ssrn.4164029>.

82 Dapper Labs, "NBA Top Shot | Terms of Service", NBA Top Shot, n.d. <https://nbatopshot.com/terms>.

83 "Terms Of Service," OpenSea Inc., April 4, 2023, <https://opensea.io/tos>.

84 Ibid.

sold to an artist who wishes to protect his painting. The painter does not have copyrights over the frame just because he or she uses it as a carrier for his work, and vice versa unless they agree to the contrary.

Therefore, when the minting corporation requests a statement of authorship from the user, copyrights will come into play in the interaction between the company and the author⁸⁵. As a result, the user will be responsible for intellectual property issues, other rights will be mostly focused on distinctive contractual obligations and topics based on buying and selling NFTs⁸⁶. In general, whoever renders these services shall not seek copyrights from the generation of the token or presume that they shall have any copyrights over the file being stored simply because they minted the digital token.

The COESCI is explicit when it states that copyrights arise and are protected by the mere fact of the creation of the work⁸⁷. As a result, copyrights are granted to the individual whose creative work is embodied in the NFT⁸⁸. The party who provides the minting services does not hold copyright since its duties include are the blockchain development and coding features; it does not interfere whatsoever in the intellectual process of the file to be stored. Additionally, Decision 351 of the Andean Community, Article 8, establishes that, in case of doubt, the person whose name is visible in the work shall be presumed to be the author. In consequence, the creator and/or the person whose name is in the intellectual work of the NFT will retain copyrights and be entitled to use, sell, or license their work.

Following these lines of thought, generally, the creator of the creative work is the one who has all the copyrights over the design of the NFT content. Nonetheless, it might not always be the case; hence, the result may contain registered material that generates copyrights in favor of another person. Under these circumstances, the person whose copyrights have been violated is empowered to pursue a lawsuit against the infringer. To safeguard copyrights, Ecuadorian legislation provides for various injunctions and compensation⁸⁹.

Article 85 of the COESCI states that intellectual property rights are protected in all their forms⁹⁰. With this basis, no matter how malleable and mutable the NFT technology is, the legislator makes sure that all rights are preserved and protected. In this changing ecosystem, one of the scenarios that worries most traders are NFTs that contain parts of other registered work. For instance, in

85 Yanghuan Li et al., "A Decentralized Music Copyright Operation Management System Based On Blockchain Technology", *Procedia Computer Science* 187 (2021): 458-63, <https://doi.org/10.1016/j.procs.2021.04.084>.

86 Dolganin, "Non-Fungible Tokens (NFT) and Intellectual Property" 46-54.

87 See Article 102, COESCI.

88 Ramos, "The Metaverse, NFTs and IP Rights".

89 See Chapter III, COESCI.

90 Chapter III, COESCI.

the case *Hermès Int'l v. Rothschild*, the complaint claimed that Rothschild capitalized on customer misconceptions about the NFTs' affiliation with the Hermès trademark by using the brand name "MetaBirkins" and had permitted the artist to profit from Hermès's goodwill⁹¹.

The jury found that the "MetaBirkins" are more akin to consumer products, which are subject to trademark regulations, and rendered a decision in favor of Hermès⁹². It is important to notice that one of the main arguments for winning the case was that "MetaBirkins" was previously registered as a trademark⁹³. Although these case studies focus on industrial property rights, by registering their work, authors not only provide legal protection for their creations but also ensure the authorship of their inventions and expand enforcement to all areas, including the virtual one. On the other side, it could also happen that NFTs include registered material, which makes them susceptible to infringement of intellectual property norms.

On these grounds, a key factor in protecting inventions will always be registration with the local authority. In Ecuador, the Ecuadorian Intellectual Property Office, SENADI, has not offered an exclusive method or a closed section for token registration. While it is true that the core of the NFT could be created from almost any type of digital format, once a file is minted like an NFT, its code and its method of transfer change. "When an NFT is linked to digital media, the NFT and corresponding smart contract are stored on the blockchain and are linked to digital media files (e.g., JPEG images, .mp4 video files, or .mp3 music files) to create a uniquely identifiable digital media file".⁹⁴ The blockchain is uncharged to create another type of code and gives a different format for the file extension, after all, what the users are seeking is secure storage.

With this background, if somebody wants to obtain copyrights on an NFT and plans to enter the NFT market, applying to register the applicable work before the Ecuadorian Intellectual Property Office should be taken into consideration. Until this date, SENADI has not registered any type of NFT in its system, so the process and viability of registration are still uncertain in terms of its operation. The national authority made a statement about the creation of a Technical Standard for the valuation of NFTs, which is essential in terms of political awareness⁹⁵. Consequently, the state of registrability of NFTs in Ecuador may not be at risk of being denied, but the questions to be solved remain on bureaucracy issues rather than legal fundamentals.

91 *Hermès Int'l v. Rothschild*, 2.

92 *Hermès Int'l v. Rothschild*, 39-42.

93 *Ibid.*, 11-13.

94 *Hermès Int'l v. Rothschild*, 5.

95 Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (@SENADI_Ecuador), "se implementó una Norma Técnica para la valoración de NFTs y uso de blockchain en la modalidad de derecho de autor. #SENADI #JuntosLoLogramos", Twitter, (accessed August 28, 2021), https://twitter.com/SENADI_Ecuador/status/1431434749495623689.

In terms of registrability, NFTs also embrace the possibility of containing digital assets created by non-human intelligence, which challenges the possibility of copyright existence across all cryptographic files. It is no secret that software and online servers can produce practically any type of file upon request. Ecuadorian laws set a clear limit for this type of creation when the COESCI, Article 108, states that “only natural persons may be authors. Legal persons may be owners of economic rights upon a work in accordance with this Title; author’s translation”⁹⁶. Thus, the requirement for copyright protection is that the invention must be a direct product of human hands-on craftwork. Computer-generated work cannot be included in the threshold for copyright jurisdiction⁹⁷.

The experience of international jurisprudence, like the case study *Feist Pubs., Inc. v. Rural Tel. Svc. Co., Inc.*, defines that law shields “the fruits of intellectual labor”⁹⁸ because of their originality, meaning that those creations are “founded in the creative powers of mind”⁹⁹. The compilation of those elements leads to the conclusion that original work finds its source in the human mind, and artificial works are derived from what another creative consciousness has already created. Monument advances in autonomous systems make it increasingly difficult to distinguish original creations worth copyright protection, independently from the nature of the author¹⁰⁰.

The intellectual work that NFTs convey depends on its originality and the human authorship that can be proven considering Ecuadorian norms. Identification and confirmation that the work is registrable in accordance with copyright laws and other intellectual property standards provide a problem for national authorities. Not all NFTs will be eligible to be registered, attributable to the presence of some preexisting creative work in the virtual world, and some writers may run into this problem when they apply for copyright surveillance.

Following the study of the copyright’s creator, the problematic work can also be analyzed from the perspective of a work created under a labor relationship or commission. Given the highly monetized nature of NFTs and other trading factors, these digital assets could be appointed by a third party and commission an author to create the intellectual content of the token. To address this issue, Article 115 of the COESCI declares that in the scenario of a commissioned work or labor relationship, ownership rights shall correspond to the author unless otherwise agreed¹⁰¹.

96 See Article 108, COESCI.

97 *Acohs Pty Ltd v. Ucorp Pty Ltd*, FCAFC 16 (2012).

98 *Feist Publications, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co.*, 499 U.S. 340, U.S. Supreme Court, March 27, 1991.

99 *Ibid.*

100 Joseph P. Fishman, “*Creating around copyright*”, *Harv. L. Rev.* 128 (2014): 1333.

101 Article 115, COESCI.

According to previous analyses, the author of the work shall be the first owner of copyrights. Unlike other legislation, Ecuadorian legislation states that no matter the commission or employment relationship, the author's status and his or her copyright will be found in the person who has created the work. Even if the author transfers part or all the copyrights, the right to utilize the works differently than what is specified in the contract will remain, so long as the author acts in good faith¹⁰². Although the author could waive other rights, he or she will always have the right to fair compensation for the use of their creations¹⁰³. It is important to mention that this is not the case for software.

Ultimately, the author of the intellectual work is a key character in the development of NFT within the current norms of Intellectual Property Law. The COESCI explicitly grants copyright protection to authors upon the creation of their works. Challenges arise when there is uncertainty about the NFT minter and the content creator. Nevertheless, the intention of surveillance of intellectual property is to protect the creative and original work that is coded and safely stored in the token. It is necessary to have certainty about when an NFT is an object of copyright protection since it could incorporate parts of other registered works, potentially leading to infringement issues. The diversity of tokens leads to a wave of creations whose authors may not benefit from copyrights; this is especially true for computer-generated work. In consequence, normative copyrights in Ecuador answer the main needs of NFT creative authors, giving access to rights recognition and injections if required.

5.2. RIGHTS OF THE BUYER

NFTs could perform differently when they encounter other assets and people who are part of their contractual agreements. The foundational principles of Contract Law serve as the inspiration for NFTs' legal framework¹⁰⁴. On one side is the seller, who in this situation is the digital token's creator and is the owner of all copyrights. On the other hand, there is the token purchaser, whose goal is to acquire legitimate rights because of the transaction.

The legal landscape surrounding NFTs, and intellectual property remains a dynamic and evolving field. However, the changing virtual realm means that the simplicity of Contract Law, which usually applies to the buyer-seller relationship, is modified, and the legal bases are applied differently. Given the broad possibilities of clauses in smart contracts and other types of agreements between buyer and seller, copyrights may not necessarily be included in the purchase.

102 Article 115, COESCI.

103 Article 115, COESCI.

104 "NFTs Are Legally Problematic with Steve Mould and Coffeezilla", *Youtube*, April 27, 2022. https://www.youtube.com/watch?v=C6aeL83z_9Y

An NFT buyer should first be familiar with the legal framework in which he or she would purchase the token. It is commonly recognized that these possessions hold more than just moral value for the author; dealers and collectors are drawn to them because of their high economic value. That is the case of Jack Dorsey, the former CEO of Twitter, who sold his very first tweet as an NFT for more than \$2.9 million¹⁰⁵. These extravagant prices inform the consumer that the impending transaction needs to be well-researched. It is advised to review all legal provisions if someone is purchasing an NFT that is of significant worth to be aware of all the rights and liabilities it will represent for any equity.

After purchasing an NFT, the most pressing concern is what the buyer genuinely owns. As previously stated, the set of rights will be determined by the smart contract and the constraints given by the NFT inventor or art designer. Transaction history demonstrates that it is common for someone to accept clauses claiming that copyrights are not included when purchasing an art piece¹⁰⁶. This occurs not only in NFT exchanges but also practically every time someone purchases a painting or song from the App Store¹⁰⁷. To grasp this idea, it should be remembered that the essence of copyrights is that they are the outcome of someone's creativity, and like their derivatives, moral and economic rights are entitled to the creator.

There are various reasons for the author to keep copyrights instead of transferring them with the NFT sale; one of them is the value of the intellectual work in the NFT and the market. It should be noted that one, several, or all the economic rights may be transferred exclusively or not, limited in time or not, in a certain jurisdiction or worldwide. "By relying on programmatic smart contracts, NFTs have the potential to recreate equity in the art market by ensuring that artists get a share of each resale of their pieces on the secondary market"¹⁰⁸. Because of the royalties and profits that NFTs produce, the artist may restrict the use, reproduction, and resale of the work. At this point, the position of the buyer could be restricted to that of a collector of tokens, hence the limitations of rights that holding a token could represent.

Ultimately, these statements are vital for a buyer to comprehend for future sales or other business that could involve the use of the NFT. Given the million possibilities in contracts, the clauses of the agreements should be analyzed one by one. However, there are general rules that could apply to most of the NFT transactions that do not include copyright transference.

105 "What Are NFTs and Why Are Some Worth Millions?", *BBC News*, accessed March 21, 2024. <https://www.bbc.com/news/technology-56371912>.

106 Richard Caves, "Creative industries: Contracts between art and commerce", *Massachusetts: Harvard University Press*, n°. 20 (2000): 297-301.

107 John Palfrey et al., "Youth, creativity, and copyright in the digital age", *Berkman Center Research Publication*, n°. 2009-05 (2009).

108 Louise Carron, "Entertainment, Arts and Sports Law Journal", *New York State Bar Association* 2, 32 (2021): 5. ISSN 1933-8546.

First, what the buyer owns, in simple words, is a receipt blockchain that includes his or her name in an immutable token that contains a digital file¹⁰⁹. All rights to display, modify, distribute, and reproduce the work are restricted unless the author gives any authorization¹¹⁰.

Then, taking into consideration that the actual purchaser could or may not be the first or last one to buy the token, blockchain technology allows the buyer to have access to the history of acquisitions. This is useful for those who want to know who the original author is, check if the seller is allowed to sell the NFT, and who holds the copyrights. NFTs serve as a distinctive identifier that enables the identification of goods and traceability across the supply chain¹¹¹. Servers and codes have found the way to solve traceability matters and enable buyers or sellers to identify who is behind the sale to protect their users and bring safety to the platforms¹¹².

While technology is improving, evolving, and taking care of the technical side of NFTs, Law has more space to worry about the loose cables that buying an NFT could leave behind. In scenarios where the buyer does not entitle copyrights, it is necessary to give this party tools to confront possible intellectual property rights conflicts. One of them is when the original minter uploads a digital file that is not his or her property. This might unleash copyright lawsuits and end with the seizure of the NFT, leaving the buyer with limited possibilities to defend his position.

When the competent authority finds an inconsistency in the NFT sale and decides, by resolution, to seize the digital file because of copyright infringement, one of the possibilities is for the buyer to file a civil lawsuit instead of a copyright claim. For instance, if the buyer is in the hypothetical case where the NFT is not registered and the seller does not hold copyright, it is unlikely that the buyer could defend his or her position before intellectual property authorities since the mentioned subject is not the author or was effectively transferred to this subject.

In this example, the main reason for the resort to the Civil Code is because of the absence of copyrights to protect. Neither the seller nor the buyer holds copyrights; consequently, the buyer cannot properly defend intellectual property rights that they do not possess. From the point of view of the person who holds the copyright, Article 581 of the COESCI provides sanctions to the infringers of the intellectual property norms¹¹³. In this way, the seller could be sanctioned for distributing NFT without the permission of the copyright holder.

109 Barsky and Cummings, *Non-Fungible Tokens and Intellectual Property Law*, 10-11.

110 *Ibid.*

111 Karthik Venugopal et al., "NFT For Collectibles", 2023 *5th Biennial International Conference on Nascent Technologies in Engineering (ICNTE)*, January 20, 2023, <https://doi.org/10.1109/icnte56631.2023.10146683>.

112 Usman W. Chohan, "Non-Fungible Tokens: Blockchains, Scarcity, and Value", *SSRN Electronic Journal*, 2021, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3822743>.

113 See Article 581, COESCI.

The Civil Code provides the option to attend to the figures of conversion¹¹⁴ and reparation for moral or economic damage¹¹⁵. The buyer or the copyright holder has the option to be compensated for any damages that the seller may have caused. Since the NFT could have been impounded, the affected parties are entitled to be repaired and returned to the condition they were in before the purchase of the NFT¹¹⁶. This option addresses the obligation to repair the breach of the primary duty, which is the sale of the token without any underlying legal defect. Unfortunately, now, there are no registered cases in Ecuador that involve an NFT dispute to study them as jurisprudence.

Moreover, not only are civil norms concerned about the infringement of obligations, but also penal laws take a word in this issue. Irrespective of the quality of the author or buyer, Articles 208A, 208B, and 208C of the *Código Orgánico Integral Penal* [Organic Integral Criminal Code] determine that acts injurious to intellectual property are a criminal offense¹¹⁷. Article 208B refers to the reproduction, distribution, or modification of works performed by individuals who knowingly committed those acts in violation of the copyrights or related rights on a commercial scale¹¹⁸. Therefore, if an NFT is created based on pre-existing work under copyright protection, those individuals may face criminal prosecution for copyright infringement and be punished with imprisonment for a term of six months to one year and a fine¹¹⁹.

In this regard, the rights of the buyer are limited and conditioned by the terms and conditions of the platform that posts the NFT and its author. Considering that copyrights proportion moral and economic values to creators, it is understandable that they do not release or transfer these legal titles. Thus, an NFT buyer is likely to have limited rights to use the token and no copyrights at all. Given this situation, the buyer is confronted with an immediate lack of protection under Intellectual Property Law. However, this is not caused because Ecuadorian norms do not have a regime for these scenarios; the main reason is the apparent non-existence of copyrights to be protected.

6. CONCLUSION

As a result, Ecuadorian law addresses fundamental concerns regarding NFT copyright. The technological complexity of NFTs could be overcome through the adaptation of current copyright norms. The fact that NFT tokens are recognized by national regulations allows parties to trade safely knowing that they

114 See Article 1754, Civil Code

115 See Article 1572, Civil Code.

116 Barsky and Cummings, *Non-Fungible Tokens and Intellectual Property Law*, 10-11.

117 See Article 208A, 208B and 208C, *Código Orgánico Integral Penal* [COIP], O.R. Supplement 180 February 10, 2014, last reformed O.R. 180 March 8, 2023.

118 Article 208B, COIP.

119 Article 208B, COIP.

are entitled to law protection. From the point of view of the author of the NFT intellectual work, it is certain that copyright is secured by the fact of its creation. Even if they are covered by copyright laws, authors should be aware that not all works are suitable to be protected since NFTs may contain works created by non-human intelligence or previously registered work.

When it comes to an NFT buyer, the COESCI does not include results that deviate from the creative thinking and cutting-edge technology used to create the NFTs. Existing articles from other normative could be integrated and adapted to the NFTs' spirit to prevent unfavorable hypotheses. The Code does not provide guidelines for compensating injured parties when multiple parties are involved in technical transactions and copyright holders are rejected. In summary, copyright law contains sufficient safeguards to mitigate author issues with NFTs, but because smart contracts vary widely and include provisions limiting copyright assignment, its application is no longer ideal at the time of NFT purchase.



THERE IS NEVER NOTHING
GOING ON.
THERE ARE NO ORDINARY
MOMENTS.

Spingarn

Legal | Tax | Finance

Baquerizo Moreno y Jose Tamayo.
Edificio Torres del Castillo, piso 7 oficina 707.
+593 2 223 9245+593 2 255 4473
info@spingarn.ec
www.spingarn.ec

CABEZAS
WRAY
& ALBÁN

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



El orden público y la convención de Nueva York: ¿Qué nos dice sobre la denegación de ejecución de un laudo?

Public policy and the New York convention: What does it tell us about the denial of enforcement of an arbitral award?

MILA FARINA CHALEM*
MANUELA BORJA SERRANO**

Recibido / Received: 16/01/2024
Aceptado / Accepted: 25/03/2024
DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3220>

Citación:

Farina Chalen, M. M. Borja Serrano, “El Orden Público y la Convención de Nueva York ¿Qué nos dice sobre la denegación de ejecución de un laudo”. *USFQ Law Review* vol. 11, n°. 1, mayo de 2024, <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3220>

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: milafarina11@gmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0009-1820-8399>.

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: mborja@estud.usfq.edu.ec. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0445-6668>.

RESUMEN

Entre las siete causales que ha establecido la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral, se encuentra el denominado “orden público”. Este ambiguo concepto, que ha resultado problemático en más de una ocasión, debe analizarse en las causales V(2)(a) y V(2)(b) de la Convención. Siendo causales que pueden invocarse de oficio y atendiendo a la autoridad que ha conseguido este instrumento internacional. Este artículo pretende adentrarse en una problemática del Derecho internacional privado para responder la pregunta: ¿a qué orden público debemos atenarnos para revisar si un laudo arbitral es ejecutable? De esta forma, se analizará cómo la comunidad internacional ha interpretado y resuelto estas cuestiones, con miras hacia la jurisprudencia y legislación de sistemas tanto de derecho anglosajón, como de derecho civil.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje; laudo; ejecución; reconocimiento; orden público; arbitrabilidad; convención de Nueva York

ABSTRACT

Among the seven grounds established by the 1958 New York Convention to deny the recognition and enforcement of an arbitral award is the “public policy” objection. This ambiguous concept, which has proven problematic on more than one occasion, must be analyzed under Articles V(2)(a) and V(2)(b) of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (hereinafter ‘the Convention’). As these grounds can be invoked ex officio, and considering the authority gained by this international instrument, this essay aims to delve into an issue of Private International Law to answer the question: Which public policy should we adhere to when reviewing the enforceability of an arbitral award? Thus, it will analyze how the international community has interpreted and resolved these issues, looking towards jurisprudence and legislation of both common law and civil law systems.

KEY WORDS

Arbitration; arbitral award; execution; recognition; public policy; arbitrability; New York convention

1. INTRODUCCIÓN

En el mundo del derecho existen pocos temas zanjados. El arbitraje, al ser una materia en constante crecimiento, no se queda atrás. No sucede a menudo que las legislaciones entre Estados traten determinadas controversias de forma idéntica, y, sucede aún menos, que la doctrina y la jurisprudencia sean unánimes en cuanto a sus interpretaciones. El Derecho internacional ha brindado grandes avances hacia una regulación más uniforme del arbitraje, y el indiscutible éxito de la Convención de Nueva York lo comprueba.

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante Convención), mejor conocida como la “Convención de Nueva York de 1958”, es uno de los instrumentos internacionales más exitosos que se han llevado a cabo, con un total de 166 Estados signatarios. En palabras del International Council for Commercial Arbitration (en adelante ICCA) “[...] es la pieza central en el mosaico de tratados y leyes de arbitraje que aseguran la aceptación de los laudos y acuerdos de arbitraje”¹. El objetivo de su creación era unificar las reglas de la sustanciación de procedimientos del arbitraje comercial internacional y, hasta la fecha, ha representado una de las normas adjetivas más importantes al respecto.

Sin embargo, como se apresuró desde el inicio, aún quedan varias controversias sin resolver. La expedición de este instrumento multilateral ha apaciguado varios conflictos, pero ha generado otros. El objetivo de este estudio es resolver uno en particular, que surge del artículo V de la Convención con respecto a las causales de denegación de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. El propósito será, en primer lugar, analizar cuál fue la intención al establecer que un laudo arbitral debe atenerse —y no puede ser contrario— al llamado “orden público”. En segundo lugar, entender a qué hace referencia y qué abarca este concepto, así como también la forma en la que influencia la arbitrabilidad de una materia. Por último, establecer cuáles son las implicaciones de tomarlo en cuenta antes de poder reconocer y ejecutar un laudo producto de un arbitraje comercial internacional.

2. LA DENEGACIÓN DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN SEGÚN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

La Convención especifica siete razones por las que los Estados signatarios podrían denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral. Esta disposición conlleva una indudable taxatividad en las razones por las que un laudo podría no ser reconocido y ejecutado², una de las grandes innovaciones

1 International Council for Commercial Arbitration, Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958, vii, 2013.

2 A pesar de la diferencia conceptual que existe entre el “reconocimiento” y la “ejecución” de un laudo arbitral, la Convención de Nueva York no habla del uno sin hablar del otro. Por eso, en este ensayo nos referiremos a ambos términos indistintamente.

de la Convención. Con un evidente sesgo a favor de la ejecución, si se trata de objeciones no contempladas en el texto; entonces, no se debe considerar que hay razón suficiente para denegar la sentencia arbitral. Incluso, la misma norma permite que si un país tiene requisitos menos rigurosos, se apliquen estos en vez de los prescritos en el artículo V³.

El artículo V está estructurado en dos números, separados por una importante distinción: quién tiene la responsabilidad de alegar la denegación. Las cinco primeras causales son alegadas a petición de la parte contra la cual es invocada, y están contenidas en el número primero. Estas son:

- a) La incapacidad de las partes o invalidez del acuerdo de arbitraje
- b) La presencia de irregularidades procesales
- c) Extralimitaciones en cuanto al alcance del acuerdo de arbitraje
- d) La incompetencia del tribunal arbitral
- e) La anulación o suspensión de una sentencia en el país en el cual, o conforme a la ley del cual, se ha dictado esa sentencia⁴.

Con las causales del primer apartado, cuya iniciativa depende de las partes, surgen numerosos debates en cuanto a su interpretación. Podríamos preguntarnos, por ejemplo, si es que el subíndice 1(a) establece un orden de prelación entre las leyes que deben verse para evaluar la capacidad de las partes de celebrar un convenio arbitral. Podríamos, también, analizar qué sucede si una persona distinta de la pactada por las partes designa al árbitro de acuerdo con lo que establece el literal V(1)(d). Estas cuestiones, no obstante, son objeto de un estudio aparte.

El artículo V de la Convención especifica otras dos razones en virtud de las cuales un tribunal puede negarse a reconocer y ejecutar un laudo. Estas causales del segundo numeral ya no son solamente alegadas por las partes, sino que pueden presentarse por la corte *ex officio*. Estamos hablando de la susceptibilidad de una materia a arbitraje y la contrariedad del orden público.

Las causales de ambos apartados han sido objeto de debate, pues han generado incertidumbre por ciertos vacíos que devienen de la lectura del texto. En este punto es importante recalcar que el lector bien podría encontrar una variedad de respuestas en la ya citada Guía del ICCA para la interpretación de la Convención, cuyos estándares y parámetros pueden ser bastante útiles para un entendimiento uniforme y sistemático de esta. No obstante, consideramos que este problema aún tiene aristas más profundas que deben analizarse, y eso es justamente lo que el texto pretende ofrecer a continuación.

3 Disposiciones Principales, Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958.

4 Id.

2.1. EL ARTÍCULO V, NÚMERO 2: LAS CAUSALES *EX OFFICIO*

El enfoque de interés primordial de este estudio se centra en el segundo numeral del artículo V. ¿Por qué estas razones pueden declararse de oficio y las primeras no? Las causales del primer apartado del Artículo V están relacionadas con la manera en que se llevó a cabo el acuerdo arbitral entre las partes o el arbitraje en sí mismo. Esto significa que para que un laudo no se pueda ejecutar por estas razones, se requiere información que puede brindarse, mayormente, por las partes involucradas, por lo que la norma ha optado por dejar a solicitud de ellas el planteamiento de estas objeciones.

En contraste, de acuerdo con Arteta Pinto, las causales del segundo apartado son conocidas como causales de fondo; es decir, dan paso a la arbitrabilidad objetiva de la controversia y no requieren de prueba por parte de quien se opone al reconocimiento⁵. Así, el numeral 2 está relacionado con objeciones más amplias. Como se verá más adelante, las disputas que involucran derechos libremente transferibles pueden resolverse mediante arbitraje, pero el denominador común de los literales a) y b) del artículo V(2) se basan en la afectación de la vida pública o la interferencia con la esfera estatal. Tanto para analizar la arbitrabilidad de la materia como para determinar que se está vulnerando el orden público, hay detrás una obligación de velar por el interés general y no solo por el particular. Es ahí cuando les corresponde a las autoridades judiciales del país de reconocimiento revisar si un laudo puede ser ejecutado, sin necesidad de que las partes lo planteen.

A nuestro criterio, el texto de la Convención no proporciona luces suficientes para una interpretación uniforme de estas dos causales de denegación, y en la práctica, como se demostrará en los siguientes apartados, surge un problema central: la Convención permite que los Estados signatarios limiten sus efectos de acuerdo con el ordenamiento interno de cada uno. Esto quiere decir, en palabras de Salaverry, que su mismo texto admite que coexistan laudos arbitrales que se tratarán de forma diferente, permitiendo que siga creciendo la distancia que nos separa de la uniformidad⁶.

2.2. SUSCEPTIBILIDAD DE UNA MATERIA DE SER RESUELTA POR ARBITRAJE

La Convención establece que, si el objeto de la controversia no es susceptible de solución por vía de arbitraje según las leyes del país donde se dictó la

5 Tabata Arteta Pinto, “La interpretación restrictiva de las causales del recurso de anulación de laudo arbitral”, *Themis Revista de Derecho*, n.º. 58 (noviembre de 2010): 109-121, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9122>.

6 Fernando Canturarias Salaverry, “Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales: La Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de UNCITRAL”, *Themis Revista de Derecho*, n.º. 21 (marzo

sentencia, entonces la corte debe determinar que ese laudo no es ejecutable⁷. Esta causal ya estaba contenida en la Convención de Ginebra de 1927, que antecede a la de Nueva York. Cuando se invoca esta causal por considerar que un asunto no es arbitrable, se suele reflejar un interés del país receptor de la ejecución, de que ciertos problemas deben ser conocidos únicamente por tribunales nacionales⁸. La importancia de denegar un laudo por esta causal es porque generalmente existe un impacto en el público o en los derechos individuales.

En muchos países, la actitud hacia la no arbitrabilidad ha cambiado a lo largo de los años, pasando desde una perspectiva más conservadora y restrictiva, a una con más favorabilidad al arbitraje. En el caso de los países con un sistema legal de derecho civil, si bien no hay una lista taxativa que excluya expresamente a ciertas materias, se ha encontrado un terreno común. Hay una suerte de acuerdo generalizado en que ciertas controversias, por su naturaleza, deben ser tratadas exclusivamente por la justicia ordinaria, tales como las relativas a menores de edad en Derecho de familia, o las que versan sobre delitos penales, por nombrar algunas.

Es del interés de este estudio profundizar en el concepto de arbitrabilidad justamente por su fuerte vinculación con el orden público, pues ambos tienen raíces en la localidad de cada país. En palabras de Caivano, cada Estado define en su legislación la arbitrabilidad de una materia. Para ello, hacen una clasificación atendiendo a la naturaleza de los derechos involucrados: algunas son determinadas por el carácter patrimonial; otras con el contenido económico; otras toman como referencia a la transigibilidad; e, incluso, hay legislaciones que la condicionan a la disponibilidad de los derechos⁹. En derecho comparado, en países como Brasil, Croacia, Perú, Corea y los Países Bajos, la arbitrabilidad depende de si se involucran derechos libremente transferibles. Otros países adoptan una visión aún más amplia, como Alemania y Suiza, donde es arbitrable cualquier reclamación que involucre un interés económico. También existen ejemplos complejos como Australia, donde las disputas sobre contratos de seguros no son arbitrables, pero acuerdos conexos que sean posteriores a la disputa sí lo son¹⁰.

7 Artículo V(2)(a), Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

8 Homayoon Arfazadeh, "Arbitrability under the New York Convention: the Lex Fori Revisited", *Arbitration International* 17, n.º 1, (marzo de 2001): 73-88, <https://doi.org/10.1023/A:1008994201415>.

9 Roque Caivano, "Arbitrabilidad y Orden Público", *Revista Pontificia Universidad Católica del Perú*, n.º 12 (2013): 62-78, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/13801/14425/>.

10 Laura, Reynaud, "Enforcement of International Arbitral Awards", Emiratos Árabes Unidos: Cognizant, 2017, https://www.linkedin.com/pulse/enforcement-international-arbitral-awards-laura-reynaud?trk=portfolio_article-card_title.

Es así como la arbitrabilidad depende del orden público¹¹. De acuerdo con González de Cossío, cuando el derecho interno determina qué materias son arbitrables, este se ve influenciado por dos variables: la trascendencia social de la materia, y el nivel de confianza que la legislación y jurisprudencia local tienen en el arbitraje¹². El contenido de ambas es determinado por nociones intrínsecamente nacionales, por ello es imposible derivar una generalización de la arbitrabilidad a nivel mundial. Tanto es así, que el mismo autor ha llamado a la arbitrabilidad y al orden público el “dúo dinámico” del arbitraje¹³. Más adelante se entenderá con exactitud lo que esto significa.

2.3. SER CONTRARIO AL ORDEN PÚBLICO

Nos encontramos ahora con una de las causales más problemáticas traídas a colación por la Convención de Nueva York. El artículo V(2)(b) indica que se denegará el reconocimiento o la ejecución de una sentencia arbitral si esta es contraria al orden público del país en donde se está buscando que surta efectos¹⁴. Como se verá en el siguiente apartado, existe más de un significado de lo que se entiende por orden público, y existe, a su vez, más de una clasificación de este. La Convención no proporciona una definición, lo cual abre paso a que surjan varias incógnitas: ¿debemos atenernos al llamado orden público nacional (en adelante OPN), que atiende a una noción guiada por criterios éticos y morales?, ¿o el no reconocimiento de los laudos se debe tratar más bien en aras de el orden público internacional (en adelante OPI), cuyos preceptos son más amplios?

Para suplir los vacíos que dejó en su texto, podríamos remitirnos a otros instrumentos vinculantes para su interpretación. La ICCA traslada al lector a las Recomendaciones del *International Law Association* (en adelante Recomendaciones ILA) del 2002, al ser estas “[...] un reflejo de las mejores prácticas internacionales”¹⁵. El informe final de las Recomendaciones ILA, con aprobación de comentaristas destacados, sugiere que el alcance debe verse en aplicación de el orden público internacional. Es decir, en el contexto de la ejecución de laudos arbitrales, los legisladores y tribunales deberían interpretar esta excepción con la aplicación del OPI¹⁶.

11 Entonces, si el uno depende del otro, ¿por qué para el legislador de la Convención, no son una sola causal? A lo largo de la historia arbitral, la separación de estas causales ha resultado un beneficio de practicidad. Ver, Kronke, Herbert, et al.: “*While the concept of public policy may encompass arbitrability, historical reasons let the Convention’s drafters to address arbitrability in a separate clause... The suggestions to remove subsection (a) from Article V (2) was not taken up by the drafting conference without much more discussion*”; Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Luton: Kluwer Law International, 2010.

12 Francisco González de Cossío, “El Orden Público y la Arbitrabilidad: el Dúo Dinámico del Arbitraje”, *Revista Auctoritas Prudentium*, n.º. 1 (2008): 21, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5047666.pdf>.

13 Ibid.

14 Artículo V(2)(b), Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

15 International Council for Commercial Arbitration, *Guía del ICCA*, 7.

16 Pierre Mayer y Audley Sheppard, “Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards”, *Kluwer Arbitration international* 19, n.º. 2 (enero de 2003): 249-263.

Sin embargo, ¿qué significa y qué implicaciones tiene que se aplique un orden público internacional en vez de uno nacional? ¿Es esa realmente la aplicación que le han dado las jurisdicciones ordinarias en sistemas de *common law* y *civil law*? Y, ¿qué hay del V(2)(a)?, ¿la arbitrabilidad de la materia también debe verse ante las luces de un OPI? Estas incógnitas intentarán resolverse a continuación, pero quizás, antes de seguir adelante, es pertinente primero aproximarse a la definición de un concepto tan ambiguo como el orden público.

3. ¿QUÉ ES EL “ORDEN PÚBLICO”?

“El orden público nunca se argumenta en absoluto, sino cuando todos los otros puntos fallan”¹⁷. Esta famosa frase del juez J. Burrough da a entender lo impreciso que realmente es este concepto. A pesar de que no reconocer los laudos por motivos de orden público es una situación común en el ámbito jurídico, existe una notable falta de delimitación sobre lo que abarca esta figura, justamente por su naturaleza abstracta. Tanto es así, que no solo carece de unanimidad para definir con precisión qué es, sino también para descartar lo que no es.

La falta de una definición clara y uniforme de lo que se conoce como public policy, ha generado que tenga distintas aplicaciones según el país y la entidad jurisdiccional involucrada, siendo un desafío constante para operadores legales y tribunales internacionales¹⁸. Por estas razones, el concepto de orden público se ha convertido en una suerte de “cajón de sastre” para argumentar la inejecución de un laudo.

Con el fin de entender correctamente qué es orden público internacional, resulta fundamental primero aclarar lo que no es. En ocasiones, la doctrina ha cometido el error de equipararlo con las llamadas *lois de police* o “normas imperativas”¹⁹. Estas leyes de policía, como normas de aplicación inmediata, restringen la implementación del derecho extranjero, dando preferencia al derecho nacional, con el fin de proteger a sujetos débiles o vulnerables en el ámbito jurídico. Ambas figuras impiden la aplicación del ordenamiento de un país en aras de la protección. La distinción, sin embargo, es esencial. Mientras que el orden público abarca la revisión de normas ajenas al foro, las leyes de policía se limitan a aplicar la legislación local para proteger los intereses estatales vinculados a ellas²⁰. Aun así, es importante señalar que las leyes de policía están estrechamente relacionadas con otra categoría dentro del orden público, que se verá más adelante.

17 Richardson c. Mellish, Tribunal de Primera Instancia de Inglaterra, 1824.

18 Besant c. Wood, Corte Suprema de los Estados Unidos de América, marzo de 1916, párr 10.

19 Marta Gonzalo Quiroga, *Normas imperativas y orden público en el arbitraje privado internacional* (Madrid: Universidad Complutense, 2001), 83.

20 Jorge Duque, “La noción de orden público en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y su influencia en el arbitraje nacional”, *Jurisprudencia USFQ*, n.º. 27 (2016), <https://es.scribd.com/document/493806482/124884>.

Entonces ¿qué es? La jurisprudencia, en 1974, brindó una primera noción en el caso *Parsons & Whittemore Overseas c. Societe Generale de L'Industrie du Papier*, postulando que el orden público entendía los conceptos más básicos de moralidad y justicia²¹. Así, este encuentra su esencia y durabilidad en un elemento que abarca las características y valores esenciales que una sociedad considera inquebrantables. En él se reflejan las bases fundamentales sobre las cuales se sustenta la convivencia y la organización social. Es, por tanto, un componente crucial que moldea la identidad y la estabilidad de la sociedad²².

Se debe reconocer que distintas ramas del derecho han integrado este concepto en sus respectivos ámbitos de aplicación, definiéndolo cada una a su manera. Por esta razón, resulta crucial identificar la rama del derecho correspondiente para poder aplicar el término adecuado. Además, al ser un concepto tan “camaleónico” es imperativo tener en cuenta que el orden público puede variar en función del espacio y del tiempo. Como dice Lacasa, es la sociedad de un Estado la que determina qué entra o no en la categoría de orden público; el término, entonces, tendrá mutaciones que respondan al paso del tiempo y a la ubicación geográfica de una sociedad²³. Al estar condicionado por la organización social, su definición está en constante cambio, volviendo imperativo tener presente cuándo y dónde se aplica.

Para intentar entender qué quiere decir la Convención de Nueva York cuando se refiere al orden público, enfatizamos en que el concepto se aborda desde la escuela del arbitraje internacional, y, por ende, dentro del marco del Derecho internacional privado. Esta disciplina considera tanto el derecho interno, como el internacional. Con la ayuda de la doctrina y la jurisprudencia, se ha delimitado una clasificación de los diferentes tipos de orden público: el orden público nacional, el internacional, y el llamado propiamente internacional²⁴. Estos se estudiarán a continuación.

3.1. EL ORDEN PÚBLICO NACIONAL (OPN)

La noción de orden público nacional, también llamado interno, va más allá de ser una mera formalidad jurídica; implica, en esencia, un arraigado respeto hacia principios morales, prácticas tradicionales y derechos fundamentales inherentes a la naturaleza humana, todo ello en concordancia con las leyes positivas vigentes en un país. Este imperativo legal confiere a las autoridades la facultad de denegar los efectos, dentro del territorio nacional, de aquellas

21 *Parsons & Whittemore Overseas c. Societe Generale de L'Industrie du Papier (RAKTA)*, Corte de Apelaciones del Segundo Circuito, 23 de diciembre de 1974.

22 Jorge Basadre Ayulo, “Tratado de Derecho Internacional Privado”, *Jurista Editores*, n.º. 47 (2003).

23 Pedro Lacasa, “El Orden Público en el Derecho Internacional Privado latinoamericano”, *Anuario de la Maestría en Derecho Internacional Privado y Comparado*, n.º. 4, (2022), 323, http://saber.ucv.ve/ojs/index.php/rev_adipc/article/view/23796.

24 Es importante señalar que, aunque existen otros tipos de orden público, no son relevantes para el caso en cuestión. Ver Amal Bouchnaki, Mildred Ojea, Irma Rivera, “La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público”, *UNAM*, n.º. 76, (2016).

sentencias o actos que transgredan estos fundamentos normativos. En este contexto, el OPN se erige como un pilar esencial para la cohesión social y la preservación de la identidad legal de una nación²⁵. Es crucial resaltar que, en Ecuador, el OPN constituye una limitación a la autonomía de la voluntad, al menos en su aplicación. En términos más precisos, funciona como una restricción a la libertad contractual de las partes.

Para el jurista Pierre Lalive, basándose en un análisis integral, este concepto abarca un conjunto de reglas y principios que constituyen un sólido “núcleo duro” de valores jurídicos y morales arraigados dentro de la estructura de un Estado. Este núcleo no solo busca preservar la paz social, sino que también se propone limitar las prerrogativas individuales con el fin de salvaguardar las condiciones básicas de la vida en sociedad. En su enfoque, otorga al orden público interno un papel central en la construcción de un entorno legal que propicie la armonía y restrinja aquellas acciones que pudieran amenazarla²⁶.

Ahondando en esta línea de pensamiento, el objetivo fundamental del OPN radica en la salvaguardia de las instituciones estatales y los valores legales fundamentales que le integran. Este cometido se concreta mediante la restricción de la autonomía de la voluntad, garantizando así que las acciones individuales se alineen con el modelo que el Estado busca establecer o que, en consecuencia, ha establecido. En esencia, este tipo de orden público se presenta como un mecanismo regulatorio que, al armonizar las acciones individuales con el marco legal preestablecido, contribuye activamente a la preservación de la integridad social y la estabilidad jurídica en la sociedad²⁷.

3.1. EL ORDEN PÚBLICO NACIONAL (OPN)

Por otro lado, el orden público internacional se refiere al concepto subjetivo de un Estado, aquello sobre lo que todas las naciones civilizadas consideran que debería ser de interés público²⁸.

Jaramillo Troya identifica dos corrientes doctrinarias divergentes en relación con el OPI. La primera corriente sostiene que el OPI es un enfoque superfluo del orden público. Esto se debe a que el término “internacional” resulta redundante y simplemente extiende el alcance del orden público interno, diferenciándose únicamente por el nombre otorgado en el ámbito del Derecho internacional privado. En última instancia, si ya se entiende al orden público nacional como el conjunto de valores morales reflejados en la vida jurídica de

25 Duque, *La noción de orden público*, 18-20.

26 Pierre Lalive, “Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration”, *JCCA Congress Series*, n° 3 (1986): 313.

27 Javier Jaramillo Troya, “Corrupción, orden público y Convención de Nueva York: su aplicación en el Arbitraje Comercial Internacional”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n°. 6 (2015): 188-227, <https://iea.ec/pdfs/2014/10/Jaramillo.pdf>.

28 A. Van den Berg, “Distinction Domestic-International Public Policy”, *XXI Yearbook*, (1996): 502.

un país, poca importancia tendría realmente el concepto de orden público internacional bajo la definición de esta corriente doctrinaria²⁹.

Por otro lado, se encuentra la corriente que sostiene que el OPI se basa en una aplicación más enfática y rigurosa del orden público interno ante los ojos de la comunidad internacional y las transacciones que se dan en esta esfera. El Comité Internacional de Arbitraje Comercial Internacional, de la mano de autores como Redfern & Hunter, por ejemplo, afirman que ciertas normas dentro del OPI llegan a incorporarse en el orden público interno de un Estado; Si este se ve infringido, impide a una de las partes invocar normas o precedentes extranjeros³⁰. En la misma línea, las ya mencionadas Recomendaciones ILA, establecen que:

El orden público internacional de cualquier Estado incluye: (i) principios fundamentales, relativos a la justicia o moralidad, que el Estado desea proteger incluso cuando no está directamente involucrado; (ii) reglas designadas a servir los intereses políticos, sociales o económicos esenciales del Estado, estos son conocidos como 'lois de police' o 'normas de orden público'; y (iii) el deber del Estado de respetar sus obligaciones hacia otros Estados u organizaciones internacionales³¹.

Con esta definición ampliamente aceptada por un sector significativo en el escenario internacional, su aplicación se proyecta sobre normas y principios considerados fundamentales por un Estado en el contexto de las relaciones internacionales. Este tipo de orden público desempeña un papel crucial al restringir la aplicación del Derecho extranjero en el ámbito global, y de aquí nace la relación que tiene con las ya mencionadas leyes de policía. Sus normas, diseñadas para regular las interacciones entre Estados, persiguen el objetivo de asegurar la convivencia pacífica en la comunidad internacional³², no solo en la local y, por ello, se le vinculan principios inherentes de los Derechos Humanos y de normas *ius cogens*³³.

Como se puede deducir, el impacto del orden público internacional no se limita únicamente a sus efectos positivos al facilitar la aplicación del derecho nacional, sino que también conlleva un efecto negativo al obstaculizar la aplicación del derecho extranjero. Sin embargo, según la perspectiva de Goldschmidt, la distinción entre efectos positivos y negativos no es tan nítida, ambos se presentan de manera invariable³⁴. Por ello, el análisis pertinente debe centrarse en el resultado, que depende de la aplicación de normas y principios fundamentales en el contexto específico de las relaciones internacionales.

29 Jaramillo, "Corrupción, orden público y Convención de Nueva York: su aplicación en el Arbitraje Comercial Internacional", 194-195.

30 Alan Redfern; Martín Hunter; Nigel Blackaby y Constantine Partasides, "Redfern and Hunter on international commercial arbitration", *Oxford University Press* (2009): 131.

31 Pierre Mayer y Audley Sheppard, "Final ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards", *Arbitration International* 19, (2003): 249-263, <https://doi.org/10.1093/arbitration/19.2.249>.

32 Iván Pérez Solís, "¿Orden Público Internacional Vs Orden Público Interno y Buenas Costumbres?", *Revista de Investigación Jurídica*, n.º. 4 (2015): 10.

33 Lacasa, *Orden Público*, 330.

34 Goldsmith Wener, "Derecho Internacional Privado: derecho de la tolerancia", *Depalma* (1992): 147.

3.3. EL ORDEN PÚBLICO PROPIAMENTE INTERNACIONAL

El orden público propiamente internacional (en adelante OPPI), se caracteriza por ser una normativa que se aplica de manera universal, sin excepciones. Este conjunto de reglas legales prevalece sobre cualquier consideración particular, ya que su propósito es salvaguardar aspectos de gran envergadura que se consideran cruciales para el bienestar general³⁵. Aunque la definición del OPPI es aún ambigua, hay una suerte de consenso en que se basa en valores relacionados con la ética empresarial, la transparencia en el comercio internacional, los derechos humanos, y la ética en el arbitraje privado internacional³⁶.

Por lo tanto, el OPPI busca homogeneizar los principios del derecho y establecer un código de conducta en transacciones comerciales internacionales en la era de la globalización³⁷.

4. ¿A QUÉ ORDEN PÚBLICO HACE REFERENCIA LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK?

Desde el inicio se dejó en evidencia que la Convención no proporciona una definición clara de qué quiere decir con orden público; y como consecuencia, ha dejado vacíos que impiden la uniformidad en la aplicación de la norma. El resultado de dicha oscuridad es que ha puesto la responsabilidad de interpretación y aplicación de las reglas del artículo V(2) en aquellos jueces encargados de ejecutar el laudo arbitral³⁸. En el ámbito del derecho comparado, la jurisprudencia ha tomado diferentes caminos en sus decisiones; así también la doctrina, que se ha dividido en distintas tesis y posturas que resulta pertinente examinar. A continuación, se llevará a cabo un análisis comparativo de las decisiones judiciales emitidas en diversos países ampliamente reconocidos por su autoridad en el ámbito del arbitraje.

4.1. BAJO EL ESPECTRO DEL DERECHO ANGLOSAJÓN

Antes de explorar la jurisprudencia, resulta crucial abordar una primera cuestión preliminar: la traducción del término. En la versión en inglés de la Convención, no se utiliza la expresión *public order*, un error común al que los hispanohablantes suelen recurrir al interpretar la norma de manera literal. En su lugar, emplea el término *public policy*, lo cual puede generar

35 Solf, *Orden Público Internacional*, 10.

36 Marta Gonzalo Quiroga, "Orden Público y Arbitraje Comercial en el Marco de la Globalización Comercial", Dykinson (2003): 70.

37 Jaramillo Troya, *Corrupción*, 188-227.

38 Amal Bouchnaki, Mildred Ojea, Irma Rivera, "La Convención de Nueva York. Algunos aspectos relacionados con el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. El orden público", *UNAM Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros* (2016): 74.

confusión, ya que su traducción literal sería “política pública”, concepto que tiene un significado distinto.

Las políticas públicas son los mecanismos que tienen los Estados modernos para abordar problemas de carácter público e interés general. Los gobiernos movilizan recursos estatales, como la ley y el presupuesto, con el propósito de actuar como un medio de transformación social³⁹. Ejemplos de estas pueden ser las políticas de desarrollo económico, las leyes ambientales, programas de educación, entre otros. Mientras que, como ya hemos establecido, las normas de orden público se enfocan en la preservación de la paz y armonía de la moral en una sociedad.

4.1.1. INGLATERRA

El Acta de Arbitraje de 1996 incurre en el mismo vacío de la CNY, pues no ofrece una definición expresa de lo que se debe entender por orden público. Su texto se limita a mencionar que:

El reconocimiento o la ejecución del laudo también pueden ser rechazados si el laudo se refiere a una cuestión que no es susceptible de resolverse mediante arbitraje, o si sería contrario al orden público reconocer o ejecutar el laudo⁴⁰.

En consecuencia, los tribunales se han visto obligados a interpretar dicho término. La jurisprudencia inglesa ha demostrado preferir una postura sumamente restrictiva respecto a esta noción, pues ceder a su interpretación de manera laxa podría conducir a una decisión cada vez más alejada de la sensatez jurídica.

Las investigadoras Bouchenaki, Ojea y Rivera han identificado casos específicos que ilustran cómo las Cortes inglesas han optado por interpretar la CNY⁴¹. Los cuáles se detallarán en los siguientes párrafos.

El caso *Soleimany c. Soleimany*⁴² trata de un padre e hijo que contrabandearan alfombras desde Irán para venderlas en Inglaterra a través de un *joint venture* (empresa conjunta). A medida que el tiempo transcurría, surgieron desacuerdos entre las partes en relación con el dinero, llevándolos finalmente a someter la disputa a arbitraje. Sin embargo, la Corte de Apelaciones inglesa rechazó el reconocimiento y la ejecución del laudo emitido por dicha controversia, argumentando que contravenía el orden público inglés al ser

39 André-Noël Rothl, entrevista por Jairo Rivera, (s/f), transcripción disponible en <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/eg/article/download/1207/1125>.

40 Artículo 103.3, Arbitration act 1996, c 23, 16 de Agosto de 1996.

41 Bouchnaki, Ojea, Rivera, “La Convención de Nueva York”, 81-82.

42 Soleimany, Corte de apelación UK, 19 de febrero de 1998.

un contrato ilegal en este país. Consideramos, de primera mano, que limitarse a discutir la ilegalidad del contrato en un solo país sugiere que el tipo de orden público aplicado es el OPN.

En la controversia de *Wesacre Investments Inc. c. Jugoimport-SDPR Holding Co. Ltd.*⁴³, una de las partes sostiene que el acuerdo arbitral se obtuvo mediante la compra de influencias de funcionarios extranjeros. La Corte de Apelaciones, alineándose con el precedente del caso *Soleimany*, aborda el mismo argumento. De cualquier forma, las Cortes en la jurisprudencia inglesa han buscado un delicado equilibrio entre la aplicación del orden público para prevenir la legitimación de actividades ilegales, y el principio fundamental de reconocimiento de laudos extranjeros.

4.1.2. ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos, el reconocimiento de los laudos arbitrales está sujeto al *Federal Arbitration Act* (en adelante FAA), que regula todo lo relacionado con el arbitraje de contratos de comercio extranjero y entre Estados. Al ser un Estado signatario de la Convención, su legislación la ha incorporado en el segundo capítulo, sección 207, del FAA.

Asimismo, los siguientes párrafos constituyen un resumen de las exposiciones de Bouchenaki, Ojea y Rivera en su investigación⁴⁴.

Un caso destacado en esta temática es el ya citado *Parsons & Whittemore Overseas c. Societe Generale de L'Industrie du Papier*⁴⁵. Este caso involucra un contrato para la construcción y operación de una planta de papel en Egipto que incluía una cláusula arbitral. *Societe* presentó una demanda contra *Whittemore Overseas* alegando daños derivados del incumplimiento del contrato. Ambas instancias argumentaron que la interpretación del orden público debe ser restrictiva, ya que, de lo contrario, el laudo perdería su fuerza. La Corte de Apelaciones subrayó que el orden público no equivale a política pública, reiterando una aclaración previa de que una política pública no puede obstaculizar el cumplimiento de un tratado internacional. Por lo tanto, se evidencia que esta causal solo se aplicará en caso de que se genere una violación a principios de moral y justicia⁴⁶.

43 *Wesacre Investments Inc. c. Jugoimport-SDPR Holding Co. Ltd.*, Corte de apelación UK, 12 de mayo de 1999.

44 Bouchnaki, Ojea, Rivera, "*La Convención de Nueva York*", 82-84.

45 *Parsons & Whittemore Overseas c. Societe Generale de L'Industrie du Papier*, Tribunal de apelaciones de los Estados Unidos, 23 de diciembre de 1974.

46 Aunque podría interpretarse que se está haciendo referencia al OPPI, resulta difícil establecerlo con certeza, ya que los términos utilizados tampoco son totalmente claros.

En el caso *Lamionirs-Trefileries de Lens, S.A. c. Southwire Co, Southwire*⁴⁷, la Corte rechazó la ejecución del laudo. Su argumento fue que los árbitros aplicaron una tasa de interés francesa que, según la ley de Estados Unidos, era totalmente excesiva y, por lo tanto, violaba el orden público. Tras un análisis detenido, se observa, en ambos casos, que aunque la corte no lo exprese de manera explícita, está aplicando el OPI al fundamentar la inaplicación del derecho extranjero y la aplicación del derecho nacional con base en una presunta vulneración. De la forma en la que la jurisprudencia americana ha motivado las sentencias de los casos expuestos, se puede deducir que se considera una contravención al orden público si la sentencia arbitral viola principios fundamentales de justicia o si el procedimiento arbitral se vio afectado por irregularidades graves. De esto, se concluye que Estados Unidos aplica el orden público internacional al denegar la ejecución de un laudo arbitral.

4.2. BAJO EL ESPECTRO DEL DERECHO CIVIL

4.2.1. BRASIL

En el caso *Grain Partners c. Coopergrão y Oito Exportação*⁴⁸, el demandante celebró contratos de compraventa de soja con las dos empresas demandadas. Tras varios problemas y un proceso de arbitraje de por medio, el tribunal arbitral emitió un laudo en el cual se ordenó a las empresas pagar daños a *Grain Partners*, la cual buscó que se reconociera y ejecutara esta orden ante el Tribunal Superior de Justicia brasileño. Las compañías demandadas se opusieron, alegando que el acuerdo de arbitraje era inválido. Sin embargo, el Tribunal Superior aceptó el reconocimiento y ejecución, desestimando fácilmente los argumentos sobre la constitucionalidad de la ley. Al no encontrar violación alguna al debido proceso, ni existencia de irregularidades procesales, finalmente desestimó los argumentos sobre violación del orden público del laudo arbitral.

El tribunal brasileño, al abordar la noción de orden público, establece una conexión crucial con los intereses y la soberanía nacionales. En este contexto, subraya que la aceptación y ejecución de un laudo arbitral no constituirán un problema de orden público siempre que dicho laudo sea coherente con los principios fundamentales que sustentan la soberanía del país. En otras palabras, el tribunal sostiene que, si el laudo respeta y se alinea con los intereses soberanos de la nación, este podrá surtir efectos. Es, por lo tanto, un análisis que corresponde al orden público nacional.

⁴⁷ *Lamionirs-Trefileries de Lens, S.A. c. Southwire Co, Southwire*, Tribunal de Distrito para el Distrito Norte de Georgia, 18 de febrero de 1980.

⁴⁸ *Grain Partners c. Coopergrão y Oito Exportação*, Corte Superior de Justicia de Brasil, 20 de septiembre de 2012.

4.2.2. FRANCIA

En el caso *ASECNA c. M. Issakha* de 1985⁴⁹, la compañía accionada ASECNA contrató a una persona que, tras despedirse, inició un arbitraje según lo establecido en su contrato laboral. En 1994, se emitió un laudo en Senegal a favor del demandante. En 1996, la justicia parisina permitió la ejecución en Francia. La empresa apeló, argumentando que el conflicto no era arbitrable y que la ejecución infringiría el orden público internacional francés. *La Cour d'appel de Paris* confirmó la ejecución, sosteniendo que la resolución por arbitraje no contradecía los principios fundamentales del OPI francés. La corte enfatizó que la ejecución no violaba el OPI, dado que el laudo internacional no estaba vinculado meramente a la legalidad senegalesa y que la inmunidad de jurisdicción de ASECNA se consideró renunciada al aceptar el arbitraje.

Este caso interpreta desde el principio que el artículo V(2)(b) se refiere al orden público internacional. El tribunal observa una distinción crucial entre lo que debe ser comprendido como OPI y las leyes internas de cada país. La Corte resalta, asimismo, la importancia de evitar la confusión entre estos conceptos, destacando que cada Estado posee su propio OPI, el cual debe evaluarse de manera independiente y aplicarse de manera excepcional si es necesario. Como indican, Bouchenaki, Ojea y Rivera en su investigación⁵⁰, en el caso *Botas Petroleum Pipeline Corporation c. Societe Tepe Insaat Sanayii*⁵¹, la corte de casación confirmó una decisión que respaldaba el reconocimiento de un laudo, incluso cuando existía la posibilidad de que los árbitros no aplicaran los principios de buena fe en la ejecución de contratos y el principio del *Estoppel*. Con respecto a la omisión del principio de buena fe, la *Cour de Cassation* determinó que la parte demandante no logró demostrar que el resultado del laudo constituyera una violación del OPI francés. En relación con el principio del *Estoppel*, la Corte concluyó que, sin pruebas de fraude procesal, la mera posibilidad de *Estoppel* no constituye una infracción al OPI francés que justifique la denegación del reconocimiento o la ejecución del laudo.

Esta decisión, una vez más, analiza el OPI al ver la causal de denegación de laudos arbitrales en Francia, y destaca la importancia de establecer claramente qué constituye una violación a este. De acuerdo con los tribunales, no basta con que el laudo simplemente contravenga el orden público nacional francés, sino más bien, se requiere que el laudo represente un acto que genere consecuencias tan perjudiciales que infrinjan también el OPI.

49 *ASECNA c. M. Issakha N'Doye*, Corte de apelaciones de Paris, 16 de octubre de 1997.

50 Bouchenaki, Ojea, Rivera, "*La Convención de Nueva York*", 85.

51 *Botas Petroleum Pipeline Corporation c. Societe Tepe Insaat Sanayii As*, Corte Real de Jersey, 19 de enero de 2016.

Esta perspectiva más exigente implica que la vulneración del orden público internacional se considere en casos excepcionales, donde las implicaciones del laudo no solo contravengan los principios fundamentales del ordenamiento jurídico local, sino que también incurran en una afectación significativa en el ámbito internacional.

4.2.3. RUSIA

En noviembre de 2009, un tribunal arbitral en Estocolmo ordenó a MedBusinessService-2000, una empresa rusa, pagar a Ansell, empresa francesa, un monto por deudas y costas arbitrales. El fallo fue reconocido y ejecutado en Moscú y confirmado en apelación. MedBusinessService-2000 intentó que la Corte Suprema rusa revisara las decisiones, argumentando que la ejecución violaría el orden público ruso y que no había un acuerdo de arbitraje válido. La Corte Suprema rechazó estos argumentos, afirmando que la ejecución no incurriría en una violación al orden público, debido a que no generaría resultados opuestos a las normas morales y éticas universalmente reconocidas, ni amenazaría la vida y la salud de los ciudadanos ni la seguridad del Estado⁵².

El tribunal optó por interpretar el concepto contenido en el artículo V(2)(b) como normas morales y éticas, reconocidas por las naciones civilizadas, que deben ser respetadas por los nacionales de los Estados en la esfera privada. Esta elección se fortalece en el hecho de que el tribunal no hace referencia a normas específicas del derecho ruso y vincula la única relación con el Estado, a la seguridad de este y de sus ciudadanos. En consecuencia, este es un caso en que la jurisprudencia rusa ha aplicado el OPPI. No obstante, de forma generalizada, la jurisprudencia de este Estado ha hecho difusa la fina línea que hay entre el OPPI y el OPI, por lo que en sus precedentes se puede ver el uso de ambos.

4.2.4. COLOMBIA

De igual manera, se ha optado por resumir una sentencia colombiana de selección de la investigación Bouchenaki, Ojea y Rivera⁵³. La sentencia emitida el 27 de julio de 2011, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre una solicitud de exequátur y reconocimiento presentada por *Petrotesting Colombia S.A. y Southeast Investment Corporation* (antes Rosneft America Inc.)⁵⁴. Al abordar la solicitud de oposición al reco-

52 Ansell S.A. c. MedBusinessService-2000, Tribunal Supremo de Arbitraje de la Federación de Rusia, 03 de agosto de 2010.

53 Bouchnaki, Ojea, Rivera, "La Convención de Nueva York", 77-78.

54 Petrotesting Colombia S.A. c. Southeast Investment Corporation, Corte Suprema de Justicia colombiana, 27 de julio de 2011. Es importante recalcar que en el momento de esta decisión, el Estatuto de Arbitraje Internacional aún no entraba en vigor en Colombia, y la posición de la Corte en ese momento podría implicar el trámite de un procedimiento de *exequátur*. La Corte Suprema, al analizar la aplicación de la Convención de Nueva York, enfatizó en que los únicos motivos para negar la homologación de la sentencia arbitral están contemplados en su artículo V, entre los cuales no se encontraban los supuestos alegados.

nocimiento, la Corte Suprema sostuvo que el concepto de orden público se limita a los principios fundamentales de las instituciones.

En este contexto, mencionó que el desconocimiento de una norma imperativa del foro del juez del *exequátur*, en principio, no constituye un ataque al instituto, a menos que resulte en el resquebrajamiento de garantías de linaje superior, como la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso. La Corte reiteró un pronunciamiento anterior de 2004 y afirmó que la noción de orden público debe utilizarse para evitar que una sentencia o ley extranjera sea aceptada cuando contradice principios fundamentales⁵⁵.

En este sentido, señaló que no hay inconveniente para que un país aplique leyes extranjeras que, aunque difieran de las propias, no choquen con los principios básicos de sus instituciones. Sin embargo, los jueces del Estado pueden, excepcionalmente, negarse a aplicar la ley o el fallo extranjero que se aparte de esos principios fundamentales⁵⁶.

4.2.5. ESPAÑA

Los casos mencionados anteriormente no son tan nuevos como los que se mencionarán. Al parecer, desde el 2020, los tribunales españoles han optado por establecer una postura clara, como se evidenciará más adelante. Primero se referirá a la sentencia 46/2020, del 15 de junio dictado por el Tribunal Constitucional de España⁵⁷.

El caso versa sobre un contrato de arrendamiento de vivienda sometido a arbitraje, en el cual los arrendadores alegaron el impago de rentas. El laudo emitido fue favorable a los demandantes, pero fue impugnado por los demandados ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en un procedimiento de reconocimiento del laudo arbitral, el cual no se concedió debido a que el laudo contravenía el orden público.

La sentencia aborda el concepto de orden público, acotándolo dentro de sus justos términos y rechazando cualquier ensanchamiento de su interpretación, como lo habían hecho las resoluciones judiciales impugnadas. Esto es fundamental, ya que el orden público es un principio esencial que garantiza el respeto a los derechos fundamentales y las libertades consagradas en la Constitución, así como otros principios indisponibles para el legislador.

55 Bouchnaki, Ojea, Rivera, "La Convención de Nueva York", 81-82.

56 Ibid., 81-82.

57 Sentencia 46/2020, Tribunal Constitucional de España, 15 de junio de 2020.

Para no prolongar más la discusión, otras sentencias españolas han seguido un enfoque similar en cuanto a no ampliar la interpretación del concepto de orden público. Ejemplos de ello son las sentencias 17/2021, del 15 de febrero de 2021⁵⁸, y 57/2020, del 11 de febrero de 2020⁵⁹. En estas sentencias se sugiere que la legislación española opta por un término menos abstracto, descartando así el OPPI y posiblemente también el OPI. Por el contrario, al ser el OPN más conciso, al menos a la vista de esa legislación, se interpreta que este ha sido el preferido.

5. EL ORDEN PÚBLICO NACIONAL E INTERNACIONAL COMO CAUSALES DE DENEGACIÓN DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN UN LAUDO ARBITRAL

En resumen, para el Artículo V(2)(a) se debe analizar la esfera del OPN para determinar la arbitrabilidad de la materia en el país de ejecución del laudo. El lenguaje del artículo establece que la ejecución de un laudo arbitral puede rechazarse si el asunto no es arbitrable según las leyes del Estado que lo está cumpliendo. Con base en las definiciones brindadas en el presente estudio, la arbitrabilidad aborda el interés nacional específico de un Estado en permitir o prohibir el arbitraje de ciertas disputas⁶⁰.

La mejor forma en la que se ha sintetizado por la doctrina es que, en términos generales, los legisladores pueden establecer requisitos imperativos para las leyes, y esta causa específica impide que los árbitros las interpreten o apliquen⁶¹. La interpretación que le ha dado la jurisprudencia, principalmente la estadounidense y francesa, representan la evolución más acertada sobre el tema.

Por otro lado, el Artículo V(2)(b) ya no se basa en el OPN, sino en el orden público internacional. Este análisis respalda la perspectiva delineada por las Recomendaciones ILA, que abogan por el OPI como el tipo más integral.

En el caso específico de los laudos arbitrales extranjeros, el apartamiento en el arbitraje extranjero de las reglas procesales nacionales obligatorias no constituye una violación [automática] del orden público. Más bien, debe de haber una violación del orden público internacional. Por lo tanto, el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros es una regla sujeta a un régimen menos estricto que [el reconocimiento de] laudos arbitrales nacionales⁶².

58 Sentencia 17/2021, Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 15 de febrero de 2021.

59 Sentencia 57/2020, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de Barcelona, 11 de febrero de 2020.

60 Kronke, Herbert, et al., "Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards", 346-371.

61 Caivano, "Arbitrabilidad y Orden Público", 62.

62 International Council for Commercial Arbitration, "Gua del ICCA", 113.

De la misma forma lo dijo Gaillard Goldman, la revisión sobre un laudo que proveniente de un arbitraje internacional versa sobre las nociones de orden público internacional, y no en las concepciones del orden público interno⁶³. ¿Qué implica esto? En esencia, este enfoque del orden público proporciona al juez la capacidad de evaluar, de manera más precisa y limitada, aquello que se presume está siendo vulnerado. Este planteamiento evita la necesidad de analizar, exclusivamente, las normativas internas del país ejecutor y supera la simplicidad de basarse únicamente en la noción genérica de “moral internacional”. Este último, a menudo, se percibe como un argumento insuficiente para abordar situaciones complejas, como la inejecución de un laudo arbitral. En cambio, el OPI ofrece un marco más completo y específico, permitiendo una evaluación más rigurosa y ajustada a los estándares internacionales en juego.

6. CONCLUSIONES

La Convención de Nueva York, al especificar las razones por las cuales se puede denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, ha marcado un hito importante en el ámbito del arbitraje internacional. La innovación que marcó a raíz de la taxatividad de las causales del artículo V(2), ha generado debates y reflexiones sobre su interpretación y aplicación. Mientras que las cinco primeras causales se alegan a petición de la parte contra la cual se invoca el laudo, las dos últimas pueden ser presentadas por la corte *sua sponte*.

Son estas últimas, las que han suscitado preguntas fundamentales sobre su alcance y aplicación. Están íntimamente relacionadas con conceptos complejos de Derecho internacional privado: la arbitrabilidad de la materia y la contradicción al orden público, motivo por el cual han sido el objeto central de análisis de este estudio. La noción de orden público, abordada desde la perspectiva del arbitraje internacional, ha llevado a la identificación de tres tipos: el OPN, el OPI y el OPPI. Cada uno de estos conceptos tiene implicaciones específicas y su interpretación puede variar según el contexto y la jurisdicción.

La ambigüedad en la definición del orden público y las divergencias en la interpretación de las causales de denegación, han representado un desafío en el derecho comparado y son, hasta el día de hoy, un obstáculo para el principal objetivo de la Convención de Nueva York: la uniformidad en el proceso arbitral. La jurisprudencia y las posturas doctrinales, en distintos países, reflejan la complejidad de estas cuestiones y la necesidad de continuar analizando y debatiendo sobre ellas para avanzar hacia una mayor claridad y coherencia en el ámbito del arbitraje internacional.

63 Nael Georges, “Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration”, *Kluwer Law International*, (1999): 887.

La correcta aplicación del concepto de orden público resulta esencial para sustentar la no ejecutabilidad de un laudo. De todo lo detallado en el presente estudio, se puede concluir que, si se examinan detenidamente las causales de denegación en el artículo V, numeral 2, de la Convención de Nueva York, se utilizan dos clases de orden público. A nuestra consideración, la causal V(2)(b) se fundamenta en el OPI, brindando así una adecuada restricción para argumentar en contra de la ejecución. Por otro lado, el OPN desempeña un papel crucial en la causal V(2)(a), proporcionando un equilibrio preciso entre la capacidad de argumentar la no ejecutabilidad por incumplimiento de normativas internas y la posibilidad de argumentar que el laudo va en contra de normas morales internacionalmente reconocidas. Esto puede evidenciarse luego de un estudio tanto en la interpretación de la intención del legislador, como de un análisis práctico de estudios de caso en la jurisprudencia en Derecho comparado. En este contexto, se destaca la importancia de considerar estas dimensiones del orden público como elementos fundamentales para garantizar la integridad y equidad en el proceso de ejecución de laudos arbitrales, bajo las premisas de la Convención de Nueva York.



ROBALINO

**Lideramos creando cambios positivos
para nuestros socios estratégicos.**

f /robalinoabogados

in /Robalino Law

@ @robalinolaw

Scan Me

www.robalinolaw.com





22
años

2002 - 2024

Desde el inicio de nuestra firma, nos comprometimos a elevar los estándares de excelencia en el sector jurídico. Nuestra pasión por la innovación y enfoque en eficiencia han sido claves, permitiéndonos ofrecer soluciones legales avanzadas y efectivas a nuestros clientes.



 @consulegis

 /consulegis abogados

 www.consulegisabogados.com

 consulegisabogados@lex.ec

Guayaquil:

Av. Francisco de Orellana y Miguel H. Alcívar,
Centro Empresarial Las Cámaras, piso 6.

Quito:

Av. Naciones Unidas No. 39-131 e Iñaquito,
Edif. Metropolitan, piso 5.

Acciones de incumplimiento planteadas por entidades corporativas en la Comunidad Andina: entre la flexibilidad y la cautela

*Noncompliance actions filed by corporate entities in the
Andean Community: between flexibility and caution*

CARLOS SEBASTIÁN GARCÉS VÁSCONEZ*

Recibido / Received: 03/01/2024

Aceptado / Accepted: 21/03/2024

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3196>

Citación:

Garcés Vásconez, C. “Admisibilidad de acciones de incumplimiento planteadas por entidades jurídicas corporativas ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”. *USFQ Law Review* vol. 11, n°. 1, mayo de 2024, <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3196>

* Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Abogado Asesor, Av. 12 de Octubre & Luis Cordero, Quito 170143, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: csgarces@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0000-1552-8148>.

RESUMEN

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina es el órgano jurisdiccional garante de la plena vigencia del ordenamiento jurídico comunitario andino en los Estados parte del Acuerdo de Cartagena. Cuando un país miembro incumple alguno de sus compromisos u obligaciones adquiridos en el marco del proceso de integración subregional, puede demandarse tal conducta ante el tribunal comunitario. Sin embargo, la admisión de este tipo de acciones judiciales está reglamentada y no cualquier demanda de incumplimiento es admitida a trámite. El presente estudio ofrece una revisión normativa, jurisprudencial y doctrinaria en relación con la admisibilidad de las acciones de incumplimiento incoadas por entidades corporativas en representación de sus afiliadas. También ofrece algunas consideraciones prácticas generales para que prosperen demandas de esta naturaleza, evitando su rechazo *in limine*.

PALABRAS CLAVE

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; acción de incumplimiento; requisitos de admisibilidad de la demanda; entidades corporativas; prueba de afectación; simetría representacional

ABSTRACT

The Court of Justice of the Andean Community is the jurisdictional body that guarantees the full validity of the Andean community legal system in the states party to the Cartagena Agreement. When a member country does not comply with any of its commitments or obligations acquired within the framework of the sub-regional integration process, such conduct can be brought before the community court. However, the admission of this type of judicial action is regulated and not every claim of non-compliance is automatically processed.

This study provides a comprehensive examination of the regulatory, jurisprudential, and doctrinal review concerning admissibility of non-compliance actions brought by corporate entities on behalf of their affiliates. It also offers general practical considerations for claims of this nature to prosper, avoiding their rejection in limine.

KEY WORDS

Court of Justice of the Andean Community; claim of non-compliance; requisites of admissibility for claims; corporative entities; proof of affectation; representational symmetry

1. INTRODUCCIÓN

El territorio que ocupa la Comunidad Andina es hogar para aproximadamente 115 millones de ciudadanos andinos¹, todos ellos beneficiados por los acuerdos y compromisos alcanzados por los Estados parte del Acuerdo de Cartagena. Para garantizar la plena vigencia de estos arreglos de orden internacional, el sistema de la Comunidad Andina prevé la existencia de un órgano jurisdiccional autónomo e independiente, competente para atender, entre otras cosas, los reclamos que presenten: el órgano ejecutivo del sistema; los países signatarios; y ciertas personas naturales y jurídicas, por el incumplimiento de las obligaciones de cualquier país miembro.

Si bien esta “acción de incumplimiento andina” debe ser ejercida por un actor perteneciente a una de las tres categorías antes enumeradas en defensa de sus propios derechos o intereses, el tribunal de la Comunidad Andina ha reconocido la posibilidad de que también sea ejercida en representación de los derechos o intereses de terceros, por un grupo particular de sujetos: el de las entidades jurídicas corporativas. Se trata de entidades de base asociativa, generalmente, sin fines de lucro, constituidas por acuerdo entre los miembros de una misma clase para la defensa y promoción de sus derechos e intereses. A diferencia de las categorías enumeradas, las entidades corporativas defienden los intereses de sus miembros y no los propios en particular. La modalidad en la que interviene este tipo de entidades no está contemplada expresamente en el ordenamiento jurídico comunitario andino, pero se ha demostrado, jurisprudencialmente, en el auto de 6 de noviembre de 2023 dentro del Proceso 03-AI-2023, la pertinencia de su incorporación al proceso para representar los derechos subjetivos e intereses legítimos de terceros relacionados.

¿Cuál es el tratamiento que el órgano jurisdiccional les ha brindado y cómo debe evaluarse la admisibilidad de sus demandas? Más aun, ¿cuál es y cómo ha evolucionado el estándar que aplica el tribunal de la Comunidad Andina para verificar el cumplimiento de los requisitos formales de estos actos de proposición? ¿Podría calificarse este estándar como flexible o restrictivo? En el presente estudio se propone analizar la normativa comunitaria andina aplicable, la jurisprudencia contemporánea del tribunal, y la doctrina vigente para responder a estas preguntas. Así, se explicarán algunos de los estándares que ha establecido la corte internacional y se demostrará de qué manera han evolucionado armónicamente hasta su estudio más reciente: el criterio de la simetría representacional. A partir de una adecuada sistematización

1 Secretaría General de la Comunidad Andina, *La Comunidad Andina (CAN)*, (Lima: Comunidad Andina, 2023). <https://www.comunidadandina.org/quienes-somos/#:~:text=La%20Comunidad%20Andina%2C%20integrada%20por,115%20millones%20de%20ciudadanos%20andinos.>

teórica, se ofrece una herramienta práctica para los abogados que litiguen en la jurisdicción comunitaria andina, especialmente para aquellos que representen a entidades corporativas.

2. LA COMUNIDAD ANDINA Y SU TRIBUNAL DE JUSTICIA

La Comunidad Andina es un proceso de integración subregional establecido el 26 de mayo de 1969 entre las Repúblicas de Colombia, Ecuador y Perú, y el Estado Plurinacional de Bolivia². Se trata de una de las estructuras políticas, jurídicas y económicas más longevas de su tipo en América Latina. En términos del Acuerdo de Integración Subregional Andino (en adelante Acuerdo de Cartagena), la Comunidad Andina fue pensada para:

Promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad, mediante la integración y la cooperación económica y social; acelerar su crecimiento y la generación de ocupación; facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano³.

En el marco de este proceso de integración, se estableció el Sistema Andino de Integración (en adelante SAI) como un conjunto de órganos e instituciones cuya finalidad es permitir una coordinación efectiva para profundizar la integración subregional andina; promover su proyección externa; y consolidar y robustecer las acciones relacionadas con el proceso de integración⁴. El SAI está integrado por un órgano político rector (el Consejo Presidencial Andino); dos órganos legislativos (el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina); un órgano ejecutivo (la Secretaría General de la Comunidad Andina); un órgano deliberante (el Parlamento Andino); un órgano jurisdiccional (el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina); la Universidad Andina Simón Bolívar; el Convenio Simón Rodríguez; y una serie de consejos consultivos y organismos financieros adscritos⁵.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante TJCA o simplemente Tribunal) se constituyó el 28 de mayo de 1979 con la firma del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena⁶. Desde sus inicios, el TJCA se ha desempeñado como el máximo órgano, de carácter supranacional y comunitario, instituido para declarar el derecho andino y

2 Venezuela se incorporó al Acuerdo de Cartagena el 13 de febrero de 1973 y se retiró el 22 de abril de 2006. Chile, por su parte, denunció el Tratado el 30 de octubre de 1976.

3 Artículo 1, Anexo de la Decisión 563 de la Comisión de la Comunidad Andina [Codificación del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena)], Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 940 del 1 de julio de 2003.

4 Id., artículo 7.

5 Id., artículo 6.

6 Actualmente, la versión actualizada y consolidada de este instrumento reposa en el Anexo de la Decisión 472 de la Comisión de la Comunidad Andina [Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina], Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 483 del 17 de septiembre de 1999.

asegurar su aplicación e interpretación uniforme⁷. Sus competencias pueden resumirse en los siguientes términos:

El TJCA resuelve controversias entre los países miembros, entre estos y los órganos e instituciones del SAI y entre ellos y los ciudadanos andinos (personas naturales o jurídicas) cuando estos encuentran afectación a un derecho subjetivo o interés legítimo. Asimismo, a través de la absolución de solicitudes de interpretación prejudicial el TJCA garantiza la aplicación coherente y uniforme del derecho comunitario andino por parte de las autoridades administrativas y jurisdiccionales, sean estos últimos jueces del poder judicial, árbitros o magistrados de una corte o tribunal constitucional⁸.

En ejercicio de su particular jurisdicción, el TJCA es competente para conocer controversias en el marco de los siguientes procedimientos:

- i) Acción de nulidad
- ii) Acción de incumplimiento
- iii) Sumario por desacato a las sentencias en acciones de incumplimiento
- iv) Interpretación prejudicial
- v) Recurso por omisión o inactividad
- vi) Acción laboral
- vii) Arbitrajes que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos suscritos entre órganos e instituciones del SAI o entre estos y terceros
- viii) Cuestión prejudicial de validez.

3. LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN LA COMUNIDAD ANDINA

La acción de incumplimiento se rige por lo dispuesto en la sección segunda del Capítulo III del Tratado de Creación del TJCA y el Capítulo II del Título Tercero de su Estatuto. Generalmente, estas acciones componen cerca del cincuenta por ciento de las causas de jurisdicción directa —no se incluyen solicitudes de interpretación prejudicial— que recibe el TJCA cada año⁹.

Lo primero que debe tenerse en mente cuando se habla de la acción de incumplimiento andina es que se trata de un mecanismo para garantizar el cumplimiento de los compromisos y obligaciones adquiridos por los países miembros de la Comunidad Andina en el marco del Acuerdo de Cartagena

7 Artículo 4, Decisión 500 del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores [Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina], Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 680 del 28 de junio de 2001.

8 Hugo R. Gómez Apac y Karla Margot Rodríguez Noblejas, “Capítulo III. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”, en *Apuntes de Derecho Comunitario Andino. A propósito de los 50 años de la Comunidad Andina y los 40 años de creación de su Tribunal de Justicia*, ed. Hugo R. Gómez Apac (Portoviejo: Editorial San Gregorio, 2019), https://www.tribunalandino.org.ec/libros/LIBRO_DERECHO.pdf.

9 Ver, Informes Anuales de Gestión: 2020-2022, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, https://www.tribunalandino.org.ec/index.php/transparencia/informes/informes_gestion/.

y las demás normas primarias¹⁰ y secundarias¹¹ del ordenamiento jurídico comunitario andino. En otras palabras, el legitimado pasivo de una acción de incumplimiento siempre será un país miembro de la Comunidad Andina.

Lo anterior se refleja claramente en el artículo 107 del Estatuto del TJCA, que dispone lo siguiente:

Artículo 107.- Objeto y finalidad

La acción de incumplimiento podrá invocarse ante el Tribunal con el objeto de que un País Miembro, cuya conducta se considere contraria al ordenamiento jurídico comunitario, dé cumplimiento a las obligaciones y compromisos contraídos en su condición de miembro de la Comunidad Andina.

La conducta objeto de la censura podrá estar constituida por la expedición de normas internas contrarias al ordenamiento jurídico andino, por la no expedición de normas que le den cumplimiento a dicho ordenamiento o, por la realización de cualesquiera actos u omisiones opuestos al mismo o que de alguna manera dificulten u obstaculicen su aplicación¹².

La norma citada no solo establece quién puede ser demandado en acción de incumplimiento, sino también el tipo de conductas y decisiones que pueden ser impugnadas por esta vía. El segundo párrafo del artículo de referencia indica que el incumplimiento de un país miembro puede manifestarse en:

- i) La expedición de normas internas (leyes, reglamentos, ordenanzas, etc.) contrarias al derecho andino
- ii) La no expedición de normas internas que den cumplimiento al ordenamiento jurídico comunitario andino (no implementación de normativa interna requerida por la normativa andina)
- iii) Actos u omisiones (sentencias, actos administrativos, hechos administrativos, inacción de autoridades nacionales competentes, etc.) opuestos a la normativa comunitaria.

Por otro lado, los artículos 23, 24 y 25 del Tratado de Creación del TJCA y 108 de su Estatuto establecen quiénes pueden ser titulares de esta acción:

Tratado de Creación del TJCA.-

Artículo 23.- Cuando la Secretaría General considere que un País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas o Convenios que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, le formulará sus observaciones por escrito. El País Miembro deberá contestarlas dentro del

10 Son normas de derecho primario (llamadas también normas constitucionales) el Acuerdo de Cartagena y sus protocolos e instrumentos adicionales, el Tratado de Creación del TJCA y sus protocolos modificatorios y el Tratado Constitutivo del Parlamento Andino. En términos generales, estos son instrumentos suscritos y ratificados por los países miembros en materia de integración andina.

11 Son norma de derecho secundario (llamadas también normas derivadas) las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y la Comisión de la Comunidad Andina, las Resoluciones de la Secretaría General de la Comunidad Andina y otros convenios de complementación industrial y análogos. En esencia, estos son instrumentos emitidos por los órganos del SAI en el ámbito de sus competencias.

12 Artículo 107, Estatuto del TJCA.

plazo que fije la Secretaría General, de acuerdo con la gravedad del caso, el cual no deberá exceder de sesenta días. Recibida la respuesta o vencido el plazo, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro persistiere en la conducta que ha sido objeto de observaciones, la Secretaría General deberá solicitar, a la brevedad posible, el pronunciamiento del Tribunal. El País Miembro afectado podrá adherirse a la acción de la Secretaría General.

Artículo 24.- Cuando un País Miembro considere que otro País Miembro ha incurrido en incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, elevará el caso a la Secretaría General con los antecedentes respectivos, para que ésta realice las gestiones conducentes a subsanar el incumplimiento, dentro del plazo a que se refiere el primer párrafo del artículo anterior. Recibida la respuesta o vencido el plazo sin que se hubieren obtenido resultados positivos, la Secretaría General, de conformidad con su reglamento y dentro de los quince días siguientes, emitirá un dictamen sobre el estado de cumplimiento de tales obligaciones, el cual deberá ser motivado.

Si el dictamen fuere de incumplimiento y el País Miembro requerido persistiere en la conducta objeto del reclamo, la Secretaría General deberá solicitar el pronunciamiento del Tribunal. Si la Secretaría General no intentare la acción dentro de los sesenta días siguientes de emitido el dictamen, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Si la Secretaría General no emitiere su dictamen dentro de los setenta y cinco días siguientes a la fecha de presentación del reclamo o el dictamen no fuere de incumplimiento, el país reclamante podrá acudir directamente al Tribunal.

Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24.

La acción intentada conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, excluye la posibilidad de acudir simultáneamente a la vía prevista en el Artículo 31, por la misma causa¹³.

Estatuto del TJCA. -

Artículo 108.- Titulares de la acción

Son titulares de la acción de incumplimiento: la Secretaría General, los Países Miembros y las personas naturales o jurídicas, con arreglo a las disposiciones de los artículos 23, 24 y 25 del Tratado y al Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General¹⁴.

Como se aprecia, pueden ser titulares de una acción de incumplimiento: la Secretaría General de la Comunidad Andina, otros países miembros, y las personas naturales o jurídicas cuyos derechos se vean afectados por el supuesto incumplimiento.

Es importante mencionar que la versión original de 1979 del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena no contemplaba la posibilidad de que las personas naturales o jurídicas comparezcan directamente ante

¹³ Artículos 23 y 24, Tratado de Creación del TJCA.

¹⁴ Artículo 108, Estatuto del TJCA.

el TJCA en el marco de una acción de incumplimiento. De conformidad con el artículo 27 de esta versión, estos sujetos podían acudir únicamente ante los tribunales nacionales competentes, de conformidad con las prescripciones del derecho interno en los casos que sus derechos resulten afectados por el incumplimiento de un país miembro¹⁵.

No fue sino hasta la firma del Protocolo Modificatorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena de 1996 (también conocido como el Protocolo de Cochabamba) que se incluyó el texto del actual artículo 25 del Tratado de Creación del TJCA. Dicho artículo reconoce la capacidad de las personas naturales y jurídicas para plantear una acción de incumplimiento ante el TJCA por su propia cuenta cuando sus derechos sean afectados por el supuesto incumplimiento de un país miembro. Sin embargo, esta participación vino condicionada al cumplimiento de un requisito del cual la Secretaría General de la Comunidad Andina y los países miembros están exentos: probar que la conducta impugnada afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos¹⁶.

Tomando en cuenta lo anterior, es posible inferir que el ordenamiento jurídico comunitario andino mantiene una opción preferente por las acciones de incumplimiento incoadas por la Secretaría General de la Comunidad Andina (interpelante natural en este tipo de acciones), seguidas por las que planteen los países miembros (que previamente deberán elevar su reclamo ante la Secretaría General). Solo de manera excepcional se admite que personas naturales y jurídicas activen esta vía judicial, siempre y cuando sean capaces de demostrar una afectación causada por el supuesto incumplimiento.

El requisito particular que el ordenamiento comunitario impone a los particulares que pretenden impulsar una acción de incumplimiento recuerda a las líneas que Agustín Gordillo dedica a la relación doctrinaria entre afectación y legitimación:

En el proceso judicial tradicional, la legitimación deriva de tener o no derechos subjetivos afectados por la litis que se plantea; en el procedimiento administrativo la legitimación no sólo puede surgir de un derecho subjetivo sino también de un interés legítimo afectado. En algunos casos, por excepción, puede serlo por un interés simple, pero la regla es que sea necesario un derecho subjetivo o un interés legítimo y que el interés simple sea insuficiente.

[...]

La diferencia entre el interés legítimo y el interés simple está en que en el interés simple el interés es común a todos los habitantes, mientras que en el interés legítimo debe pertenecer a “una categoría definida y limitada” de individuos. [...] Las circunstancias que rodean al acto o hecho cuestionado deben trazar un círculo de

15 Artículo 27, Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Cartagena, 1979. <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/224102>

16 Artículo 49, literal b), Estatuto del TJCA.

interés, definido con precisión suficiente; [...] puede así tratarse de una medida administrativa que afecte a todos los comerciantes, o a todos los usuarios de un servicio público, etc. pero no a todos los contribuyentes del Estado, o a todos los ciudadanos o habitantes; [...] puede, en cambio, tratarse de todos los contribuyentes o habitantes de una comuna determinada; [...] lo importante en esta concepción, hoy superada en el derecho argentino, era que el círculo no se ampliara “hasta las dimensiones de la colectividad nacional”¹⁷.

El TJCA ha elaborado toda una línea jurisprudencial sobre la naturaleza de la afectación que los particulares deben demostrar cuando plantean una acción de incumplimiento. Por ejemplo, se ha sostenido armónicamente que la afectación debe ser actual, inmediata, concreta, real y directa:

Para acreditar la afectación a un derecho subjetivo o interés legítimo no basta con identificar un derecho subjetivo o interés legítimo, sino que es necesario demostrar, por un lado, que la afectación es concreta, real y directa y, por el otro, que la respuesta del presunto afectado a dicha afectación es oportuna, pues debe haber una correspondencia natural entre la afectación y la respuesta del afectado.

[...]

Continuando con el desarrollo jurisprudencial antes descrito, este Tribunal considera pertinente explicar en el presente Auto que **la afectación al derecho subjetivo o al interés legítimo debe ser actual e inmediata, real y concreta, y directa**. Dado que la afectación debe ser actual e inmediata, la respuesta del afectado debe ser oportuna [...] (énfasis en el original)¹⁸.

Sin perjuicio de lo anterior¹⁹, el TJCA también ha explicado que la afectación del particular no necesariamente debe ser actual en el sentido de generar un perjuicio material en tiempo presente, sino que también puede verificarse en aquellas situaciones jurídicas que expongan al particular a un potencial perjuicio material futuro. En esa línea de pensamiento, el Tribunal explicó lo siguiente:

Afectación de un derecho subjetivo. Se refiere a la necesaria identidad entre el afectado y el titular de la acción de reclamación, y al deber de éste de demostrar la afectación de un derecho actual, inmediato y directo, que se ve lesionado o potencialmente lesionado por el acto reclamado.

Afectación a un interés legítimo. No se trata de que el recurrente deba tener un

17 Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014), 180-184.

18 Proceso 03-AI-2017, Flores Maravilla S.A. c. República de Colombia, TJCA, Auto sobre recurso de reconsideración, 17 de noviembre de 2017, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3143 del 24 de noviembre de 2017, párr. 3.2.3. y 3.2.6.

19 Para otros fallos del TJCA donde se mantuvo el mismo criterio, ver:

- Proceso 03-AI-2021, Compañía Cervecera AMBEV Perú S.A.C. c. República del Perú, TJCA, Auto sobre las excepciones previas, 5 de octubre de 2022, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5052 del 5 de octubre de 2022, párr. 3.1.3.9 y 3.1.3.10;

- Proceso 04-AI-2021, Compañía Cervecera San Juan S.A. c. la República del Perú, Auto sobre las excepciones previas, 13 de diciembre de 2022, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5090 del 14 de diciembre de 2022, párr. 3.1.3.9 y 3.1.3.10; y

- Proceso 02-AI-2021, Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. c. República del Perú, Auto sobre las excepciones previas, 13 de diciembre de 2022, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5091 del 14 de diciembre de 2022, párr. 3.1.3.9 y 3.1.3.10.

interés personalísimo, en el sentido de individual y exclusivo, pero sí uno particular en el sentido de presentar alguna afectación a su órbita de acción o situación jurídica, diferenciándose así del mero interés general. La persona que ejerce la acción se encuentra de esta manera comprendida en la órbita de incidencia del acto reclamado, pudiendo ser su interés de carácter real o potencial, patrimonial o moral. (Énfasis en el original)²⁰.

Esta aparente contradicción en la jurisprudencia del TJCA fue resuelta mediante Auto del 6 de noviembre de 2023, dentro del Proceso 03-AI-2023, en el cual el Tribunal indicó lo siguiente:

Para empezar, debe mencionarse que la jurisprudencia reciente del Tribunal ha sostenido armónicamente que la afectación que debe probarse al tenor del literal b) del artículo 49 del Estatuto del Tribunal [...] tiene que ser actual, inmediata, concreta, real y directa [...] Ahora bien, lo anterior no necesariamente debe verse reflejado en una afectación económica actual o en la imposición efectiva de una sanción administrativa. Especialmente cuando el presunto incumplimiento se refleja en una norma de efectos generales, la afectación actual podría verificarse si los efectos de la norma involucran actualmente, de manera específica y directa, a particulares de la misma clase o en la misma posición que el demandante. En ese sentido, no cabe duda de que una persona **actualmente** sujeta a una norma presuntamente contraria al ordenamiento comunitario andino, que **potencialmente** estaría sujeta a represalias vinculadas, se encuentra legitimada para plantear una acción de incumplimiento [...] (énfasis en el original)²¹.

La posición que adoptó el TJCA sobre la dimensión temporal de la afectación de las personas naturales y jurídicas es, en ese sentido, muy similar a la propuesta doctrinaria de Gordillo sobre la misma cuestión. El autor explica que:

Si bien en principio el interés debe ser actual, [...] ello no es absoluto. Por de pronto, es importante señalar que hay interés actual no sólo cuando se produce o ha producido un daño material [...] o moral, sino también cuando el daño está próximo a cumplirse y cuando se efectúa una modificación reglamentaria a la situación jurídica del particular. Es que las disposiciones generales afectan en forma actual e inmediata los intereses de las personas que deben someterse a ellas o cuyas situaciones jurídicas son de alguna manera modificadas por ellas²².

En virtud de todo lo expuesto en este acápite, puede resumirse a la acción de incumplimiento como el mecanismo judicial comunitario mediante el cual se garantiza el cumplimiento de obligaciones y compromisos contraídos por los países miembros. De ordinario, podrán activar esta vía la Secretaría General de la Comunidad Andina y los demás países miembros. Sin embargo, también podrán activarla personas naturales y jurídicas cuando demuestren que sus

20 Proceso 01-AI-2015, Ángela Vélez Escallón c. República de Colombia, Sentencia, TJCA, 7 de julio de 2017, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 3100 del 25 de septiembre de 2017, párr. 1.7.

21 Proceso 03-AI-2023, Sociedad Nacional de Industrias et al. c. República del Perú, TJCA, Auto de admisión a trámite, 6 de noviembre de 2023, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 5359 del 7 de noviembre de 2023, párr. 3.1.20. y 3.1.21.

22 Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, 192.

derechos subjetivos o intereses legítimos sufran una afectación actual o potencial, inmediata, concreta, real y directa.

4. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LAS ENTIDADES CORPORATIVAS EN REPRESENTACIÓN DE SUS MIEMBROS

Son titulares usuales de la acción de incumplimiento andina la Secretaría General de la Comunidad Andina, los países miembros y las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos subjetivos o intereses legítimos por el incumplimiento de un país miembro.

Es importante destacar que el interés que cada uno de los anteriores de subsanar un supuesto incumplimiento de la norma andina es distinto, lo cual se refleja en su posición en el proceso. Por un lado, la Secretaría General de la Comunidad Andina tiene el deber expreso y objetivo de velar por el cumplimiento de la normativa andina²³. Por otro lado, los países miembros tendrán interés en mantener la plena vigencia de los compromisos y obligaciones alcanzados con sus contrapartes en el marco del acuerdo de integración subregional. Las personas naturales y jurídicas, por su parte, estarán interesadas en poner fin a cualquier afectación subjetiva que se haya producido en su contra por el incumplimiento de un país miembro, situación que deberán probar como requisito para la admisión a trámite de su demanda²⁴.

Ahora bien, lo cierto es que el TJCA se ha mostrado flexible al momento de evaluar la admisibilidad de una acción de incumplimiento. En ese sentido, por vía jurisprudencial, ha matizado el espectro de actores que pueden incoar una acción de este tipo. El caso, por antonomasia, es el de las asociaciones gremiales, que, para efectos ilustrativos de este estudio, se retraerán a su género próximo: las entidades corporativas.

4.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ENTIDADES CORPORATIVAS

Una entidad corporativa es una “entidad de base personal asociativa creada para el cumplimiento de una finalidad de interés común para sus asociados”²⁵. En el Código Civil boliviano²⁶ y peruano²⁷ se las conoce como “asociaciones”; mientras que, en las legislaciones colombiana²⁸ y ecuatoria-

23 Artículo 30, literal a), Acuerdo de Cartagena.

24 Artículo 49, literal b), Estatuto del TJCA.

25 Real Academia Española, “Corporación”, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2023, <https://dcej.rac.es/lema/corporaci%C3%B3n>.

26 Artículo 52, Decreto Ley 12760 [Código Civil boliviano], Gaceta Oficial de Bolivia del 6 de agosto de 1975, elevado a rango de ley mediante Ley 1071 del 18 de junio de 2018.

27 Artículo 80, Decreto Legislativo 295 [Código Civil peruano], Diario Oficial El Peruano del 14 de noviembre de 1984, reformado por última vez el 25 de noviembre de 2023.

28 Artículo 633, Ley 84 de 1873 [Código Civil colombiano], Diario Oficial 2867 del 31 de mayo de 1873, reformado por última vez el 17 de noviembre de 2023.

na²⁹ tienen el nombre de “corporaciones”. En su condición de personas jurídicas, las entidades corporativas son capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones por su propia cuenta, de ser representadas judicial y extrajudicialmente³⁰. Sin embargo, el rasgo esencial de estas entidades es que el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones gira en torno al bien común de sus miembros, el bien público en general o el de una colectividad en particular³¹. En otras palabras, se trata de personas jurídicas de orden asociativo constituidas con el propósito de buscar y promover el bien de terceros distintos a la entidad misma. Las entidades corporativas son sujetos de derecho predestinados al beneficio de otros.

Lo anterior se correlaciona con la usual carencia de ánimo de lucro en este tipo de sociedades. Al respecto, el Consejo de Estado de Colombia ha explicado lo siguiente:

[...] la corporación en términos generales es una persona jurídica desprovista de ánimo de lucro que se rige en principio, por las normas de la legislación civil y específicamente, por las disposiciones especiales relacionadas con las entidades sin ánimo de lucro [...]. Característica esencial de estas últimas, como su denominación lo indica, es la ausencia del ánimo de lucro, lo que quiere decir que ellas no responden al interés capitalista de obtener una utilidad como remuneración de la inversión. Los beneficios o rendimientos económicos que pueden reportar, no están destinados a repartirse a favor de los miembros ni de terceros, sino que permanecen dentro de la entidad incrementando su patrimonio, independientemente de que se destinen a su objeto³².

Por lo general, las corporaciones se integran por el mismo tipo de personas que la asociación pretende representar. Sin perjuicio de la regulación específica a la que se sujetan en cada país miembro, incluyen: colegios profesionales, cámaras industriales y empresariales, gremios y sindicatos, asociaciones de estudiantes, etc. Los colegios profesionales no son profesionales, pero promueven sus actividades. Las asociaciones de estudiantes no son estudiantes, pero representan sus intereses. Los sindicatos no son trabajadores, pero defienden sus derechos. Lo propio de las entidades corporativas es representar el interés común de sus miembros y no el particular. O mejor dicho, el interés particular de las entidades corporativas radica en la defensa y promoción del interés común de sus miembros. Sin embargo, dependiendo de la naturaleza de cada corporación y del contenido de sus estatutos, su poder de representación, para “hablar en nombre de sus miembros”, será mayor o menor, lo cual se reflejará en su capacidad para intervenir judicialmente ante el TJCA.

29 Artículo 564, Código Civil ecuatoriano [CC], R.O. Suplemento 46 del 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 14 de marzo de 2022.

30 Id.

31 Artículo 9, Decreto Ejecutivo 193 [Reglamento para el otorgamiento de personalidad jurídica a las organizaciones sociales], R.O. Suplemento 109 del 27 octubre de 2017.

32 Radicación 11001-03-06-000-2020-00233-00 (2457), Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 18 de diciembre de 2020, 9, <https://www.consejodeestado.gov.co/documentos/boletines/241/11001-03-06-000-2020-00233-00.pdf>.

4.2. CAPACIDAD REPRESENTACIONAL DE LAS ENTIDADES CORPORATIVAS FUERA DE LA COMUNIDAD ANDINA

Distintas legislaciones en el mundo han fijado estándares para que entidades corporativas puedan representar procesalmente los intereses de sus miembros, ya sea en la vía administrativa o en la judicial. Tal es el caso del segundo inciso del artículo 18 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante LJCA) de España y el literal b) del artículo 19 de la misma norma:

Artículo 18.

[...]

Los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrán capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo cuando la Ley así lo declare expresamente.

Artículo 19.

1. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

b) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos³³.

Sobre los artículos citados, Alberto Palomar y Francisco Javier Fuertes indican lo siguiente:

Los art. 18 y 19, LJCA contienen una relación de entidades susceptibles de ser titulares de derechos e intereses y a las que, por lo tanto, se les otorga legitimación para la defensa de esos intereses en el orden contencioso-administrativo, eso sí, en el ámbito concreto de esos derechos. **Ello supone la existencia de legitimación cuando se vean afectados derechos e intereses en el espacio de las funciones que tienen atribuidas y, por la misma razón, la ausencia de legitimación para la impugnación de actos o disposiciones que no afectan los derechos o intereses de las personas que conforman el colectivo, por ser preciso la existencia de una conexión específica entre el acto disposición que se pretende impugnar y las competencias atribuidas a la entidad, no siendo suficiente un mero interés abstracto genérico** [...] ya que, en caso contrario, ello equivaldría a reconocerles acción para impugnar los actos administrativos dictados en sectores muy amplios del ordenamiento y, por ende, a reconocerles facultades de impugnación con una amplitud sólo reservada a la acción popular [...] (énfasis añadido)³⁴.

Jorge Rodríguez-Zapata va más lejos en su análisis sobre el interés de las entidades y describe el alcance de otro concepto de gran relevancia en esta discusión:

El interés colectivo es distinto de la simple suma de unos intereses individuales. El interés colectivo afecta por igual y en común a todos los miembros del grupo

³³ Artículo 18, Ley 29/1998 [Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa], BOE 167 del 28 de junio de 1998.

³⁴ Alberto Palomar y Francisco Javier Fuertes, *Práctico Contencioso-administrativo* (Barcelona: Vlex, 2014). <https://vlex.es/source/11330>.

de que se trate, y pertenece por entero a todos esos miembros. Se asemeja de esta forma al interés difuso, que pertenece también a una pluralidad de sujetos, pero que, a diferencia del interés colectivo, esa pluralidad no puede ser concretada en una colectividad determinada.

Los intereses colectivos pueden ser ejercitados por grupos, corporaciones o asociaciones, siempre que ostenten la representación necesaria de tales intereses para tener la legitimación de su defensa en el proceso [...] y ostenten interés legítimo³⁵.

Como puede apreciarse, la legislación española otorga legitimación, en el orden contencioso-administrativo, a las entidades referidas en los artículos 18 y 19 de la LJCA en la medida que exista una afectación a los derechos e intereses de las personas que conforman el colectivo y exista una conexión entre los actos impugnados y las competencias de la entidad. Como mencionan Palomar y Fuertes³⁶, este criterio serviría para restringir su capacidad de impugnar actos administrativos dictados en sectores muy amplios, ajenos a la órbita de interés de las entidades. Sin embargo, el parámetro descrito resulta sumamente parecido a lo que Gordillo explica sobre la relación que existe entre la afectación de cualquier actor y su legitimidad en la causa, pese a que el mismo doctrinario argentino afirma que este criterio ha entrado en desuso en su país en años recientes³⁷.

4.3. CAPACIDAD REPRESENTACIONAL DE LAS ENTIDADES CORPORATIVAS EN LA COMUNIDAD ANDINA

La normativa comunitaria andina no es tan abarcadora como la legislación española. En lugar de establecer un parámetro general para la legitimación de cualquier entidad corporativa, ha reconocido la capacidad representacional de ciertas entidades concretas, como es el caso de las sociedades de gestión colectiva. El artículo 49 de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena [Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos] establece lo siguiente:

Artículo 49.- Las sociedades de gestión colectiva estarán legitimadas, en los términos que resulten de sus propios estatutos y de los contratos que celebren con entidades extranjeras, para ejercer los derechos confiados a su administración y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos y judiciales³⁸.

Aunque la norma citada generalmente fundamenta la legitimación de las sociedades de gestión colectiva en procedimientos administrativos y judiciales en sede nacional, también legitima su intervención en el marco de procesos

35 Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, “La legitimación en el proceso contencioso-administrativo”, *Revista de Jurisprudencia* 1, (septiembre de 2016), <https://elderecho.com/la-legitimacion-en-el-proceso-contencioso-administrativo>.

36 Alberto Palomar y Francisco Javier Fuertes, *Práctico Contencioso-administrativo*, <https://vlex.es/source/11330>.

37 Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, 184.

38 Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena [Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos], Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 145 del 21 de diciembre de 1993.

llevados ante el TJCA. Lo anterior se verifica en el proceso 01-AI-2019, en el cual la Sociedad de Autores y Compositores (en adelante SAYCO) impugnó la Ley 1493 de la República de Colombia, por medio de la cual se otorgaban ciertas competencias de inspección, vigilancia y control sobre las sociedades de gestión colectiva a la Dirección Nacional de Derecho de Autor (en adelante DNDA). Si bien SAYCO presentaba un interés directo, en calidad de entidad directamente afectada por la conducta de Colombia, también se reconoció su condición como representante de titulares de derechos de autor y derechos conexos. Al respecto, el Tribunal indicó lo siguiente:

Conforme a lo previsto en el Artículo 108 del Estatuto del TJCA, las personas jurídicas pueden ser titulares de la Acción de Incumplimiento. La demandante es una Sociedad de Gestión Colectiva, de naturaleza sui generis, encargada de defender los derechos morales y patrimoniales de los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, la cual goza de una legitimación para actuar en tal calidad, pues así le reconoce la Decisión 351. SAYCO, en calidad de demandante, afirma en su demanda que la expedición de la Ley 1493 afecta la gestión de la [sic] Sociedades de Gestión Colectiva, es decir, los intereses y derechos de la sociedad accionante.

SAYCO sostiene que la Ley 1493 creó una serie de facultades en favor de la DNDA, como son la de control, la toma de posesión, medidas cautelares como la suspensión de dignatarios, o la facultad de ordenar reformas estatutarias, las cuales al ser aplicadas por la DNDA [...] afectarían sus intereses y derechos, pues exceden lo dispuesto por la normativa andina. Así, manifiesta que las medidas de intervencionismo llevaron a que los socios de SAYCO dejaran de tener voto, voluntad o control sobre las personas que dirigían la sociedad.

Por lo antes expuesto, las demandantes cumplen con el requisito de legitimidad activa previsto en el Artículo 25 del Tratado de Creación del TJCA y 108 del Estatuto del TJCA, ya que la normativa expedida por Colombia podría afectar sus derechos³⁹.

En el proceso de referencia, el tribunal reconoció la capacidad representacional de SAYCO con base en una norma comunitaria que la preveía expresamente. Pero existen otros procesos en los que el TJCA concedió este reconocimiento y admitió como demandantes a otro tipo de entidades corporativas sin que exista una norma específica aplicable al caso. En el proceso 114-AI-2004, por ejemplo, la Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas (en adelante ASINFAR) planteó una acción de incumplimiento contra la República de Colombia por la adopción y aplicación del Decreto 2085 de 2002, mediante el cual se reglamentaba y modificaba el régimen de protección de los datos de prueba en el marco de la obtención del registro sanitario de nuevas entidades químicas en el área de los medicamentos. El TJCA admitió la demanda de ASINFAR con base en la siguiente consideración:

De conformidad con el artículo 25 del Tratado de Creación del Tribunal, podrán acudir a la Secretaría General o en su caso al Tribunal, solicitando la declaratoria

39 Proceso 01-AI-2019, Sociedad de Autores y Compositores de Colombia c. República de Colombia, TJCA, Auto de admisión a trámite, 28 de agosto de 2019, párr. 4.2.6.1. a 4.2.6.3.

de incumplimiento de un País Miembro, las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos. Por su parte el artículo 49 literal b) del Estatuto del Tribunal dispone que “Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos”.

[...]

En el caso de autos, la Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas (ASINFAR), para sustentar su legitimación en la presente acción de incumplimiento, señala que “[...] *ASINFAR posee interés legítimo para acudir ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, por cuanto sus agremiados se han visto afectados desfavorablemente con la expedición del Decreto 2085 de 2002 y el cambio en el sistema de protección a la información no divulgada que éste establece. La Industria Farmacéutica de capital nacional que ASINFAR representa, es la destinataria directa de las cargas introducidas por el Decreto 2085 que no están previstas en las normas andinas que se estiman violadas y que impiden la entrada al mercado de los productos farmacéuticos no patentados, por períodos que ya van en cuatro (4) años* [...]”.

Si bien la actora no se refiere a la exigencia de ser titular de un derecho subjetivo conforme lo exige el artículo 25 de su Tratado de Creación del Tribunal, al revisar la documentación por ella aportada junto con su escrito de demanda, consistente en un certificado de existencia y representación legal de ASINFAR donde se manifiesta que su objeto es defender los intereses de la industria que agremia [...]; un certificado SRS 300-1120 expedido por el INVIMA, [...] donde consta que los agremiados de ASINFAR son titulares, fabricantes e importadores en diferentes Registros Sanitarios de medicamentos a los que se aplica las normas contenidas en el Decreto 2085 [...]; y una respuesta SLR 300- 202 del INVIMA, [...] al derecho de petición de ASINFAR sobre la protección del Decreto 2085 la expedición de un acto administrativo para que terceros interesados puedan controvertir los eventuales derechos exclusivos que pueden concederse en desarrollo del Decreto 2085 [...], el Tribunal considera que al ser la demandante una persona jurídica que agremia a varios laboratorios destinatarios de las disposiciones previstas en el Decreto 2085 del 19 de septiembre de 2002, cuya promulgación y aplicación por parte del Gobierno de la República de Colombia constituiría el presunto incumplimiento del ordenamiento comunitario demandado, existen derechos subjetivos de las compañías representadas por ASINFAR que estarían siendo afectados (énfasis en el original)⁴⁰.

Lo anterior resulta sumamente ilustrativo porque el TJCA se percató de que, efectivamente, ASINFAR comparecía para reivindicar los derechos de sus miembros, no los suyos. A diferencia de lo ocurrido con SAYCO, aquí la demandante no tenía una base legal que prevea su capacidad para representar judicialmente a sus asociados y el asunto controvertido no tenía incidencia alguna en los derechos o intereses directos de ASINFAR. No obstante, el TJCA reconoció su legitimidad activa sobre la base de que la demandante agremiaba a varios de los destinatarios de los efectos del acto impugnado y los derechos subjetivos de tales destinatarios estarían siendo afectados por tal acto impugnado.

⁴⁰ Proceso 114-AI-2004, Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas c. República de Colombia, TJCA, Sentencia, 8 de diciembre de 2005, Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 1295 del 9 de febrero de 2006, 21-22.

Este criterio se ha aplicado también para evaluar la admisibilidad de acciones de nulidad, pues el literal b) del artículo 48 del Estatuto del TJCA, sobre los requisitos adicionales de la demanda en acción de nulidad, es idéntico al literal b) del artículo 49 de la misma norma, sobre los requisitos adicionales de la demanda en acción de incumplimiento: “Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos”⁴¹.

En el proceso 01-AN-2019, por mencionar un caso, la Asociación Andina de Transportistas Internacionales por Carretera (Capítulo Ecuador) (en adelante ANDINATIC) demandó la nulidad de la Decisión 837 de la Comisión de la Comunidad Andina (Transporte Internacional de Mercancías por Carretera), porque supuestamente sometía a sus asociados a controles arbitrarios e imponía impedimentos para que renueven sus permisos de circulación. Al respecto, el TJCA señaló lo siguiente:

El Literal b) del Artículo 48 del Estatuto del TJCA señala que si el actor es una persona natural o jurídica, debe indicar las pruebas que demuestren que la norma impugnada afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos.

Sobre el particular, ANDINATIC ha cumplido con señalar los motivos y las pruebas que demostrarían que la Decisión 837 afectaría el derecho de sus asociados de brindar el servicio de transporte terrestre, pues no podrían renovar sus permisos de circulación. Asimismo, se les afectaría en su interés legítimo debido a que dichos asociados estarían sometidos a controles de aduana y tránsito arbitrarios, en razón a la inseguridad que genera una norma inviable. La demandante afirma que la vigencia de la Decisión 837 tendrá efectos económicos devastadores en las empresas de transporte.

[...] De acuerdo con lo expuesto, se ha verificado el cumplimiento de los requisitos previstos en el Artículo 20 del Tratado de Creación del TJCA; y, los Artículos 45, 46, 47, 48 y 103 del Estatuto del TJCA, razón por la cual, corresponde admitir la demanda de acción de nulidad presentada por ANDINATIC⁴².

En el proceso, al igual que con ASINFAR, el TJCA únicamente verificó que ANDINATIC represente al grupo de personas destinatarias de los efectos de la Decisión impugnada y que tal acto, efectivamente, pueda generar una afectación a los derechos e intereses de estas personas. De esta manera, se evidencia que el Tribunal ha mantenido un criterio homogéneo en el marco de su análisis de acciones de incumplimiento y acciones de nulidad.

Como ha podido apreciarse, el TJCA creó jurisprudencialmente un parámetro para admitir entidades corporativas como demandantes en acción de incumplimiento. El estándar exigía que las entidades agremien a personas naturales y jurídicas cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos sean afectados

⁴¹ Artículo 48, literal b), Estatuto del TJCA.

⁴² Proceso 01-AN-2019, Asociación Andina de Transportistas Internacionales por Carretera ANDINATIC (Capítulo Ecuador) c. Comisión de la Comunidad Andina, TJCA, Auto de admisión a trámite, 28 de agosto de 2019, párr. 3.3.2 y 3.3.5.

por los actos impugnados por la entidad. En ese sentido, no se trataba de una ampliación a lo que prescribe el artículo 25 del Tratado de Creación del TJCA y los artículos 49 y 108 de su Estatuto, sino un matiz, una aclaración, de cómo puede ejercerse válidamente la titularidad sobre la acción de incumplimiento en representación de personas naturales y jurídicas afectadas por la conducta impugnada.

4.4. EL CRITERIO DE LA SIMETRÍA REPRESENTACIONAL ESTABLECIDO POR EL TJCA

El estándar jurisprudencial que fue descrito en la sección anterior hubiera sido suficiente para responder a numerosas causas impulsadas ante la corte internacional por entidades corporativas. Sin embargo, casuísticamente se probó su insuficiencia. En efecto, el parámetro era silencioso sobre una problemática latente en el debate: ¿en qué medida la entidad corporativa debe representar los derechos e intereses de sus agremiados para poder defenderlos judicialmente?

Parece razonable que una sociedad de importadores reclame por una reforma legislativa que entorpezca el despacho aduanero de mercancías provenientes de otros países miembros o que una asociación de diseñadores gráficos impugne un reglamento que niegue el carácter artístico de sus obras. Pero ¿podría un club deportivo iniciar estos reclamos si entre sus socios hay unos cuantos importadores o algunos diseñadores gráficos? Parece sentido común responder con un rotundo no. Sin embargo, el sentido común muchas veces debe explicarse para extraer los principios racionales que lo guían.

Eso fue precisamente lo que ocurrió en el proceso 03-AI-2023⁴³. En este caso, el litisconsorcio conformado por la Sociedad Nacional de Industrial (en adelante SNI) de Perú, la empresa ITN S.A. y la señora Susana Ruiz Chang plantearon una acción de incumplimiento contra la República del Perú por su normativa sobre el etiquetado de alimentos que contengan componentes de organismos genéticamente modificados. El TJCA ordenó que la demanda se regularice explicando, entre otras cosas, cuáles serían las afectaciones directas que sufriría cada una de las demandantes. En relación con la SNI, el litisconsorcio respondió que actuaría en calidad de gremio industrial legitimado para representar los intereses de sus asociados, los cuales serían personas naturales y jurídicas que estarían siendo afectadas por el supuesto incumplimiento de Perú.

Hasta ese punto, el argumento de las demandantes hubiera encajado perfectamente con el estándar jurisprudencial del TJCA descrito en la sección

⁴³ Se advierte que el proceso de referencia sigue en trámite y no se emitirá opinión alguna sobre el fondo de su controversia. En el presente artículo se abordarán, únicamente, los criterios del TJCA expresados en sus autos publicados en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. El contenido de este artículo no representa una postura oficial del TJCA sobre ninguna cuestión de fondo en el proceso 03-AI-2023.

anterior, pues había un gremio y personas agremiadas potencialmente afectadas. Sin embargo, el tribunal se percató de una diferencia esencial con los casos estudiados anteriormente:

Para sustentar su posición, las demandantes mencionan la Sentencia del 8 de diciembre de 2005 que adoptó este Tribunal en el marco del Proceso 114-AI-2004 [...], en la cual se reconoció la legitimación activa de la Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas para representar los intereses de ciertos laboratorios destinatarios de las disposiciones previstas en cierta norma colombiana.

El precedente citado por las demandantes debe ser diferenciado de la presente causa. En efecto, en el Proceso 114-AI-2004 la demandante era una asociación farmacéutica impugnando la expedición de una norma colombiana que reglamentaba aspectos relacionados con la información suministrada para obtener el registro sanitario de nuevas entidades químicas en el área de los medicamentos. Como puede observarse, existía una perfecta simetría entre la medida infractora, los agentes económicos afectados por la medida y el ámbito de representación de la asociación demandante [...] Por el contrario, una de las demandantes en este caso es la SNI, la cual fue constituida como una asociación sin fines de lucro «integrada por miembros industriales, que son las personas naturales o jurídicas [...] que realicen cualesquiera actividades industriales manufactureras» [...] Según la narración de los hechos incluida en la demanda, la SNI impugna el supuesto incumplimiento de Perú manifiesto en su norma nacional y ciertos actos administrativos, informes, oficios y cartas que, en su conjunto, contendrían la orden de indicar la presencia de componentes genéticamente modificados en el etiquetado de productos alimenticios sin que exista la reglamentación técnica adecuada para su cumplimiento [...] Como se puede apreciar en la propia narración de la SNI, la medida supuestamente incumplidora del Perú concernía particularmente a los agentes económicos que produzcan, empaquen, almacenen y comercialicen productos alimenticios que contengan componentes genéticamente modificados.

A diferencia de lo que ocurrió en el Proceso 114-AI-2004, la asociación demandante en esta causa representa, en todo caso, los intereses de un enorme y variopinto sector económico en el cual podrían o no estar involucrados los agentes económicos sujetos a la medida impugnada. Si bien entre los miembros de la SNI podrían haber varios agentes económicos sujetos a la medida impugnada, también contará con numerosos miembros que no estarán vinculados a la controversia de ninguna manera. En otras palabras, en la presente causa no existe simetría entre la medida supuestamente infractora, los agentes económicos supuestamente afectados por la medida y el ámbito de representación de la asociación demandante. [...]

En efecto, en el Proceso 114-AI-2004 se admitió la participación de la Asociación de Industrias Farmacéuticas Colombianas, porque la totalidad de sus agremiadas (sino la mayoría), estaba siendo afectada por la medida impugnada. En consecuencia, el interés de la asociación era concreto y específico [...] En cambio, en este caso la SNI representa una enorme variedad de agentes industriales peruanos, entre los cuales algunos podrían estar siendo afectados por la medida impugnada y otros no. Por lo tanto, el interés de la sociedad es abstracto y difuso, insuficiente para subsumirse al criterio plasmado en la sentencia del Proceso 114-AI-2004.

Conforme a lo anterior, se observa que la SNI no tiene la capacidad inherente de representar judicialmente a sus asociadas presuntamente afectadas en este proceso⁴⁴.

44 Proceso 03-AI-2023, párr. 3.1.29. y 3.1.36.

La jurisprudencia citada aporta un criterio adicional al que el TJCA llevaba aplicando al analizar demandas planteadas por entidades corporativas: el criterio de la simetría representacional. A la luz de este estándar, no basta con que la entidad demandante agremie personas naturales o jurídicas de la clase afectada por la medida impugnada, sino que debe verificarse una correlación de proporcionalidad entre: el alcance de la medida impugnada; el número de particulares presuntamente afectados; y, el ámbito de representación de la entidad corporativa que pretende representar a los particulares presuntamente afectados.

El criterio es perfectamente razonable. Imaginemos, por ejemplo, que en Bolivia se aprueba una ley que obliga a todas las empresas titulares de patentes en materiales especiales de construcción a otorgar una licencia gratuita a contratistas del Estado para la explotación de sus invenciones sin otra motivación aparente que incentivar la obra pública. Evidentemente, esta ley entraría en tensión con el Régimen Común sobre Propiedad Industrial de la Comunidad Andina, lo que justificaría el planteamiento de una acción de incumplimiento. Si la demanda fuera planteada por una asociación de empresas titulares de patentes en materiales especiales de construcción, existiría simetría entre el alcance de la medida, el número de empresas perjudicadas y el ámbito de representación de la asociación; dicho de otro modo, la entidad corporativa representaría suficientemente al grupo de particulares directamente afectados por la conducta impugnada.

Pero no tendría mucho sentido que la acción de incumplimiento sea planteada por una sociedad boliviana de titulares de patentes (en general) o por el colegio nacional de constructores. En el primer caso, el universo de afiliados sería demasiado amplio, tanto que el interés de las empresas afectadas se evaporaría entre los cientos que podrían discutirse al interior de la sociedad. Incluso, si se esgrimiera el argumento del respaldo solidario de otros titulares de patentes a la protesta de las empresas afectadas, sería extraño que empresas farmacéuticas, corporaciones desarrolladoras de *hardware* o proveedores de telecomunicaciones participen como legitimados activos en una controversia en absoluto relacionada con ellos, sin mencionar que sería contrario al requisito de demostración de una afectación actual o potencial, inmediata, concreta, real y directa.

En el segundo caso, en cambio, podría generarse un serio conflicto de intereses. El colegio de constructores podría acoger, no solo a las empresas titulares de patentes en materiales especiales de construcción, sino también a otras que no sean titulares de patente alguna pero que sean contratistas del Estado. En efecto, el segundo grupo de empresas se beneficiaría enormemente de la concesión de una licencia gratuita sobre las invenciones de las empresas del primer grupo, por lo que seguramente guardaría silencio ante la adopción

de la ley impugnada o incluso la defendería. En el supuesto de que el colegio de constructores presentara una demanda en acción de incumplimiento, existe un altísimo riesgo de que, a mitad del proceso, su defensa técnica se vea obligada a desistir de la acción por presión interna de las empresas que se beneficien de la licencia gratuita. Pese a que ambos grupos empresariales podrían tener algún interés en esta acción, serían intereses contrapuestos; y su confluencia en una misma entidad corporativa (el colegio de constructores) anularía su capacidad representacional para el caso concreto.

El escenario hipotético descrito evidencia la importancia de que exista simetría entre los tres elementos previamente enumerados y demuestra que el criterio adoptado por el TJCA en su jurisprudencia reciente constituye un desarrollo lógico necesario de los parámetros que llevaba varios años empleando en el análisis de admisibilidad de demandas incoadas por entidades corporativas. Por otro lado, el estándar es consistente con la tendencia de la normativa comunitaria a limitar racionalmente la capacidad de particulares de impulsar acciones de incumplimiento por su propia cuenta, ya que, como se explicó en párrafos anteriores, este escenario es realmente excepcional.

Nótese además que, como en su jurisprudencia anterior, el TJCA no modificó ni añadió nada al contenido de la normativa comunitaria procesal. Simplemente amplió el análisis sobre cómo puede una entidad corporativa representar los intereses de particulares afectados y, al mismo tiempo, demostrar un interés concreto y específico para el impulso de la causa. En una palabra, el criterio jurídico de la simetría representacional constituye una orientación general para la correcta aplicación de la normativa procesal comunitaria andina existente.

4.5. OTRAS FORMAS DE ACREDITAR LA REPRESENTATIVIDAD DE LA ENTIDAD CORPORATIVA

El criterio de la simetría representacional constituye el mayor avance del TJCA en la materia discutida hasta la fecha, pero el tribunal fue cuidadoso en dejar algunas alternativas disponibles cuando el parámetro no puede cumplirse. En efecto, atendiendo al lenguaje específico empleado por la corte, se evidencia que el criterio de la simetría representacional es útil para evaluar la “capacidad inherente” de las entidades corporativas de representar judicialmente a sus asociadas. Sin embargo, una entidad corporativa puede adquirir “capacidad accesoria” para ejercer tal representación.

Al respecto, el TJCA manifestó lo siguiente:

Si una sociedad no contara con la capacidad inherente para representar judicialmente los intereses de sus asociadas en una acción de incumplimiento, según

los parámetros descritos en los párrafos anteriores, podría aun así reconocerse su legitimidad activa para participar en el proceso si tuviera la facultad estatutaria expresa de hacerlo o si contara con la procuración judicial correspondiente. En cualquiera de estos casos, por supuesto, actuaría como representante de terceros que, a su vez, tendrían que demostrar su propia legitimación activa.

En su escrito de regularización las demandantes afirmaron que el estatuto de la SNI le conferiría la capacidad de defender, promover y representar los intereses de sus asociados a nivel nacional e internacional. Ahora bien, revisado el estatuto aportado por las demandantes, se observa que, si bien la sociedad tiene entre sus funciones representar los intereses generales de los sectores industriales que conforman sus asociados, no cuenta con una función de representación judicial explícita. Es tan importante y técnicamente compleja la administración de una procuración judicial que no se la puede inferir mediante la interpretación extensiva de una cláusula de representación genérica, como la que se tiene en este caso. Por lo tanto, este Tribunal no considera que el Estatuto de la SNI le faculte para representar judicialmente a una parte de sus miembros, con el propósito de iniciar la presente acción de incumplimiento.

De la revisión del expediente procesal tampoco se identifica poder judicial alguno otorgado a la SNI por uno o más de sus asociados que estén siendo directamente afectados por el supuesto incumplimiento del Perú para que los represente judicialmente en la presente causa. Incluso si existiera, tendría que explicarse tal afectación. Por lo tanto, no se ha verificado capacidad suficiente de la SNI para representar judicialmente a sus asociados en este proceso.

[...]

Es menester enfatizar que, si la SNI pretende apersonarse en calidad de representante de sus asociadas en la presente causa, este Tribunal debe verificar la legitimidad activa de sus miembros; y eso incluye verificar, por ejemplo, que las asociadas cumplan los requisitos adicionales previstos en el artículo 49 del Estatuto del Tribunal⁴⁵.

El criterio anterior salvaguarda la posibilidad de que personas naturales o jurídicas recurran de manera consciente e informada a entidades corporativas para ser representadas judicialmente por ellas. A diferencia de lo que ocurre con la “capacidad inherente” de representación, los particulares en este escenario otorgan un mandato expreso de representación a la entidad al someterse a sus estatutos o, de plano, cuando le otorgan una procuración judicial. Esta representación, por supuesto, de ninguna manera podría extenderse a terceros, incluso si pertenecen a la misma clase que los particulares que sí la otorgan.

Por un lado, el TJCA parece reconocer la representación judicial que emana expresamente de los estatutos de una entidad corporativa. Para que se otorgue este reconocimiento, como se vio en el proceso 03-AI-2023, no basta con una cláusula amplia y genérica de representación como la que podría tener cualquier lobby empresarial, sino que es indispensable una cláusula que explícitamente autorice a la entidad a representar judicialmente a sus

⁴⁵ Proceso 03-AI-2023, párr. 3.1.37. y 3.1.41.

agremiados. La razón por la que esto es necesario es porque así los asociados pueden saber de antemano si la entidad a la que se incorporan va a desempeñar eventualmente este tipo de funciones. Lo que se pretende evitar son sorpresas indeseables en medio de la tramitación de un proceso.

Por otro lado, el tribunal parece reconocer la representación judicial originada en una procuración judicial válida. A diferencia del mecanismo anterior, esta surtiría efectos en un proceso específico cuando un número concreto de particulares otorgue tal procuración a la entidad. Además, en el marco de este mecanismo no sería necesario que el particular esté asociado a la entidad, pues la procuración nacería de un contrato privado de mandato y no de un acto societario. Por su especificidad y claridad, la procuración judicial expresa es el mecanismo más seguro e incuestionable para que el TJCA reconozca la capacidad representacional de una entidad corporativa, aunque también sea la vía menos dinámica.

Sea cual sea el caso, es muy importante recordar que el tribunal de la Comunidad Andina se remite a la normativa interna de los países miembros sobre el otorgamiento de poderes, de manera que la defensa técnica de las partes en un proceso, en el que intervengan entidades corporativas, deberá ser cuidadosa en respetar tales lineamientos, los cuales podrían ser de tipo societario, contractual o notarial⁴⁶.

Por último, es conveniente destacar lo que señaló el TJCA en el último párrafo de la cita anterior. En efecto, si una entidad corporativa comparece en ejercicio de facultades de representación judicial, ya sea por el contenido expreso de sus estatutos o por el otorgamiento de una procuración judicial, no queda por ello exento de demostrar la afectación actual o potencial, inmediata, concreta, real y directa de quien le haya otorgado ese poder.

5. APLICACIÓN DEL LITERAL B) DEL ARTÍCULO 49 DEL ESTATUTO DEL TJCA EN EL EXAMEN DE ADMISIBILIDAD DE UNA DEMANDA PLANTEADA POR UNA ENTIDAD CORPORATIVA

Hasta este punto se ha analizado el marco teórico empleado por el TJCA para admitir la intervención de entidades corporativas en una acción de incumplimiento. Sin embargo, el estándar trazado se concreta en el cumplimiento del requisito previsto en el literal b) del artículo 49 del Estatuto del tribunal sobre la presentación de la demanda.

⁴⁶ Ver, artículo 41, Estatuto del TJCA.

Los requisitos generales de cualquier demanda presentada ante el TJCA se encuentran en los artículos 45, 46 y 47 de su Estatuto. Entre ellos, se indica que toda demanda debe ser suscrita por la parte actora y su abogado; identificar al demandante y al demandado; definir el objeto de la demanda; establecer los fundamentos de hecho y de derecho de la acción; ofrecer las pruebas que deban ser practicadas; acreditar la existencia de la persona jurídica demandante; y certificar el poder del abogado de la demandante para intervenir en el proceso. No obstante, para la acción de incumplimiento se deben cumplir también los siguientes requisitos:

Artículo 49.- Requisitos adicionales de la demanda en acción de incumplimiento

La demanda de incumplimiento deberá llevar anexa, además de lo determinado en el artículo 46:

- a) La copia del dictamen motivado emitido por la Secretaría General. De ser el caso, la demostración de que han transcurrido más de setenta y cinco días desde la fecha de presentación del reclamo, y la manifestación de que la Secretaría General no ha emitido su dictamen;
- b) Si el actor es una persona natural o jurídica, las pruebas que demuestren que la Decisión, la Resolución o el Convenio impugnado afecta sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos; y,**
- c) Si el actor es una persona natural o jurídica, deberá, además, adjuntar declaración bajo juramento de que no se está litigando por los mismos hechos ante ninguna jurisdicción nacional (énfasis añadido)⁴⁷.

Como puede observarse, es un requisito indispensable para presentar una acción de incumplimiento demostrar la afectación de un derecho subjetivo o interés legítimo. Esta regla también aplica cuando la demanda es presentada por una entidad corporativa, con la diferencia de que, además, se debe probar la capacidad representacional de la entidad.

Si se quiere probar capacidad inherente de representación, debe evidenciarse en el escrito de demanda y en las pruebas aportadas: (i) que la entidad agremia personas naturales o jurídicas de la clase afectada por la conducta impugnada; (ii) que tales personas sufren o podrían sufrir una afectación del tipo reconocido por el TJCA; y, (iii) que existe simetría representacional entre la medida impugnada, el número de particulares afectado y la capacidad de representación de la entidad corporativa demandante. La jurisprudencia del tribunal parece indicar que el estándar de análisis empleado en este caso obedece a la discreción y sana crítica del TJCA.

En cambio, si se quiere probar capacidad accesoria de representación, debe demostrarse con evidencia concreta que la entidad está autorizada para representar judicialmente a las personas naturales o jurídicas afectadas por la

⁴⁷ Artículo 49, Estatuto del TJCA.

medida impugnada. Para ello, la demanda debe contener: una copia del estatuto vigente de la entidad demandante, identificando una cláusula de representación judicial expresa; o, un poder judicial conferido por los particulares que deseen ser representados judicialmente por la entidad.

El estándar de análisis, en este caso, parece requerir evidencia clara y suficiente de las facultades de la entidad demandante. Si la entidad demandante cumple con los requisitos enumerados en los artículos 45, 46, 47 y 49 del Estatuto del TJCA, además de los aquí mencionados, es altamente posible que el tribunal admita a trámite su acción de incumplimiento.

6. CONCLUSIÓN

A lo largo de este estudio se explicó la importancia de la acción de incumplimiento del TJCA para garantizar la plena vigencia del ordenamiento comunitario andino en los países miembros de la Comunidad Andina. También se analizaron los presupuestos para que las personas naturales y jurídicas sean reconocidas como legitimados activos en tal procedimiento, haciendo énfasis en la jurisprudencia reciente del tribunal sobre la admisibilidad de acciones planteadas por entidades corporativas en representación de particulares afectados por el incumplimiento de los países miembros.

Fruto del desarrollo jurisprudencial del TJCA en la materia, actualmente existe un estándar abarcador; que, si bien no es irrestrictamente abierto, ha progresado con cautela hacia un diseño cada vez más flexible y consciente de la multiplicidad de actores que participan en el proceso de integración. Las entidades corporativas que impulsen acciones de incumplimiento deberán demostrar capacidad inherente de representación, cumpliendo el criterio de simetría representacional, o capacidad accesorio de representación, para lo cual deberán demostrar sus facultades expresamente definidas en sus estatutos o en una procuración judicial válida, según lo que establezca la regulación nacional aplicable vigente.

A manera de ejemplo, la capacidad inherente de representación podría ejercerse cuando un país miembro implemente una medida presuntamente contraria a la normativa comunitaria andina que afecte a un sector económico determinado (v.g. automotriz, textil, de servicios médicos) y el reclamo por incumplimiento lo plantee una sociedad integrada por agentes económicos de ese sector en particular. Por otro, la capacidad accesorio de representación podría ejercerse si la política del país miembro afecta a un sector específico del mercado y el reclamo por incumplimiento lo presenta una entidad corporativa que, aunque no agremia principalmente a particulares del sector económico afectado, cuenta con un poder especial, otorgado por agentes económicos de esa categoría, para entablar esa acción.

Si bien el parámetro antedicho ha sido verificado específicamente para el caso de la acción de incumplimiento andina, es consistente con la doctrina contemporánea y la legislación y jurisprudencia de otros países, de manera que podría alimentar un debate más general sobre la representatividad de las entidades corporativas. Por otro lado, no sería extraño que este estándar se amplíe en el futuro y el TJCA lo aplique en el estudio de acciones de nulidad. Solo el tiempo lo dirá.



**Contribuimos a
que el derecho**

recupere su posición
honorable, académica y
admirable en la sociedad.

www.csjglaw.com



**Charry Sáenz
Jácome & Galarza**

Estudio Jurídico



Luzuriaga & Castro

A b o g a d o s

luzuriagacastro.com



RANKED IN



IP STARS



Luzuriaga&CastroAbogados

La implementación del arbitraje acelerado CNUDMI en Ecuador, ¿es necesario reformar la LAM?

The implementation of UNCITRAL Expedited Arbitration Rules in Ecuador, is it necessary to reform the LAM?

ISBELLA SOLEDAD JIMÉNEZ FIGUEROA*
AUGUSTO JOSÉ CHASILLACTA ZURITA**
ROQUE JAVIER ALBUJA PONCE***

Recibido / Received: 16/01/2024
Aceptado / Accepted: 24/03/2024
DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3216>

Citación:

Jiménez Figueroa I.S. A.J. Chisallacta Zurita, R.J. Albuja Ponce, “La implementación del arbitraje acelerado CNUDMI en Ecuador, ¿es necesario reformar la LAM?”. *USFQ Law Review* vol. 11, n°. 1, mayo de 2024, <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3216>.

* Universidad Internacional del Ecuador UIDE, estudiante de la Escuela de Derecho, Quito 170411, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: isbellajimenez04@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0008-8671-1677>

** Universidad Internacional del Ecuador UIDE, docente de la Escuela de Derecho, Quito 170411, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: achasillacta@jppabogados.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0004-4842-2218>

*** Universidad de las Américas UDLA, docente de la Escuela de Derecho, Quito 170513, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: roque.albuja@udla.edu.ec. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1379-1342>

RESUMEN

El arbitraje acelerado es un tipo de procedimiento arbitral que busca reducir los tiempos y costos del proceso. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI) ha incorporado normas de arbitraje acelerado en su Reglamento de Arbitraje, estas normas buscan lograr un equilibrio entre la autonomía de la voluntad de las partes y las garantías del debido proceso. En Ecuador no existe legislación que prevea un procedimiento arbitral abreviado. Sin embargo, la legislación tampoco impide el acortamiento de plazos. El presente artículo analiza la naturaleza del arbitraje, sus principios rectores y contrasta las normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico con las normas de arbitraje acelerado de la CNUDMI. El análisis concluyó que la reforma a la LAM no es necesaria para la implementación de este tipo de arbitraje.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje acelerado; autonomía de la voluntad; flexibilidad; reforma legal; discrecionalidad

ABSTRACT

Fast-track arbitration is a type of arbitration procedure aimed to reduce the time and costs of the process. The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) has incorporated expedited arbitration rules into its Arbitration Rules, which seek to establish a balance between the autonomy of the parties, their will, and the guarantees of due process. In Ecuador, there is no legislation providing for an expedited arbitration procedure. However, the legislation does not prevent the shortening of deadlines. This article analyses the nature of arbitration, its guiding principles, and compares the current regulations in our legal system with the expedited arbitration rules proposed by UNCITRAL. The analysis concluded that an amendment to the LAM is not necessary for the implementation of this type of arbitration.

KEYWORDS

Expedited arbitration; autonomy of will; flexibility; legal reform; discretion

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos reconocido por la Constitución de la República del Ecuador¹, que ha sido criticado por lo oneroso que puede llegar a ser en comparación con la gratuidad de la justicia ordinaria. Sin embargo, el arbitraje es preferido por sus usuarios porque el tiempo en el que se soluciona el conflicto es significativamente menor. Otros beneficios que lo hacen más atractivo son la confidencialidad, la especialización de los árbitros, la inapelabilidad de los laudos y su carácter de título de ejecución.

A pesar de aquello, la complejidad de los procesos arbitrales y la carga de trabajo de los árbitros pueden generar retardos en la conclusión del proceso arbitral. En respuesta a este problema, surge el arbitraje acelerado o *expedited arbitration* como un procedimiento que acorta los plazos y reduce los costos del arbitraje, convirtiéndose en una herramienta útil y necesaria para poner fin a una controversia en un tiempo abreviado y de manera simplificada.

Por un lado, la ley que regula el arbitraje en Ecuador es la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM), expedida en 1997, que hasta hoy no contempla un procedimiento de arbitraje acelerado. Por otro lado, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI) ha incorporado el Reglamento de Arbitraje Acelerado dentro de su Reglamento de Arbitraje.

El mencionado reglamento contiene normas que abrevian el procedimiento arbitral, se basan en la autonomía de la voluntad de las partes y, además, buscan encontrar un equilibrio entre la eficiencia del proceso, la protección de las garantías procesales y el trato equitativo entre las partes.

La presente investigación reflexiona acerca de la idoneidad de la implementación del arbitraje acelerado en procesos arbitrales en Ecuador. Considera a la autonomía de la voluntad como principio rector de la aplicación del arbitraje acelerado y a los derechos constitucionales del debido proceso como límites del ejercicio de esa autonomía. Además, se basa en el modelo de arbitraje acelerado propuesto por la CNUDMI. Finalmente, el análisis conducirá al lector a reflexionar acerca de la vía idónea para la implementación de este procedimiento en el Ecuador y verificar si es necesario reformar la LAM.

1 Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

1.1 EL ALCANCE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN EL ARBITRAJE

La autonomía de la voluntad de las partes para someter su conflicto a un proceso arbitral es la piedra angular de este sistema². El arbitraje se origina únicamente cuando hay un convenio arbitral escrito, que, conforme a los artículos 5 y 6 de la LAM³, puede consistir tanto en un documento firmado por las partes como en el intercambio de cartas o mensajes escritos en los que se evidencie su voluntad inequívoca de someter la resolución de su controversia a la decisión de un tribunal arbitral. La autonomía de la voluntad de las partes es de tal importancia que ha sido el eje central para concluir que los árbitros ejercen jurisdicción convencional cuando son concededores de una controversia. Aun así, no se puede dejar de reconocer que ha habido un arduo debate en torno a qué tipo de jurisdicción ejercen los árbitros, tal como se demostrará en los siguientes párrafos.

Para la Corte Constitucional de España, los árbitros no ejercen jurisdicción y tampoco están obligados a someterse a las exigencias propias de la tutela judicial efectiva⁴. En el contexto ecuatoriano, la discusión ha sido más reñida. Anteriormente, la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE) había insistido en que el hecho de que los árbitros no puedan hacer cumplir sus laudos a través de la coerción y tengan que recurrir a la justicia ordinaria para hacerlo, implica que no ejercen jurisdicción⁵. Sin embargo, una sentencia más reciente de la CCE estableció que, la autodeterminación de las partes expresada en el convenio o cláusula arbitral es la que les otorga la jurisdicción a los árbitros, misma que es de fuente convencional⁶.

En el mismo sentido, para María Elena Jara es indiscutible que los árbitros ejercen facultades jurisdiccionales⁷. De esta forma, el inciso 4 del artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ) es el que cierra cualquier discusión al respecto, ya que, textualmente, establece que “los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley”⁸. Con este contraste de ideas, se puede concluir que la jurisdicción de los árbitros es convencional y proviene de la cláusula arbitral, aunque el árbitro no posea potestad ejecutoria, sus decisiones tienen fuerza de cosa juzgada⁹.

2 Rodrigo Jijón, y Juan Manuel Marchán, “Breves reflexiones sobre el Arbitraje fast track”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º. 2 (septiembre de 2010): 506, <https://doi.org/10.36649/rea10>.

3 Artículo 4, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM]. R.O. Suplemento 309 del 14 de diciembre de 2006.

4 Sentencia 65/2021, Corte Constitucional de España, 15 de marzo de 2021, 13-14.

5 Sentencia 007-16-SCN, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de septiembre de 2016, 14.

6 Sentencia 2573-17-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de agosto de 2021, párr. 57.

7 María Elena Jara, *Tutela Arbitral Efectiva* (Quito: UASB-E / CEN, 2017), 31.

8 Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ]. R.O. Suplemento 544 del 09 de marzo de 2009.

9 Bruno Oppetit, *Teoría del arbitraje*, trad. por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinosa y José Joaquín Caicedo Demoulin (Bogotá: Legis Editores / Presses Universitaires de France / Universidad del Rosario -UR-, 2006), 63.

Por último, el criterio reiterado de la CCE en sus decisiones más recientes es reconocer la jurisdicción arbitral e identificar que los tribunales arbitrales imparten justicia.

El debate sobre el tipo de jurisdicción que ejercen los árbitros en Ecuador no puede ser inobservado ya que para González de Cossío: “La actitud que el derecho y tribunales nacionales tomen en relación con los procedimientos y el laudo arbitral depende en gran medida de la concepción que se asuma de la naturaleza jurídica del arbitraje”¹⁰. Así, es evidente que en Ecuador esta naturaleza jurídica es primordialmente convencional, por lo que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes prima por sobre el resto de los principios que pudieren estar inmersos en un proceso arbitral, mientras este no sobrepase los límites del debido proceso.

En la Constitución del Ecuador, el arbitraje es reconocido como un medio alternativo de solución de controversias¹¹, y el COFJ lo identifica como una forma de servicio a la comunidad que contribuye al cumplimiento del deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución y las leyes¹². Bajo el amparo de estas disposiciones, la validez y el espíritu del arbitraje es convencional, y el artículo 1 de la LAM lo evidencia en el siguiente sentido:

Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual **las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción**, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias (énfasis añadido)¹³.

Ahora, la autonomía de la voluntad de las partes se puede extender también a las reglas con las que se acuerda llevar el proceso. El artículo 2 de la LAM establece que, en un arbitraje independiente, las partes pueden pactar las normas bajo las cuales se desarrollará el proceso¹⁴. En este sentido, la CCE también establece que dentro del arbitraje las partes pueden fijar sus propias normas¹⁵; por su lado, el artículo 10 del Reglamento a la LAM¹⁶ también le otorga libertad de regulación a las partes, prescribiendo que las reglas procesales que se pacten podrían estar sujetas a un reglamento arbitral o no.

En este sentido, el *expedited arbitration*, que está diseñado para que el conflicto se pueda dirimir en el menor tiempo posible¹⁷, se convierte en una opción atractiva para aquellos que buscan una solución rápida a su controversia y,

10 Francisco González de Cossío, *Arbitraje* (Guadalajara: Editorial Porrúa, 2008), 13.

11 Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

12 Artículo 16, COFJ.

13 Artículo 1, LAM.

14 Id., artículo 2.

15 Sentencia 2573-17-EP/21, párr. 63.

16 Artículo 10, LAM.

17 Jijón y Marchán, “Arbitraje fast track”, 509.

por ende, deciden separarse de las normas procedimentales de la LAM cuando no se ajustan a sus necesidades más urgentes. Por lo tanto, es a partir del ejercicio de la autonomía de la voluntad, que las partes pueden renunciar a la justicia ordinaria y someterse a un proceso arbitral regular, o escoger alternativamente la opción del arbitraje acelerado¹⁸.

El ejercicio de la autonomía de la voluntad en el modelo de arbitraje acelerado de la CNUDMI va más allá de escoger este tipo de procedimiento. Además de ello, está diseñado para que los árbitros consulten, de manera constante, a las partes sobre la organización del proceso arbitral. Es más, la Comisión ha aclarado que la consulta con las partes debe ser interactiva, con el fin de que puedan expresar su apoyo, inquietudes u objeciones, previo a cualquier adopción de decisiones por parte del tribunal arbitral¹⁹.

2. EL ARBITRAJE ACELERADO EN LA CNUDMI

Como preámbulo, la CNUDMI creó uno de los instrumentos más importantes en materia de arbitraje internacional²⁰: la Ley Modelo de Arbitraje²¹. Sus principios y lineamientos fueron adoptados por Ecuador e incorporados en su legislación con la expedición de la LAM²². Además, a lo largo del tiempo, sus normas también han sido adoptadas por legislaciones de diversos países, logrando así armonizar y modernizar la regulación arbitral a nivel internacional²³. En este sentido, bajo la premisa de que la LAM se basa en las normas de la Ley Modelo de la CNUDMI, es preciso no pasar por alto las recientes normas sobre arbitraje acelerado creadas por este organismo internacional, que se incorporaron a su Reglamento de Arbitraje en septiembre de 2021.

El Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI²⁴ contiene una nota explicativa que define al *expedited arbitration* como “un procedimiento simplificado y sencillo que se desarrolla en un período de tiempo abreviado y que permite a las partes poner fin definitivamente a una controversia ahorrando costos y tiempo”²⁵. El arbitraje acelerado permite ajustar sus plazos reducidos a las necesidades de los litigantes²⁶. Según González de Cossío, la Ley Modelo de la CNUDMI refleja la postura minimalista y el principio de la autonomía

18 Ibid., 507.

19 Nota explicativa de la Asamblea General de la CNUDMI acerca del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI, Resolución, Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/76/108, 9 de diciembre de 2021, párr. 60 y 61.

20 Eduardo Carmigniani y Carla Cepeda, “Implementación (parcial) en Ecuador de principios de la Ley Modelo CNUDMI, sobre arbitraje comercial. Retrospectiva histórica y necesidades”, *Revista ecuatoriana de arbitraje*, n.º. 8 (noviembre de 2017): 351, <https://doi.org/10.36649/rea10>.

21 Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Documento de las Naciones Unidas, Resolución, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/ 40/17, Anexo I, del 21 de junio de 1985.

22 Carmigniani y Cepeda, “Implementación de la Ley Modelo CNUDMI”, 351.

23 González de Cossío, *Arbitraje*, 11.

24 Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI. Resolución, Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/76/108, 9 de diciembre de 2021.

25 Nota explicativa del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI, p. 48.

26 Jijón, y Marchán, “Arbitraje fast track”, 507.

de la voluntad en el arbitraje²⁷. Ahora bien, las normas de arbitraje acelerado expedidas por la CNUDMI, que son bastante más modernas que la Ley Modelo que data de 1985²⁸, conservan esa perspectiva minimalista y reforzadora del principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

Así, a diferencia del criterio adoptado por dos centros de arbitraje de Ecuador —como se estudiará posteriormente en este artículo—, las normas de arbitraje acelerado de la CNUDMI nacen a la luz de la autonomía de la voluntad, más allá de la cuantía del proceso. La prevalencia de este principio se refleja en las siguientes normas: el artículo 1 del Reglamento de Arbitraje Acelerado establece que el único requisito para que un procedimiento sea tramitado bajo sus reglas es el acuerdo de las partes de someter la controversia a arbitraje acelerado²⁹. Conforme al artículo 2 del reglamento, el requisito para que este procedimiento deje de aplicarse directamente es, una vez más, el acuerdo de las partes³⁰.

El Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI no identifica requisitos adicionales para que este procedimiento sea aplicado. No obstante, sí existen normas que le otorgan discrecionalidad al árbitro para dejar de aplicar los parámetros del arbitraje acelerado o, en su defecto, adecuarlos a las necesidades propias del proceso en concreto³¹.

Además, el grado de discrecionalidad otorgado al árbitro en el modelo de arbitraje acelerado de la CNUDMI se dispersa a otras normas procesales. Por ejemplo, el artículo 3.3 del Reglamento³² establece que el árbitro podrá utilizar los medios tecnológicos que considere apropiados para conducir el proceso e incluso llevar a cabo audiencias. El artículo 10³³ establece que el árbitro podrá acortar o extender cualquier plazo del proceso en cualquier momento. El artículo 11³⁴ lo autoriza a decidir la no celebración de audiencias. Por último, el artículo 15³⁵ establece que el árbitro tiene la facultad de determinar qué pruebas deben presentar las partes en el proceso.

Sin embargo, antes de aplicar estas normas, el árbitro debe invitar a las partes a expresar su opinión. Asimismo, la Comisión ha aclarado que la discrecionalidad que le otorga el artículo 10 del Reglamento al árbitro refuerza su facultad para adaptar el proceso a las circunstancias propias del caso sin que esto constituya un riesgo de impugnación del laudo cuando se intente ejecutar³⁶.

27 Ibid.

28 Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, p. 25. Resolución, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/61/33, 4 de diciembre de 2006.

29 Artículo 1, Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI, 2021.

30 Id., artículo 2.

31 Id., artículo 10.

32 Id., artículo 10.

33 Id., artículo 10.

34 Id., artículo 11.

35 Id., artículo 15.

36 Nota explicativa del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI, párr. 68.

Bajo la observación de estas normas, es válido recordar que uno de los elementos fundacionales del arbitraje internacional es la discrecionalidad que se le otorga a los árbitros para fijar las reglas del procedimiento arbitral, en concordancia con el consentimiento de las partes³⁷. Claro que la discreción de los árbitros —al igual que la autonomía de la voluntad de las partes— está limitada por la garantía constitucional al debido proceso. En esta línea, para la CNUDMI las normas de arbitraje acelerado contenidas en el Reglamento “logran un equilibrio entre la eficiencia del proceso arbitral y la necesidad de preservar las garantías procesales en garantía del trato equitativo”³⁸. Por último, en Ecuador la CCE también ha establecido que el tribunal arbitral posee la facultad de dirección del proceso y, por lo tanto, puede tomar decisiones como la de no celebrar la audiencia de estrados³⁹.

Además de las normas referentes a la prevalencia del principio de la autonomía de la voluntad de las partes y la discrecionalidad de los árbitros en este tipo de procedimiento arbitral, el modelo de arbitraje acelerado de la CNUDMI incluye otras novedades que deben ser estudiadas y contrastadas con las normas de cada legislación.

2.1 ARBITRAJE ACELERADO DE LA CNUDMI VS. ARBITRAJE EN LA LAM

Una vez estudiado qué es el arbitraje acelerado e identificados los principios rectores del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI, es preciso verificar si las normas de arbitraje acelerado CNUDMI son compatibles con la LAM y la Constitución.

2.1.1 PLAZO PARA EMITIR EL LAUDO

Para la doctrina, una de las características principales del arbitraje acelerado es la reducción del tiempo para laudo⁴⁰. En la legislación ecuatoriana, los árbitros disponen de 150 días término, a partir de la audiencia de sustanciación y la declaración de competencia del tribunal, para emitir el laudo. Cabe recalcar que este tiempo puede prorrogarse hasta por un término de 150 días adicionales. En el reglamento de la CNUDMI, el plazo para emitir el laudo es de seis meses, contados desde la constitución del tribunal arbitral. A su vez, este plazo puede prorrogarse según lo acordado por las partes, siempre que no exceda los nueve meses desde la fecha de la constitución del tribunal

37 Ana María Larrea, “La regulación por los árbitros del proceso arbitral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º. 13 (diciembre de 2022): 281, <https://doi.org/10.36649/rea1312>.

38 Nota explicativa del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI, párr. 48.

39 Sentencia 177-15-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 18 de noviembre de 2020.

40 Jijón y Marchán, “Arbitraje fast track”, 511.

arbitral. Según la Comisión, eso concuerda con la expectativa de las partes de que el laudo se dicte en el menor tiempo posible⁴¹.

Uno de los desafíos para la legislación ecuatoriana es que la etapa prearbitral del arbitraje administrado dura entre 6 meses y 1 año⁴², lo que puede alargar los procesos arbitrales. Las partes no pueden prescindir de las normas que se refieren a los hitos de la etapa prearbitral consistentes en la presentación de la demanda arbitral, citación con la demandada, contestación, reconvencción y conformación del tribunal arbitral. Sin embargo, las partes podrían establecer mecanismos para que la etapa prearbitral sea más ágil y menos engorrosa al reducir los tiempos de citación, mediante la inclusión de mecanismos como la citación en el domicilio contractual, que hoy bien podría incluir el correo electrónico, entre otras posibles tecnologías.

Si se opta por estas adaptaciones, la diferencia de tiempo para dictar el laudo entre el modelo de arbitraje acelerado de la CNUDMI y el arbitraje administrado previsto en nuestra legislación no varía de manera significativa. Dado que, sin ampliaciones, 150 días término equivalen aproximadamente a 7,5 meses. Sin embargo, el Reglamento de Arbitraje Acelerado se diseñó para el arbitraje internacional en que, generalmente, se prevén plazos más extensos debido a su mayor complejidad. Además, con la consideración del párrafo anterior, el hecho de que en la LAM este tiempo se contabiliza a partir de la audiencia de sustanciación y en el Reglamento de la CNUDMI se cuenta desde la constitución del tribunal arbitral no implica un cambio radical, ya que, de acuerdo con el artículo 22 de la LAM, la audiencia de sustanciación se celebra justo después de que el tribunal se ha constituido.

2.1.2 CITACIÓN Y NOTIFICACIÓN DE LAS ACTUACIONES

Se puede identificar que en el Reglamento de la CNUDMI las actuaciones tienden a ser más directas. Esto bajo la lógica de que es un procedimiento diseñado para arbitrajes internacionales. Así, la notificación es fundamental toda vez que de ella depende la homologación del laudo y, por consecuencia, su ejecución. En el arbitraje nacional la citación tiene igual importancia porque de su omisión podría devenir una acción de nulidad del laudo⁴³.

En el Reglamento de la CNUDMI el actor debe notificar al demandado de manera directa con el escrito de demanda, incluso sin que medie la calificación de esta⁴⁴. En cambio, en la LAM, la citación al demandado está a cargo

41 Nota explicativa del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI, párr. 86.

42 No hay estadísticas oficiales del Consejo de la Judicatura respecto de la duración de la etapa prearbitral del arbitraje, pero se puede tener como referencia la estadística brindada por el Centro de la Cámara de Comercio de Quito, el cual es el centro que más arbitrajes tramita al año.

43 Ana Carolina Donoso, "Análisis de derecho comparado, las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)", *Ius Humani. Revista de Derecho*, Vol. 2 (diciembre de 2011): 162, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4999989>.

44 Artículo 4, Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI.

del centro de arbitraje o del árbitro si el arbitraje no es administrado, y se practica una vez que la demanda ha sido calificada⁴⁵. Esta variación que, en principio, parecería simplificar el proceso, al mismo tiempo podría representar un riesgo debido a que la falta de citación con la demanda conforme a la ley es una causal de nulidad del laudo pues el ordenamiento jurídico ecuatoriano la identifica como una solemnidad sustancial:

Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:

a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; [...] (énfasis añadido)⁴⁶.

Conforme con la norma, la acción de nulidad del laudo cabe cuando la citación —no conforme a la ley— haya impedido al demandado comparecer al proceso y hacer valer sus derechos. La LAM establece que la citación se practicará de la siguiente manera:

Art. 11. – Presentada la demanda, el director del centro de arbitraje, o si fuere el caso, el árbitro o árbitros independientes previa su posesión conforme lo establecido en el artículo 17, calificarán la demanda y mandarán a citar a la otra parte, debiendo practicarse la diligencia de citación dentro de los cinco días subsiguientes, concediéndole el término de diez días para que conteste con los mismos requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil para la contestación de la demanda [...] ⁴⁷.

Entonces, el riesgo que representa la aplicación de la citación directa en Ecuador daría paso a una acción de nulidad del laudo solo si se cumple el supuesto del artículo 31 literal a de la LAM. Es decir, que la manera en la que se practicó la diligencia haya impedido al demandado comparecer al proceso y que además este se haya llevado a cabo en rebeldía.

En este sentido, la norma de citación de la CNUDMI se debe analizar con cuidado en nuestra jurisdicción cuando los procesos son llevados y concluidos en rebeldía. Mientras que en la legislación no exista un procedimiento de arbitraje acelerado que permita al actor citar directamente al demandado sin que medie la calificación de la demanda, esto podría ser causal de nulidad; así, la acción de nulidad se consideraría un medio de impugnación del laudo por errores *improcedendo* en el arbitraje⁴⁸.

45 Artículo 11, LAM.

46 Id., artículo 31.

47 Artículo 11, LAM.

48 Sentencia 31-14-EP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 19 de noviembre de 2019, párr. 41.

Sin perjuicio de lo anterior, se debe resaltar que la CCE le ha otorgado la debida validez al domicilio convencional. Se ha establecido que no es necesario agotar todos los mecanismos para determinar el lugar de citación siempre que las partes hayan convenido un domicilio en el contrato, pues el domicilio contractual nace de la autonomía de la voluntad de las partes y sirve como base legal para todos los efectos derivados de un contrato⁴⁹. Esto, evidentemente, contribuye a la agilización del proceso arbitral, siendo la etapa de citación la que más lo dilata.

Por último, el mismo artículo 4 del reglamento de la CNUDMI establece que, junto al escrito de demanda, el actor debe proponer un árbitro, que será nombrado una vez que el demandado haya presentado su escrito de contestación⁵⁰. En contraste, la LAM prevé que la designación de árbitros se hace después de la audiencia de mediación intraprocésal, que se llevará a cabo a menos de que las partes acuerden no hacerlo⁵¹. Esta etapa intraprocésal podría alargar el proceso dependiendo del tiempo que las partes quieran destinarle en procura de llegar a un acuerdo.

2.1.3 ÁRBITRO ÚNICO

Como se ha establecido a lo largo del presente artículo, el arbitraje acelerado es un procedimiento que, además de reducir los tiempos del proceso también busca reducir sus costos; de esta forma, se considera a la rentabilidad una de las fuerzas impulsoras del *fast track arbitration*⁵². Dichos costos consisten, por lo general, en gastos administrativos, honorarios del tribunal arbitral, costos de peritos o expertos y costos legales que corresponden a los honorarios de defensa⁵³.

Uno de los elementos que contribuye a la reducción de los costos en el arbitraje es la sustanciación del proceso por un árbitro único. Así, en el modelo de arbitraje acelerado de la CNUDMI, el proceso es conocido por un árbitro único, a menos que las partes acuerden algo diferente, según lo establecido en el artículo 7 del Reglamento⁵⁴. En contraste, los artículos 16 y 17 de la LAM contemplan que, por defecto, el proceso será conocido por un tribunal conformado por tres árbitros principales y un alterno, a menos de que las partes acuerden que sea conocido por un árbitro único.

49 Sentencia 2573-17-EP/21, CC. párr. 72.

50 Artículo 8, Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI.

51 Artículo 15, LAM.

52 Irene Welsch y Christian Klausegger, "Fast Track Arbitration: Just Fast or Something Different?", en *Austrian Arbitration Yearbook*, ed. Christian Klausegger et al. (Bern: Stampfli Verlag, 2009), 263.

53 Ana María Arrarte y Diachi Yano, "Cuando los costos, cuentan", Forseti, *Revista de Derecho*, Vol. 11, n.º. 17 (enero de 2023): 10, <https://doi.org/10.21678/forseti.v11i17>.

54 Artículo 7, Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI.

Para la CNUDMI, “las actuaciones en las que intervenga un tribunal arbitral integrado por más de una persona podrían ser menos ágiles”⁵⁵, además de que, evidentemente, los honorarios del tribunal arbitral se reducirían si este es conformado por una sola persona. Con el propósito de respetar estos criterios, en los arbitrajes acelerados a realizarse a la luz de la LAM, las partes deberían acordar en el convenio arbitral que se someterán a la decisión de un solo árbitro.

2.1.4 CELEBRACIÓN DE AUDIENCIAS

En el arbitraje acelerado, los factores que contribuyen a la reducción de costos están relacionados a la simplificación de los procesos, los límites de tiempo estrictos y la celebración de audiencias más cortas o la omisión de ellas⁵⁶. Así, conforme al artículo 11 del Reglamento de la CNUDMI, el árbitro puede decidir no celebrar audiencias si ninguna de las partes lo ha solicitado⁵⁷.

Acerca de esta regla, la Comisión ha explicado que la celebración de audiencias puede provocar que el proceso se demore. Sin embargo, también considera que si la celebración de estas es imperante para fines útiles como la declaración de testigos o peritos es preferible llevarlas a cabo⁵⁸, siempre y cuando la solicitud de que se celebre la audiencia sea presentada en una etapa oportuna. De lo contrario podría impedir que el árbitro cumpla el plazo para laudar⁵⁹.

En el caso de la LAM, la celebración de la audiencia de sustanciación y las diligencias probatorias para la práctica y contradicción de pruebas son fases orales obligatorias del proceso arbitral⁶⁰. La CCE ha establecido que estas fases garantizan el derecho a la defensa de las partes, derecho reconocido por la Constitución del Ecuador⁶¹.

Entonces, a diferencia del proceso arbitral ordinario que posee Ecuador, el modelo de arbitraje acelerado de la CNUDMI permite que el conflicto sea dirimido únicamente sobre la base de documentos, sin que esto represente un riesgo para el derecho a la defensa de las partes, ya que depende de ellas la solicitud de la celebración de audiencias. En todo caso, en el arbitraje acelerado, la conducta de las partes y del tribunal arbitral debe basarse en la eficiencia del proceso, ya que la regla clave en el *expedited arbitration* es que los límites temporales sean estrictos, tanto para los árbitros como para las partes⁶².

55 Nota explicativa del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI, párr. 47

56 Irene Welser y Christian Klausegger, “Fast Track Arbitration: Just Fast or Something Different?”, 273.

57 Art. 11, Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI CNUDMI.

58 Nota explicativa del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI, párr. 72.

59 *Ibid.*, párr. 73.

60 Sentencia 177-15-EP/20, CC. párr. 24.

61 *Id.*

62 Welser y Klausegger, “Fast Track Arbitration: Just Fast or Something Different?”, 261.

2.1.5 ¿ARBITRAJE ADMINISTRADO O INDEPENDIENTE?

Como se señaló, el arbitraje acelerado de la CNUDMI encuentra su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes. En la LAM existe una norma que faculta a las partes a pactar la manera en la que se desarrollará el proceso arbitral:

Art 2.- El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje, **y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley** (énfasis añadido)⁶³.

Bajo esta premisa se podría mencionar que en un arbitraje independiente las partes estarían facultadas de pactar la aplicación de las normas de arbitraje acelerado de la CNUDMI, siempre que ellas se ajusten a la LAM. Así, todo proceso arbitral que sea desarrollado bajo las normas pactadas y no las de un centro de arbitraje será independiente. En este sentido, la Comisión ha aclarado que la aplicación del Reglamento de Arbitraje Acelerado implica que las partes cooperen con el objetivo de lograr la eficiencia del proceso, sobre todo en los arbitrajes ad hoc en los que no existe una institución que agilice el proceso⁶⁴.

Ahora, ¿podría un arbitraje administrado adaptar las normas de *expedited arbitration* de la CNUDMI? Para que un arbitraje sea administrado y al mismo tiempo se apliquen las normas de arbitraje acelerado CNUDMI, el reglamento del centro debe permitir la aplicación de normas convencionales y además esas normas deberían ser compatibles con las reglas propias del centro.

Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje Local para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación AMCHAM Quito establece:

Art 5.3.- Las partes de manera expresa y de mutuo acuerdo podrán establecer normas de procedimiento distintas a las establecidas en este Reglamento, salvo en lo tendiente a los tarifarios ni métodos de pago establecidos por el Centro y a modificar, condicionar o reducir las funciones asignadas al Centro por los Reglamentos Arbitrales⁶⁵.

En este caso en concreto, se evidencia que las normas de arbitraje acelerado CNUDMI serían compatibles con lo que el reglamento del Centro de Arbitraje AMCHAM permite, ya que este procedimiento abreviado no modifica las tarifas, métodos de pago o lo tendiente a las funciones del Centro. Así, un arbitraje conocido por este centro puede ser administrado y, al mismo tiempo, aplicar las normas de arbitraje acelerado.

⁶³ Artículo 2, LAM.

⁶⁴ Nota explicativa del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI, párr. 20.

⁶⁵ Artículo 5.3, Reglamento de Arbitraje Local para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación AMCHAM Quito, Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana 2021.

De igual manera, el Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito también permite que las partes acuerden las normas de procedimiento en el convenio arbitral:

Art 99. – Normas de procedimiento aplicables. – **Las normas de procedimiento que rijan el arbitraje ante este Centro serán** las aquí establecidas, las señaladas en la Ley de Arbitraje y Mediación y su Reglamento, **las acordadas por las partes en el convenio arbitral** y las que acuerden o acepten en la Audiencia de sustanciación y demás normas aplicables [...] (énfasis añadido)⁶⁶.

Entonces, se puede concluir que la LAM permite que las partes convengan las normas procedimentales del arbitraje, siempre que estas no contravengan la misma ley. Asimismo, los reglamentos de arbitraje estudiados permiten la aplicación de normas convencionales cuando estos administren el procedimiento arbitral. Por ello, las partes podrían convenir someterse a un arbitraje independiente o administrado y adaptar las normas de arbitraje acelerado CNUDMI.

3. EL ARBITRAJE ACELERADO EN ECUADOR: ESTUDIO DE LOS REGLAMENTOS DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE

A continuación, se analizan los reglamentos de centros de arbitraje del país que contienen normas de arbitraje acelerado, con el propósito de verificar si estos reglamentos han adoptado requisitos adicionales al acuerdo de las partes.

En Ecuador hay 23 centros de arbitraje aprobados por el Consejo de la Judicatura⁶⁷. De ellos, tres ya han incorporado reglas de arbitraje acelerado en sus reglamentos, utilizando el calificativo de procedimiento abreviado: el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (en adelante Centro de Arbitraje CCQ), el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil (en adelante Centro de Arbitraje CCG), y el Centro de Arbitraje y Mediación UEES. De estos tres centros, los dos primeros utilizan a la cuantía del proceso arbitral como criterio rector de la aplicación del procedimiento abreviado, mientras que el reglamento del Centro de Arbitraje UEES tiene una sola norma que precautela la aceleración del arbitraje admitiendo la posibilidad de que las partes reduzcan los plazos del arbitraje siempre y cuando lo apruebe el tribunal arbitral⁶⁸.

66 Artículo 99, Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Cámara de Comercio de Quito [Reglamento de Arbitraje y Mediación CCQ] 2023.

67 Ver, Listado de Centros de Arbitraje aprobados por el Pleno y la Dirección General del Consejo de la Judicatura. Secretaría General – Unidad de Registro de Centro de Mediación actualizado al 10 de julio de 2023, en el siguiente enlace: <https://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/component/content/article/533.html>.

68 Reglamento General del Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad Particular de Especialidades Espíritu Santo (UEES), 2021. “Artículo 63.- Las partes podrán reducir los diferentes términos previstos en este Reglamento, o estipular un término para que se dicte el laudo o se termine el arbitraje. El acuerdo para reducir los términos, dar un término para que se dicte el laudo o se termine el arbitraje, será efectivo cuando lo apruebe el tribunal arbitral. No obstante, la existencia de un acuerdo de las partes reduciendo o estableciendo los términos a que se refiere este artículo, el tribunal arbitral por iniciativa propia o si lo encuentra justificado, podrá prorrogar los plazos acordados por las partes, pero no más allá de un lapso igual al inicialmente convenido”.

Por otro lado, el reglamento del Centro de Arbitraje de la CCG establece que la cuantía de la controversia y el número de litigantes son dos requisitos sine qua non para la aplicación del procedimiento abreviado, en el siguiente sentido:

Art. 65.- Arbitraje abreviado

El procedimiento abreviado será aplicable siempre que reúnan las siguientes condiciones:

1. Que la cuantía total de la controversia sea inferior a US\$60.000 dólares de los Estados Unidos de América;
2. Que las partes litigantes no sean más de dos (actor y demandado);
3. Que las partes lo hayan pactado en la cláusula arbitral.

La Dirección del Centro o el Tribunal podrán consultar a las partes si, no habiéndolo pactado en la cláusula arbitral, pero reuniéndose los demás supuestos, o resultando conveniente dadas las características del caso, aceptan aplicar el procedimiento abreviado.

El procedimiento que se haya pactado como abreviado, se llevará a cabo de forma totalmente digital, con expediente electrónico y diligencias por medios telemáticos⁶⁹.

Casi en la misma línea, el reglamento del Centro de Arbitraje CCQ establece lo siguiente:

Art. 140.- Aplicabilidad. - Las Reglas sobre Procedimiento de Arbitraje Abreviado establecidas en el presente título serán aplicables: En todos los casos en los que la cuantía, sumando la demanda y la eventual reconvencción, no supere los doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América (USD \$200.000); o, las partes así lo acuerden expresamente antes o una vez iniciado el arbitraje previo a la constitución del tribunal, cualquiera que sea el monto en disputa⁷⁰.

De esta manera, el Centro de Arbitraje de la CCG identifica la cuantía como un requisito sin el cual las partes no pueden someterse a este tipo de procedimiento. En contraste, para el Centro de Arbitraje de la CCQ, si bien la cuantía de la controversia es un criterio rector para la aplicación de este procedimiento, el reglamento también contempla que, independientemente de la cuantía de la controversia, en caso de que las partes así lo acuerden expresamente, una controversia se podrá tramitar bajo las reglas del procedimiento abreviado.

Cabe mencionar que el criterio de cuantía adoptado por estos dos centros de arbitraje puede estar inspirado en el modelo de arbitraje acelerado de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), el cual está diseñado para los *lower-value cases*⁷¹, donde la cuantía es el principio rector de aplicación de este procedimiento.

69 Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Directorio de la Cámara de Comercio de Guayaquil, 2022.

70 Artículo 140, Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Se sugiere reemplazar con la abreviación “[Reglamento de Arbitraje y Mediación CCQ]”.

71 International Chamber of Commerce, “ICC Arbitration Clauses”. ICC, 1 de enero de 2021, <https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/standard-icc-arbitration-clauses-english-version/>.

Así, a pesar de que son solamente tres los centros de arbitraje en el país que cuentan con un procedimiento de *expedited arbitration*, se puede decir que la realidad del Ecuador frente a la adopción del arbitraje acelerado es que la cuantía del proceso es el criterio de aplicación de este procedimiento en los centros de arbitraje.

4. ¿ES NECESARIO REFORMAR LA LAM?

Después del estudio de la naturaleza del arbitraje acelerado en las normas expedidas por la CNUDMI y el contraste de estas con la legislación vigente, queda analizar si para la implementación de este procedimiento en Ecuador es necesaria una reforma a la LAM o, por el contrario, si existe una vía más adecuada para su aplicación.

Se ha considerado que en Ecuador “el arbitraje doméstico no ha resultado muy innovador en cuanto a las pinceladas que los árbitros puedan introducir para hacerlo más eficiente”⁷². Por lo tanto, una reforma legal a la LAM podría contribuir a la modernización del sistema arbitral vigente y a su descongestión en términos procesales.

Sin embargo, el arbitraje se entiende como un componente del microsistema de la empresa⁷³. Por su naturaleza procesal tiende a ser flexible y permite que su estructura se adapte como un guante al proceso en concreto y los intereses particulares de las partes⁷⁴. En esta línea de pensamiento, Hugo García Larriva considera que no se debe tratar a la LAM como un código de procedimiento y buscar respuestas exhaustivas a cuestiones procesales en ella, ya que esto sería contrario a esta naturaleza negocial y flexible del arbitraje⁷⁵. Así, una reforma legal para incluir normas de arbitraje acelerado en la LAM podría entorpecer la naturaleza flexible y convencional del arbitraje y resultar contraproducente para este sistema. Entonces, ¿cuál es la vía idónea?

4.1 CLÁUSULA ARBITRAL O ACUERDO DE LAS PARTES

Se ha estudiado que las partes pueden adecuar el proceso arbitral según sus necesidades más urgentes con la sola expresión de estas reglas en un acuerdo. Con base en ello, se podría concluir que la vía más idónea de aplicación es la convencional y que, por lo tanto, no es necesario reformar la LAM. Sin embargo, ¿qué sucede con las cláusulas que contradicen la ley o la Constitución?

72 Ana María Larrea, “La regulación por los árbitros del proceso arbitral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º. 13 (diciembre de 2022): 283, <https://doi.org/10.36649/rea1312>.

73 Ricardo Luis Lorenzetti, *Teoría de la decisión judicial: Fundamento de derecho* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2020), 37.

74 Larrea, “La regulación por los árbitros del proceso arbitral”, 279.

75 Voto salvado dentro del arbitraje 055-21, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, 15 de agosto de 2022, citado en Ana María Larrea, “La regulación por los árbitros del proceso arbitral”, 278.

En las normas previamente estudiadas, se observa que el modelo de arbitraje acelerado de la CNUDMI permite que el actor cite de manera directa al demandado. No obstante, en Ecuador, la forma legal de citar al demandado es a través del director del centro o del árbitro⁷⁶. Además, se analizó que, en el modelo de arbitraje acelerado, no se celebran audiencias a menos que las partes lo soliciten. Al contrario, la LAM establece que la audiencia de sustanciación es obligatoria en el proceso arbitral pues garantiza el derecho constitucional a la defensa.

Desde esta perspectiva, se puede mencionar que este par de normas de la CNUDMI —que buscan la simplificación del proceso arbitral— contradicen lo establecido por la ley e incluso podrían vulnerar el derecho a la defensa como garantía del debido proceso⁷⁷. Así, el principio de autonomía de la voluntad de las partes entraría en disputa con la ley y la Constitución.

Sin embargo, si se observa desde la perspectiva flexible del arbitraje, se podría afirmar que la autonomía de la voluntad de las partes contrarresta la disputa entre este principio, la ley y la Constitución. Es decir, si los justiciables expresan de manera inequívoca su voluntad de aceptar ser citados directamente por su contraparte en su domicilio convencional o renuncian a celebrar la audiencia de sustanciación, la ley o la Constitución no deberían prohibir estas decisiones, ya que el principio de autonomía de la voluntad es el eje que guía al proceso arbitral en todo momento.

Adicionalmente, el Reglamento a la LAM⁷⁸ le otorga libertad de regulación de las actuaciones a las partes en el siguiente sentido:

1. Las partes podrán pactar y determinar libremente las reglas procesales a las que se sujetará el tribunal arbitral en sus actuaciones, sea directamente o por referencia a un reglamento arbitral. A falta de acuerdo o en ausencia de una disposición aplicable, el tribunal arbitral 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 arbitral [...]⁷⁹.

Por último, para Ana María Larrea, el procedimiento *fast track* en Ecuador también procedería si el tribunal lo sugiere y las partes lo aceptan⁸⁰. Por lo tanto, se evidencia que la LAM es compatible con las normas de arbitraje acelerado de la CNUDMI. No es necesario reformar la LAM para la implementación de este procedimiento toda vez que puede ser adoptado por las partes a través de la cláusula arbitral o incluso como una sugerencia dentro del proceso. ¿Existe otra vía?

76 Artículo 11, LAM.

77 Artículo 76.7, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

78 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, Decreto presidencial 165, Presidencia de la República. Registro Oficial 524 del 18 de agosto de 2021.

79 Artículo 10, Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación.

80 Larrea, "La regulación por los árbitros del proceso arbitral", 284.

4.2 VÍA REGLAMENTARIA

En efecto, el arbitraje acelerado puede ser implementado por medio de los reglamentos de los centros de arbitraje, tal como se evidenció anteriormente. El artículo 40 de la LAM ha otorgado potestades reglamentarias a los centros de arbitraje. La norma establece que todo centro deberá tener su propio reglamento y que este regulará aspectos mínimos relacionados al funcionamiento del centro y las tarifas arbitrales y de mediación⁸¹.

En este sentido, los centros de arbitraje del país podrían incluir normas de arbitraje acelerado en sus reglamentos y las partes escoger someterse a estas normas. Para Ana María Larrea, los reglamentos de los centros de arbitraje son las normas acordadas por las partes y, por tanto, pueden estar jerárquicamente por encima de la ley⁸². Además, hay que recordar que el presidente de la República posee la atribución de expedir los reglamentos necesarios para las leyes⁸³. Así, en agosto de 2021 se expidió el Reglamento a la LAM en el que se ha agregado un nuevo proceso arbitral que no constaba en la ley: el arbitraje de emergencia.

Entonces, una reforma al vigente Reglamento a la LAM que adopte las normas de *expedited arbitration* puede contribuir a la homogenización de las normas de arbitraje acelerado en Ecuador y, al mismo tiempo, no impediría que los centros de arbitraje tengan sus propias normas o que las partes acuerden las suyas.

5. CONCLUSIONES

El principio de autonomía de la voluntad de las partes es el que rige al arbitraje en todo momento, por lo que la aplicación de un proceso abreviado en arbitraje debe estar basado en la voluntad inequívoca de los justiciables de acortar los plazos y simplificar los procesos.

En Ecuador no existe legislación que prevea un procedimiento acelerado en el arbitraje. Sin embargo, el artículo 2 de la LAM permite que las partes pacten las reglas de procedimiento para la resolución de su controversia. Lo anterior

81 Artículo 40, Ley de Arbitraje y Mediación: (Se sugiere continuar con el formato en citas anteriores y utilizar la abreviación "LAM")

Artículo 40.- Todo centro de arbitraje tendrá su propio reglamento que deberá regular al menos, los siguientes asuntos:

- a) La manera de formular las listas de árbitros, secretarios y mediadores, las que tendrán una vigencia no superior a dos años, los requisitos que deben reunir las personas que las integren, y las causas de exclusión de ellas;
- b) Tarifas de honorarios para árbitros, secretarios y mediadores y la forma de pago de éstas;
- c) Tarifas para gastos administrativos y la forma de pago de éstas;
- d) Forma de designar al director del centro, sus funciones y facultades; y,
- e) Código de ética para los árbitros, secretarios y mediadores.

82 Larrea, "La regulación por los árbitros del proceso arbitral", 277.

83 Artículo 147.13, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

da paso a la adopción de las normas de arbitraje acelerado CNUDMI, que evidencia la naturaleza flexible del sistema arbitral en Ecuador. Las normas del modelo de arbitraje acelerado de la CNUDMI toman al principio de autonomía de la voluntad como el rector de las actuaciones procesales en este tipo de procedimiento.

También se demostró que estas normas son, en su mayoría, compatibles con la legislación ecuatoriana, toda vez que el país ha adoptado en la LAM los principios y lineamientos de la Ley Modelo de Arbitraje de este organismo internacional. Sin embargo, se han identificado dos posibles contradicciones entre las normas de la CNUDMI y nuestro ordenamiento jurídico: la citación directa por parte del actor al demandado y la omisión de la audiencia de sustanciación.

En el sistema arbitral ecuatoriano, la forma legal de citar al demandado es a través del centro de arbitraje o del árbitro, una vez calificada la demanda. Mientras que, en el arbitraje acelerado de la CNUDMI, la regla es que el actor notifique directamente al demandado sin que se haya calificado la demanda. La aplicación de esta norma de arbitraje acelerado podría resultar en la nulidad del laudo arbitral si se comprobara que el demandado no se citó legalmente, impidiéndole comparecer al proceso arbitral y siempre que este se haya tramitado en rebeldía. En consecuencia, no es recomendable notificar directamente al demandado mientras no exista una reforma a las normas sobre citación previstas en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Por otro lado, el sistema de administración de justicia en Ecuador es oral, en concordancia con los principios de concentración, contradicción y dispositivo⁸⁴. La omisión de la audiencia de sustanciación en el arbitraje podría representar un riesgo para la garantía de los principios y derechos establecidos en la Constitución, especialmente para el derecho a la defensa como una garantía del debido proceso. De acuerdo con la CCE⁸⁵, esta etapa oral garantiza el derecho a la defensa de las partes en igualdad de condiciones. Por lo tanto, no sería viable aplicar esta norma sin una reforma legal que lo permita.

En todo caso, la investigación ha evidenciado que la ley ecuatoriana promueve que la autonomía de la voluntad de las partes rija el proceso arbitral no solo en el convenio, sino también en el mismo desarrollo del procedimiento ya que las partes pueden, en diálogo con el tribunal arbitral, acordar las normas del procedimiento.

Por esta razón, se concluye que no es necesario reformar la LAM para la implementación del modelo de arbitraje acelerado de la CNUDMI. Además, una regulación exhaustiva de las normas arbitrales en la ley podría desnaturalizar

84 Artículo 168.6, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

85 Sentencia 177-15-EP, Corte Constitucional del Ecuador, párr. 24.

la intención original del legislador de establecer una ley de arbitraje flexible y dinámica, por lo que tampoco es la vía idónea.

Entonces, existen dos vías idóneas para la implementación del arbitraje acelerado en Ecuador: la vía convencional y la reglamentaria siempre que se garantice las normas de debido proceso previstas en el artículo 76 de la Constitución.

Lo anterior sin perjuicio de que el espíritu de la LAM y de su reglamento ampara que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, las partes pueden acordar normas sobre arbitraje acelerado en el convenio arbitral para ajustar el convenio a sus necesidades y urgencias.

PBP Pérez
Bustamante
& Ponce



TENEMOS LA EXPERIENCIA



WWW. PBPLAW.COM

 Pérez Bustamante & Ponce (PBP)

 @pbplaw

DINAMISMO - INTEGRIDAD - LEALTAD



LEXVALOR

ABOGADOS

Firma Full Service

"What makes Lexvalor unique is that they work as business partners and not as an external advisor. They understand business needs and give their best advice based on this."

Nominada como Firma Ecuatoriana del Año por Chambers and Partners Latin America 2023.

www.lexvalor.com

¿El administrador y representante legal de una compañía es mandatario o trabajador? Análisis sobre la naturaleza jurídica de la figura

The administrator and legal agent of a company is a representative or an employee? Analysis of the legal nature of the figure

NICOLÁS VELA NARANJO*

GABRIELA JÁCOME AGUIRRE**

Recibido / Received: 23/01/2024

Aceptado / Accepted: 27/03/2024

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3229>

Citación:

Vela Naranjo, N. G. Jácome Aguirre, “¿El administrador y representante legal de una compañía es mandatario o trabajador? Análisis sobre la naturaleza jurídica de la figura”. *USFQ Law Review* vol. 11, n°. 1, mayo de 2024, <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3229>.

* Abogado por la Universidad San Francisco de Quito, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: nicovela99@outlook.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0003-9973-5751>.

** Abogada por la Universidad San Francisco de Quito, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: gjacome.ag@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-9154-012X>.

RESUMEN

Las compañías ejercen derechos y contraen obligaciones por medio de un representante legal. Este agente es una persona natural que administra y representa a la compañía a nivel interno y externo. La legislación nacional, la doctrina y la jurisprudencia local señalan que el administrador y representante legal es un mandatario de la compañía. Primero, tiene a su cargo la dirección y administración de la compañía, lo que desvirtúa el elemento de subordinación o dependencia, que es la piedra angular de la relación de trabajo. Segundo, en la mayoría de las compañías, el cargo es precario y de libre disposición, pues no requiere causal o justificación alguna para su remoción. Por último, el cargo de representante legal es limitado a un período máximo de cinco años y recibe honorarios como contraprestación de sus servicios. Por otro lado, el trabajador recibe un sueldo o salario que no puede ser inferior al mínimo legal y su tiempo de trabajo es indefinido. No obstante, existen ciertos casos en los que no queda claro si es que la naturaleza jurídica de esta figura es meramente civil o, por otro lado, se encuentra sujeta al régimen laboral.

PALABRAS CLAVE

Administrador; representante legal; mandatario; civil; trabajador; laboral

ABSTRACT

Companies exercise rights and incur obligations through a legal representative. This agent is a person who manages and represents the company internally and externally. Ecuadorian legislation, doctrine and local precedents indicate that the administrator and legal agent is a representative of the company. First, he oversees the management and administration of the company, which undermines the element of subordination, which is the cornerstone of the employment relationship. Second, the position is precarious and freely disposable since it does not require any cause or justification for its removal. Finally, the position of legal representative is limited to a maximum period of five years and receives fees as consideration for his services. On the other hand, the employee receives a salary or wage that cannot be less than the legal minimum and his working time is indefinite. However, there are certain cases in which it is not clear whether the legal nature of this figure is merely civil, or, on the other hand, it is subject to the labour regime.

KEYWORDS

Administrator; legal representative; agent; civil; employee; labour

1. INTRODUCCIÓN

Las compañías mercantiles son personas jurídicas que ejercen derechos y contraen obligaciones que, por su naturaleza, necesitan que una persona natural las represente. Por tanto, el representante legal y administrador representa judicial y extrajudicialmente a la compañía, ya sea frente a terceros o en el ámbito administrativo interno de esta.

No obstante, en virtud de que el administrador y representante legal gestiona sus funciones a nombre de la compañía, resulta importante delimitar el régimen jurídico que gobierna esta relación. Por un lado, se encuentran las reglas del mandato civil y, por otro, aquellas que rigen una relación laboral que es amparada por el Derecho del Trabajo. Por tal motivo, la pregunta que se pretende responder es qué régimen gobierna la relación entre el representante legal y la compañía en Ecuador.

A priori, las normas del ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia nacional han desarrollado criterios que anticipan que el régimen civil es el que gobierna la relación entre administrador y representante legal, y la compañía. En ese sentido, se trata de un mandato que confiere la gestión administrativa, el cual otorga la facultad de representar judicial y extrajudicialmente a la compañía frente a terceros. No obstante, no en todos los casos parece haber un panorama nítido respecto de cuál es la relación jurídica que los une. Al contrario, la línea de análisis parece ser difusa según las circunstancias particulares que existan.

Como punto de partida para evaluar la interrogante planteada, se analizará el régimen del representante legal y administrador de una compañía. Además, se buscará encontrar las similitudes que esta situación comparte con el mandato civil. Después, se estudiará la naturaleza jurídica de la relación laboral, la protección del Derecho del Trabajo y el principio de interpretación favorable.

Finalmente, se indagarán algunos casos especiales, los cuales, por las circunstancias que presentan, no es claro el régimen que los gobierna. Es decir, la determinación de estos últimos es ambigua, no se sabe con claridad si se trata de una relación civil o laboral.

2. RÉGIMEN DEL REPRESENTANTE LEGAL Y ADMINISTRADOR, Y NATURALEZA DEL MANDATO

Las compañías mercantiles son, en palabras de Julio César Trujillo:

Una persona jurídica y, como tal, relativamente incapaz [...]. En consecuencia, necesita de una persona natural o física que la represente y realice, por ella, los actos materiales y/o intelectuales requeridos para la consecución del objeto social¹. En concordancia, el Código Civil (en adelante CC) define a las personas jurídicas como: “una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente [...]”².

De esta forma, la principal diferencia entre las personas jurídicas de las naturales es porque las primeras no son físicamente perceptibles. De acuerdo con Parraguez “este tipo de personas no tienen una existencia física con atributos propios del ser humano, como es la voluntad, de manera que, por esta sola circunstancia propia de su naturaleza, necesitan ser representadas por una persona natural”³. Esto implica que las personas jurídicas son representadas a través de un representante legal; es decir, contraen derechos y obligaciones por medio de este agente.

En palabras de Francisco Reyes Villamizar:

El régimen legal de los administradores de sociedades en los sistemas jurídicos de origen romano-germánico solía tener como punto de referencia la teoría de la representación. De conformidad con este concepto, los administradores ocupaban la posición de un representante de la persona jurídica-sociedad y, en esa calidad, se consideraban facultados para cumplir ciertos deberes legales y estatutarios⁴.

En el ámbito de la Ley de Compañías (en adelante LC), las sociedades, personas jurídicas, se administran por mandatarios amovibles, sean estos socios o no⁵. La regla es que los administradores solo podrán ser nombrados temporal y revocablemente. En otras palabras, aquel que actúa como representante legal de la persona jurídica es un mandatario que administra, y representa judicial y extrajudicialmente a la compañía.

De forma precisa, Guillermo Cabanellas sostiene que administrador o gerente es:

Quien dirige, con arreglo a los estatutos o poderes otorgados, los negocios de una sociedad o empresa mercantil y lleva la firma de la entidad o establecimiento. Más en especial el alto funcionario administrativo que ejerce la gestión de una rama especial

1 Julio César Trujillo, *Derecho del Trabajo* (Quito: Centro de Publicaciones PUCE, 2008), 217.

2 Artículo 564, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104 del 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R.O. 526 del 19 de junio de 2015.

3 Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021), 368.

4 Francisco Reyes Villamizar, *Derecho Societario* Tomo I (Bogotá: Temis, 2020), 667.

5 Artículo 144, Ley de Compañías, R.O. 312, del 11 de mayo de 1999, reformado por última vez R.O. Suplemento 269 del 15 de marzo de 2023.

o importante de una gran empresa privada y de ciertos organismos públicos, con amplias facultades; sobre todo en las actividades particulares, e incluso en las oficiales cuando existe auténtica autonomía funcional [...] actúa con subordinación respecto del órgano de administración formal de la sociedad, como ser su directorio, órgano que normalmente tiene a su cargo la designación de dicho gerente⁶.

En el lenguaje cotidiano es común considerar las figuras de representante legal y administrador como acepciones símiles, pues ambas comparten ciertas características, pero no son sinónimos. De todo lo expuesto, queda claro que representante legal es aquel que tiene la facultad de obligar a la sociedad frente a terceros, ya sea en el ámbito judicial o extrajudicial. Por otro lado, el administrador se encarga de gestionar la marcha operacional de la compañía. Ambas calidades pueden o no coincidir en una misma persona.

Esta diferencia resulta relevante porque el régimen que acoge al representante legal puede diferir del régimen que gobierna a un mero administrador. Así, el artículo 308 del Código de Trabajo (en adelante CT) dispone lo siguiente:

Cuando una persona tenga poder general para representar y obligar a la empresa, será mandatario y no empleado, y sus relaciones con el mandante se reglarán por el derecho común. Más si el mandato se refiere únicamente al régimen interno de la empresa, el mandatario será considerado como empleado⁷.

La norma es clara, cuando el agente tenga potestad para representar judicial y extrajudicialmente a la compañía y obligar a la misma frente a terceros, se entenderá como mandatario, lo cual incluye su tratamiento dentro del régimen del Derecho civil. Es decir, se excluye cualquier relación de trabajo. No obstante, si el administrador representa a la empresa únicamente en su régimen interno, entonces se evidencia una relación laboral y opera el Derecho del Trabajo. En otras palabras, si se trata de un mero administrador interno, se considera al agente como un trabajador y no como un mandatario, porque se percibe a este como un agente subordinado.

De esta manera, el artículo 308 del CT plantea algunos aspectos fundamentales. Primero, el administrador debe poder obligar a la compañía a la que representa frente a terceros y que esta representación exceda el ámbito interno de esta. Esto es poder suscribir contratos, firmar cheques o títulos, comparecer en procesos judiciales a nombre de la compañía, etc. El sentido de aquello es que la representación externa que el agente ejerza pueda desvirtuar el elemento de subordinación, que es la piedra angular de la clásica relación laboral. En este sentido, la ex Corte Suprema de Justicia sostuvo lo siguiente:

6 Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* Tomo IV (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2008), 189-190.

7 Artículo 308, Código del Trabajo [CT], R.O. Suplemento 167, del 16 de diciembre de 2005, reformado por última vez R.O. Suplemento 309 del 12 de mayo de 2023.

De lo transcrito se observa que las atribuciones que se le han conferido mediante el denominado “Poder Especial” son amplias y muchas de ellas no se refieren únicamente al régimen interno, condición que determina el Código del Trabajo en el artículo antes mencionado, para que pueda ser conceptuado como empleado. En el caso presente, no se trata de resolver una controversia laboral, pues la relación habida entre las partes se rige por el derecho común, por tratarse de un mandatario que compromete interna y externamente a la entidad que representa⁸.

Segundo, la subordinación se configura en el caso de que el administrador ejerza un rol administrativo únicamente a nivel interno de la compañía; es decir, frente a los empleados. Por tanto, se entiende que la representación que se ejerce se sujeta a un superior. En consecuencia, se justifica que se considere al representante como empleado sujeto al régimen laboral.

Ortega Lozano aporta un criterio distinto; sostiene que el administrador y representante legal de la compañía, figura conocida en la legislación española como personal directivo o de alta dirección, puede reunir las características del contrato de trabajo: voluntariedad, remuneración, ajenidad y subordinación⁹. Respecto a cada uno de estos elementos, el autor sostiene lo siguiente:

[...] Comenzando por el elemento de la ajenidad, de este se desprende que es un tercero quien se beneficia del fruto de la prestación de servicios —en concreto, el empleador o empresario—, debiendo compensarse a través de la remuneración correspondiente. Respecto a la retribución, el personal de alta dirección es un asalariado más que vive de su trabajo y no plantea mayores particularidades que las derivadas de la propia naturaleza de la prestación de servicios, corroborándose el especial “*reforzamiento*” de este criterio, pues los altos directivos son los trabajadores mejor pagados de la empresa. [...] ¹⁰.

Este es un posible escenario donde el administrador recibe un honorario como remuneración de sus servicios prestados, el cual lo sitúa como uno de los agentes mejor pagados de la compañía. Empero, no siempre configura un contrato de trabajo amparado por el Derecho Laboral. Recordemos que, según el CC ecuatoriano, el mandato puede ser gratuito o remunerado¹¹. Es decir, si existe el pago de un honorario, el mandante sería aquel beneficiado del encargo al que se concedió el mandatario.

En España, la doctrina, jurisprudencia y legislación especializada han desarrollado tres criterios principales que delimitan la noción de alto directivo o administrador. Estos criterios se clasifican en tres secciones: criterio funcional, criterio objetivo y criterio jerárquico¹².

8 Juan Carlos Musello Dalmau c. Banco del Progreso S.A, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Laboral y Social, 26 de septiembre de 2002, 3295.

9 Pompeyo Ortigas Lozano, “Criterios Delimitadores Del Personal Directivo Como Relación Laboral De Carácter Especial: La Recíproca Confianza En El Vínculo”, *Revista de Estudios Jurídicos Laborales y de Seguridad Social* 4 (noviembre – abril de 2022): 237, <https://revistas.uma.es/index.php/REJLSS/article/view/12885>.

10 *Ibid.*, 237.

11 Artículo 2021, CC.

12 Sara Alcázar, Camino de Solórzano y Ángel de Val, “Régimen Jurídico De La Relación Laboral Especial Del personal de alta dirección”, *Revista de relaciones laborales* 14, 17 (2014): 8, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=1070>.

El criterio funcional se refiere a la participación del agente en la toma de decisiones fundamentales en el desarrollo de la marcha operacional de la compañía¹³. Esto último, sin perjuicio que exista un poder formal o no en su favor¹⁴. En síntesis, el administrador puede tomar decisiones extrajudicial o judicialmente frente a terceros, ya sea en el ámbito interno o externo de la compañía. El criterio objetivo sostiene que el administrador que se cataloga como alto directivo es aquel que desarrolla “sus facultades directivas sobre toda la empresa, sin limitaciones funcionales o territoriales”¹⁵. Esto es, que el agente tenga incidencia sobre aspectos relevantes de la compañía.

El criterio jerárquico, por su parte, se relaciona con la autonomía en el ejercicio de sus funciones, sin que la existencia de instrucciones o criterios del empresario, accionista o dueño de la compañía se traduzcan en órdenes dirigidas a un trabajador común¹⁶. En resumen, que las directrices o instrucciones que se emanan de una resolución adoptada en el ámbito de una junta de socor.

2.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL MANDATO Y SU RELACIÓN CON LA FIGURA DEL REPRESENTANTE LEGAL DE UNA COMPAÑÍA

El artículo 2020 del CC define al mandato como “un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”¹⁷. Este puede ser gratuito o remunerado a través del pago de honorarios¹⁸; revocado en cualquier momento por el mandatario¹⁹; y, se ceñirá rigurosamente a los términos estipulados en el contrato²⁰.

Las reglas rigen la relación entre representante legal y administrador, y la compañía que administra. Estas se replican en el ámbito de la LC, dado que las sociedades mercantiles son administradas por mandatarios amovibles²¹ y su separación podrá ser acordada en cualquier tiempo por la junta de socios o accionistas²². Además, el artículo 261 de la LC establece que “[l]os administradores no podrán hacer por cuenta de la compañía operaciones ajenas a su objeto. Hacerlo significa violación de las obligaciones de administración y del mandato que tuvieron [...]”²³. El administrador, cual mandatario, no podrá realizar gestiones distintas a las designadas.

13 Ibid., 11.

14 Ibid.

15 Sara Alcázar, Camino de Solórzano y Ángel de Val, “Régimen Jurídico De La Relación Laboral”, 12.

16 Ibid., 12-13.

17 Artículo 2020, CC.

18 Id., artículo 2021.

19 Id., artículo 2067.

20 Id., artículo 2035.

21 Artículo 144, LC.

22 Id., artículo 270.

23 Id., artículo 270.

Víctor Cevallos sostiene que:

[...] l la compañía por intermedio del órgano de gobierno, es decir la junta general o el órgano comperente, otorga un mandato a sus administradores para que administren los negocios sociales y efectúen la representación con terceras personas naturales o jurídicas ajenas a la sociedad, representación que será cumplida a cabalidad cuando se ajuste a los límites legales y estatutarios²⁴.

3. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DE TRABAJO

Una vez analizada la figura del representante legal y del mandato, resulta de interés estudiar brevemente la figura del trabajador. En palabras de Cabanellas, empleado o trabajador es:

El que desempeña un empleo privado [...] cubre los cuadros administrativos y gestores de menor jerarquía dentro de las empresas fabriles e industriales en general; e integra de manera exclusiva el personal que coopera con los profesionales liberales y con organizaciones que no realizan por sí tareas de producción o equiparables. Su calidad de trabajadores subordinados resulta indudable, siempre que no revistan la elevada jerarquía de altos empleados o empleados de confianza²⁵.

Al respecto, el artículo 8 del CT determina que el contrato de trabajo es “[...] el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración [...]”²⁶. Estos son los elementos que construyen la relación de trabajo.

El administrador y representante legal de la compañía ejecuta su actividad de administración de forma directa y sus servicios son lícitos. Al mismo tiempo, recibe una remuneración en forma de honorario. Con esto, dos de los tres elementos que forman el contrato de trabajo se verifican, lo que, a priori, advierte la existencia de una relación laboral que merece el amparo del Derecho del Trabajo.

No obstante, como se verá más adelante, el administrador y representante legal carece del elemento de subordinación o dependencia. Al ser esta última característica una piedra angular que distingue una relación civil de una laboral y que, finalmente, justifica la protección y tutela a los trabajadores. En consecuencia, se descarta la existencia de un vínculo laboral entre el administrador de la compañía y el empleador.

Así, el artículo 308 del CT es claro: “[c]uando una persona tenga poder general para representar y obligar a la empresa, será mandatario y no empleado, y sus relaciones con el mandante se reglarán por el derecho común [...]”²⁷.

²⁴ Víctor Cevallos, *Nuevo Compendio de Derecho Societario Tomo II* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016), 544.

²⁵ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo III* (Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2008), 464.

²⁶ Artículo 8, CT.

²⁷ Id., artículo 308.

Así, la relación entre el administrador con facultad de representación y su empleador no está amparada por el Derecho Laboral. La razón principal de esto último es porque el administrador es un mandatario de la compañía con amplias facultades que no se encuentran subordinadas a un superior. En ese sentido, dado que la subordinación es un requisito fundamental para que exista una relación laboral, en este caso se verifica una relación meramente de carácter civil.

En reiterada jurisprudencia, la ex Corte Suprema de Justicia ha adoptado el criterio civil que gobierna la relación entre las dos partes. Según la Primera Sala de lo Laboral y Social, existen ciertos indicios que permiten identificar la naturaleza de los administradores y gerentes de las compañías mercantiles. En consecuencia, es claro que el régimen que rige a estos agentes es el derecho común y no el derecho laboral. Aquello en virtud de que los administradores:

[...] a) Tienen iniciativa propia, esto es, tienen a su cargo la marcha general de la negociación, con facultad para celebrar los actos de administración y, por regla general los de dominio necesarios o convenientes para el éxito del negocio; b) Son los representantes del patrono ante los trabajadores, con la obligación de defender los intereses de aquél; c) la relación de dirección o dependencia con respecto al patrono se encuentra extraordinariamente reducida y tiene solamente un carácter mediato; d) En términos generales, son responsables por la marcha de la negociación y responden al patrono, conforme al derecho común, por los daños y perjuicios originados por su culpa o imprudencia [...]”²⁸.

Existen también otros argumentos que desvirtúan una posible relación de trabajo en el cargo de administrador y representante legal de una compañía. Primero, se trata de un cargo que, por su naturaleza, no garantiza estabilidad alguna. Esto es evidente si revisamos nuevamente el artículo 270 de la LC, el cual determina que la separación de los administradores “[...] podrá ser acordada en cualquier tiempo por la junta”²⁹. Es decir, pueden ser removidos en cualquier momento y sin causa alguna de por medio³⁰.

28 Alberto Zea Zamora c. Industrias Guapan S.A, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Laboral y Social, 16 de abril de 1997, 2145.

29 Artículo 270, LC.

30 Existe una excepción puntual, el caso de las compañías de responsabilidad limitada. De acuerdo con el artículo 133 de la LC “[...] la junta general podrá remover a los administradores o a los gerentes por las causas determinadas en el contrato social o por incumplimiento de las obligaciones señaladas en los artículos 124, 125 y 131 de esta Ley”. A saber, las obligaciones prescritas en el artículo 124:

[...] los administradores o gerentes estarán obligados a presentar el balance anual y la cuenta de pérdidas y ganancias, así como la propuesta de distribución de beneficios, en el plazo de sesenta días a contarse de la terminación del respectivo ejercicio económico; deberán también cuidar de que se lleve debidamente la contabilidad y correspondencia de la compañía y cumplir y hacer cumplir la Ley, el contrato social y las resoluciones de la junta general.

Por otro lado, el artículo 125 indica que “[...] los administradores o gerentes, estarán obligados a proceder con la diligencia que exige una administración mercantil ordinaria y prudente”. Por último, el artículo 131 señala que

[...] es obligación del representante legal de la compañía de responsabilidad limitada presentar a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, en el mes de febrero del siguiente ejercicio económico al que corresponda dicha información y de conformidad con los plazos y formas que se establezcan para el efecto, la nómina de las compañías o personas jurídicas extranjeras que figuraren como socias suyas, con indicación de los nombres, nacionalidades y domicilios correspondientes, y un detalle de todos sus miembros, hasta identificar al correspondiente beneficiario final [...].

En la misma línea, el artículo 144 de la LC señala que la compañía anónima “se administra por mandatarios amovibles, socios o no [...]”³¹. Esto evidencia la naturaleza precaria del puesto de administrador y representante legal. Por consiguiente, se desvirtúa una posible relación de trabajo.

El caso del trabajador es distinto. Por su naturaleza, este tiene cierta estabilidad y no puede ser removido en cualquier tiempo, salvo que existan, por ejemplo, causas que justifiquen la terminación de la relación de trabajo. El artículo 172 del CT establece las causas por las que el empleador puede dar por terminado el contrato de trabajo:

1. Por faltas repetidas e injustificadas de puntualidad o de asistencia al trabajo o por abandono de éste por un tiempo mayor de tres días consecutivos, sin causa justa y siempre que dichas causales se hayan producido dentro de un período mensual de labor;
2. Por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados;
3. Por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador;
4. Por injurias graves irrogadas al empleador, su cónyuge o conviviente en unión de hecho, ascendientes o descendientes, o a su representante;
5. Por ineptitud manifiesta del trabajador, respecto de la ocupación o labor para la cual se comprometió;
6. Por denuncia injustificada contra el empleador respecto de sus obligaciones en el Seguro Social. Más, si fuere justificada la denuncia, quedará asegurada la estabilidad del trabajador, por dos años, en trabajos permanentes;
7. Por no acatar las medidas de seguridad, prevención e higiene exigidas por la ley, por sus reglamentos o por la autoridad competente; o por contrariar, sin debida justificación, las prescripciones y dictámenes médicos; y,
8. Por el cometimiento de acoso laboral, ya sea de manera individual o coordinada con otros individuos, hacia un compañero o compañera de trabajo, hacia el empleador o empleadora o hacia un subordinado o subordinada en la empresa³².

En efecto, alguna de estas causales debe existir para que el empleador pueda dar por terminada la relación laboral. Esto evidencia la estabilidad que este tipo de relación le brinda al trabajador. Estos casos se distinguen de la naturaleza eminentemente precaria del cargo de administrador y representante legal.

El tiempo de duración en el cargo es otro punto que amerita un análisis. El artículo 13 de la LC determina que: “[...] En el contrato social se estipulará el plazo para la duración del cargo de administrador que, con excepción de lo que se refiere a las compañías en nombre colectivo y en comandita simple, no podrá exceder de cinco años [...]”³³.

31 Id., artículo 144.

32 Id., artículo 172.

33 Id., artículo 13.

Por mandato expreso legal, la duración en el cargo de administrador es de cinco años, sin perjuicio que este plazo se renueve de manera indefinida. Por otra parte, la modalidad típica del contrato individual de trabajo es a tiempo indefinido y su terminación se producirá únicamente por las causas establecidas en el CT³⁴. Por tanto, la relación de trabajo que rige a los empleados, salvo excepciones puntuales como los contratos eventuales, ocasionales, o de temporada, es de naturaleza estable y permanente.

Otro elemento diferenciador es la remuneración que perciben tanto el trabajador como el administrador como contraprestación de sus servicios. El administrador social de una compañía recibe un honorario, pues recordemos que “el mandato puede ser gratuito o remunerado [...]”. La remuneración, llamada honorario, determínese por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley, la costumbre, o el juez³⁵.

El criterio sostenido por la ex Corte Suprema de Justicia respecto de pagos de honorarios y bonificaciones realizados al administrador es el siguiente:

En nada hace variar, el criterio que aquí se deja sentado la circunstancia de que el organismo más alto de la institución emplazada; esto es, su Junta de Accionistas haya concedido ad libitum al ahora actor determinadas bonificaciones y derechos; pues tal cosa, no cambia la esencia ni la naturaleza de la relación jurídica, como equivocadamente lo afirma el accionante al considerar que por esta circunstancia se convertía en trabajador de la citada empresa³⁶.

Por su parte, el trabajador también recibe una remuneración como contraprestación de su labor. En palabras de Isabel Robalino, esta remuneración es una “contrapartida del trabajo realizado o servicio prestado, del trabajo personal puesto a disposición de la empresa productiva”³⁷. Esta remuneración se percibe en forma de sueldo o salario. El CT sostiene que “salario es el estipendio que paga el empleador al obrero en virtud del contrato de trabajo; y sueldo, la remuneración que por igual concepto corresponde al empleado”³⁸.

En consecuencia, el mandato puede ser gratuito o remunerado, es decir, la remuneración para el administrador de una compañía no es obligatoria. Mientras que, por otro lado, el sueldo o salario que un trabajador percibe es una contraprestación inherente al trabajo realizado. Aquello, porque es “un ingreso para el sustento familiar”³⁹ y una afectación a este ingreso sería un inconveniente para la subsistencia del trabajador.

34 Artículo 14, CT.

35 Artículo 2021, CC.

36 Causa 322-02, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de Casación, 25 de abril de 2003, párr. 3.

37 Isabel Robalino, *Manual de derecho del Trabajo* (Quito: Fundación Antonio Quevedo, 1994), 189.

38 Artículo 80, CT.

39 Jorge Vásquez, *Derecho Laboral Ecuatoriano* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2004), 279.

Por último, el trabajador goza de varios derechos propios que son reconocidos en la legislación ecuatoriana; por ejemplo: utilidades, fondos de reserva, afiliación a la seguridad social, jubilación patronal, décimo tercera y décimo cuarta remuneración, vacaciones, entre otros. En cambio, el administrador y representante legal de una compañía no tiene derechos similares a los de un empleado, dado su naturaleza eminentemente civil.

3.1. LA PROTECCIÓN AL TRABAJADOR Y EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN FAVORABLE

El Derecho Laboral tiene como objeto la protección del trabajador frente a una relación que, en principio, es desigual. Según Vásquez, el Derecho del Trabajo debe “velar porque prime la justicia en las relaciones de trabajo, al mismo tiempo será un arte para buscar los mejores medios para armonizar los intereses del capital y del trabajo”⁴⁰. De ahí que esta rama del derecho busque identificar una potencial relación laboral con el fin de tutelar al trabajador, a causa de la falta de igualdad de condiciones entre las partes.

Una de las características más importantes de esta rama es la interpretación más favorable para el trabajador, principio conocido como *in dubio pro-operario*. La Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) así lo reconoce en el numeral tercero del artículo 326, el cual determina que “en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras”⁴¹. A su vez, el artículo 7 del CT reconoce el mismo principio, en los mismos términos⁴².

Este principio tiene como objeto brindar la interpretación más favorable que proteja al trabajador cuando existan normas o convenios ambiguos⁴³. Esto, cuando exista una verdadera relación laboral entre empleado y empleador, la cual merezca la protección del Derecho de Trabajo. No obstante, no podría invocarse al *in dubio pro-operario* en el ámbito del administrador y representante legal de una compañía, dado que su relación con la sociedad que representa es eminentemente civil. Por tanto, se aleja de las reglas y principios que cobijan al trabajador.

⁴⁰ Ibid., 53.

⁴¹ Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 377 del 21 de enero de 2021.

⁴² Artículo 7, CT.

⁴³ Vásquez, *Derecho Laboral Ecuatoriano*.

4. CASOS ESPECIALES

4.1. TRABAJADOR DE CARRERA

Un caso poco claro y difuso es el de los trabajadores de carrera. Este es un escenario en el que el trabajador asciende hasta ocupar el puesto de representante legal de la compañía, ya sea por su experiencia, tiempo de trabajo, o la razón que se estime conveniente. El problema surge al evaluar si prevalece el régimen laboral u opera el régimen civil al momento de nombrar al nuevo representante legal.

Para mayor ilustración, será útil el siguiente ejemplo: José, en 2015, empezó a trabajar como contador de la compañía ABC S.A.S. Fruto de su excelente desempeño laboral, en 2020, es ascendido a coordinador del área de contabilidad. Sus condiciones de trabajo han resultado más favorables, pero aún existe una relación de dependencia. Finalmente, en 2022, los accionistas de la compañía ABC S.A.S. deciden buscar un nuevo administrador y representante legal, por lo que nombran a José como Gerente General y lo designan para ocupar el cargo.

En este caso, José empezó su labor en ABC S.A.S. con un contrato de trabajo bajo una relación de dependencia. Esto no cambia con su primer ascenso como coordinador del área de contabilidad, pues sus facultades se limitaban a la administración interna. Empero, en 2022, asumió el cargo de administrador y representante legal de la compañía. Parecería ser que el régimen que gobierna a José es el civil; sin embargo, esto supone un inconveniente por una posible supresión de derechos de los que antes gozaba, por ejemplo, el pago de sobresueldos, utilidades, fondos de reserva, entre otros.

Al existir una supresión de derechos, el debate puede involucrar temas de índole constitucional. En ese sentido, el segundo inciso del numeral 8, artículo 11, de la CRE prescribe que “[s]erá inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos [...]”⁴⁴. Aquello, trasladado al análisis del caso, impediría un cambio de régimen que afecte o anule los derechos del trabajador cuando este haya sido ascendido al cargo de representante legal y administrador de la compañía. En otras palabras, la relación debe ser de naturaleza laboral.

En virtud de estas circunstancias, son dos los escenarios que se anticipan: el primero es aquel en el que el trabajador y el empleador acuerdan dar por terminada la relación de trabajo con el propósito de que el empleado continúe en la compañía como nuevo administrador y representante legal. Esto, amparado en una de las causales de terminación del contrato de trabajo reconocidas en el CT,

⁴⁴ Artículo 8, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

mediante el cual se determina que “[e]l contrato individual de trabajo termina [...] 2. Por acuerdo de las partes [...]”⁴⁵. Trasladando este escenario al caso de análisis, luego que José y la compañía acuerden mutuamente dar por terminada la relación laboral, se procedería con el nombramiento de esta persona como nuevo gerente general y representante legal de la compañía. El resultado sería el cambio de régimen laboral por el civil, sin que por ello exista vulneración de derechos laborales dada la extinción previa de la relación de trabajo.

El segundo escenario ocurre cuando el empleado es designado administrador y representante legal de la compañía, sin que haya existido un acuerdo que ponga fin a la relación de trabajo o un proceso de desahucio⁴⁶. En tal caso, a falta de proceso de terminación del contrato de trabajo y sin un acta de finiquito de por medio, se entendería que el vínculo laboral persiste. A pesar de que se haya otorgado e inscrito el nombramiento de gerente general, José aún sería empleado de la empresa. Esto observa el principio consagrado en el numeral tercero del artículo 326 de la CRE, que establece: “3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras [...]”⁴⁷, y con el objetivo de precautelar una posible vulneración de los derechos del trabajador.

4.2. ADMINISTRADORES Y APODERADOS ESPECIALES

Según el artículo 308 del CT, se considera al administrador como mandatario siempre y cuando tenga la facultad de obligar a la compañía frente a terceros, y de representarla judicial y extrajudicialmente. Por otro lado, se considera como trabajador a aquel representante que tenga poder o facultad para representar al empleador en el régimen interno de la compañía, es decir, con los empleados. En la misma línea, Julio César Trujillo sostiene lo siguiente:

El mandatario, el apoderado y los administradores o gerentes de las empresas son mandatarios y no trabajadores, cuando tienen poder general según el Art. 308 del Código del Trabajo. [...] En cambio, el mandatario o el apoderado con poder especial para el régimen interior de la empresa, con facultad para representar al empleador o empresario ante los demás trabajadores y no ante terceros, es trabajador y sus relaciones jurídicas con el empresario se rigen por el Derecho del Trabajo. [...] En el caso de otros mandatarios o apoderados con poderes especiales, habría que averiguar si es que el encargo es la realización de uno o más negocios singularizados en el mandato o poder, o si, por el contrario, lo que importan son los servicios del representante en las actividades productivas de la empresa. Entonces, en el primer caso serían mandatarios sujetos al Derecho Civil y, en el otro, trabajadores sometidos al Derecho del Trabajo⁴⁸.

45 Artículo 169, CT.

46 Se entiende por desahucio cuando a través de un aviso por escrito una persona trabajadora le hace saber a la parte empleadora que su voluntad es la de dar por terminado el contrato de trabajo, incluso por medios electrónicos. Artículo 184, CT.

47 Artículo 326, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

48 Trujillo, *Derecho del Trabajo*, 217.

En síntesis, cuando el administrador se encarga de gestionar la marcha operacional de la empresa y, al mismo tiempo, tiene facultad general para representarla judicial y extrajudicialmente frente a terceros, se considera mandatario y no trabajador. Esto porque sus facultades le permiten ejecutar su encargo de administración abiertamente, sin necesidad de estar sujeto a las disposiciones de un superior.

Distinto es el caso de los gerentes o administradores especiales que se encuentran segmentados debido al área que dirigen. Así, por ejemplo, las atribuciones o encargos de un gerente financiero difieren de las que son conferidas a un gerente general. Este es así porque “ocupa la posición superior en la estructura administrativa de las sociedades, no teniendo limitaciones por razón de materia respecto de sus atribuciones, en contraposición a los gerentes especiales”⁴⁹.

La diferencia radica en que el administrador o apoderado especial administra internamente el área para la que fue designado. Sin embargo, no tiene facultad para representar a la compañía judicial o extrajudicialmente, ni para obligar a esta frente a terceros. En consecuencia, este se encuentra sometido a las normas del Derecho del Trabajo dada su condición de agente interno. Por otro lado, el gerente general y, por tanto, representante legal de la compañía se encuentra sujeto a las reglas del Derecho Civil.

5. CONCLUSIONES

El administrador social y representante legal es un mandatario de la compañía y no se puede considerar como trabajador. Las reglas del Derecho Civil rigen la relación del representante legal con la compañía. Si el administrador o mandatario tiene facultades para administrar únicamente en el ámbito interno de la empresa, este se considera trabajador y se encuentra protegido dentro del ámbito del Derecho Laboral. Este criterio ha sido recogido en la legislación nacional, la doctrina y la jurisprudencia.

En primer lugar, el cargo de administrador y representante legal es de libre remoción y la junta general de socios o accionistas podrá acordar su separación en cualquier momento sin causal alguna. Es decir, se reconoce su naturaleza precaria. Segundo, el mandato puede ser gratuito o remunerado, mientras que el trabajo es reconocido con un sueldo o salario como contraprestación inherente a la ejecución del trabajo realizado. Por último, el administrador puede ocupar el cargo por un periodo máximo de cinco años, sin perjuicio que pueda ser renovado indefinidamente. El empleado, por otro lado, goza de estabilidad y permanencia indefinida en su puesto de trabajo, salvo que exista alguna causal de visto bueno que justifique su separación.

49 Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual Tomo IV*, 190.

Respecto a los elementos de la relación de trabajo, el administrador y representante legal de la compañía ejecuta una actividad lícita, y puede hacerlo de forma personal y directa. También puede ser remunerado con el pago de honorarios por su gestión. Sin embargo, no se evidencia dependencia o subordinación porque tiene iniciativa propia gestionar su encargo, puede obligar a la compañía frente a terceros y tiene la facultad de representar a la misma judicial y extrajudicialmente.

Existen, también, casos en los que, por las circunstancias particulares, no es claro el régimen que tutela la relación del administrador con la compañía. El primer caso, es el trabajador de carrera, aquel que escala de posiciones en la estructura de la empresa hasta ser designado por los accionistas como gerente general y representante legal de la compañía. Si previo a designar al trabajador como gerente general, se da por terminado su contrato de trabajo y por tanto se extingue la relación laboral, no existiría vulneración de derechos laborales. Otro caso es el del gerente o apoderado especial que administra en el ámbito interno de la compañía que, por su condición de agente interno, se somete a las reglas del Derecho Laboral.

Durante la investigación del presente artículo, se evidenció que este tema no ha sido suficientemente desarrollado por la doctrina local. Caso contrario ocurre con la jurisprudencia, en la cual se reconoce un estudio más exhaustivo del tema.

NMS

NARANJO
MARTÍNEZ
& SUBÍA



 @nms_law

 Naranjo Martínez & Subía (NMS)

www.nmslaw.com.ec

Coronel & Pérez

Confianza y Prestigio desde 1975

Quito

Av. de los Shyris No.
N35-174 y Suecia,
Edificio Renazzo Plaza

+593 2 6014 000

Guayaquil

9 de Octubre y
Malecón, Edificio La
Previsora, Piso 24.

+593 4 3519 900



Coronel & Pérez



Debunking the Non-Fungibility of NFTs

Desmitificando la no fungibilidad de los NFT

DAVID PROAÑO ALCÍVAR*

Recibido / Received: 30/08/2023

Aceptado / Accepted: 18/03/2024

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3090>

Citación:

Proaño Alcívar, D. “Non-fungible tokens or NFTs can be fungible”. *USFQ Law Review* vol. 11, n°. 1, mayo de 2024, <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3090>.

* Abogado por la Universidad San Francisco de Quito, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador.
Correo electrónico: david.proano.alcivar@alumni.usfq.edu.ec. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2828-5090>.

ABSTRACT

Non-Fungible Tokens or NTFs are digital files representing a particular value, such as an image, an asset, or a property title. As implied by their name, these goods have commonly been given the character of being non-fungible things because each one of them is unique and cannot be replicated. However, said qualification is a mistake since the fungibility of an asset is relative to the obligation in which it is immersed and does not correspond to a natural characteristic that an object may always have automatically or with the fact of non-repeatability or inability to be replicated. For this reason, NFTs can be fungible depending on the features that arise from the legal obligation, which may or may not include the specific NFT's identification code as a requirement.

KEYWORDS

Fungibility; cryptoactive; NFT; Hash; token; replaceable

RESUMEN

Los tokens no fungibles o NFT son archivos digitales representativos de un valor particular, que puede consistir en una imagen, un activo o un título de propiedad. A estos bienes, como se desprende de su nombre, se les ha otorgado comúnmente la característica de ser cosas no fungibles por el hecho de que cada uno de ellos es completamente único y no se puede replicar. Sin embargo, dicha calificación es un error, en cuanto la fungibilidad de un bien es relativa a la obligación en la cual está inmersa y no corresponde a una característica natural que pueda tener un objeto de forma automática y en todo momento, ni al hecho de que no pueda ser replicado. Por ello, se puede afirmar que, de forma potencial, los tokens no fungibles sí pueden ser fungibles, dependiendo de las características que se desprendan de la obligación jurídica en particular, que puede o no contemplar como requisito el código de identificación del NFT en concreto.

PALABRAS CLAVE

Fungibilidad; criptoactivo; NFT; Hash; token; reemplazable

1. INTRODUCCIÓN

Since its appearance and due to its boom in recent years¹, Non-Fungible Tokens (from now on, NFT) have generated great commotion in the world of crypto assets due to the added value that this object has reflected in its name. NFT comes from the acronym Non-Fungible Token. In this name, a legal concept becomes known: the characteristic of being non-expendable.

Each minted NFT is perfectly identifiable individually by the line of code representing it, these assets are often considered unique and irreplaceable. The characteristic of uniqueness is very often the core of the value that most people give to NFTs. This idea of not being disposable is the primary basis for arguing that these assets are not fungible, which is a conceptual error. The said name does not correspond to the legal reality of the object.

The widespread misunderstanding of the nature of NFTs has led people to think and act as if these assets could never be replaced under any circumstance. Following this line of thought, it's believed that due to the alleged value of NFTs, there will always be a large market willing to take risks for something that appears to be non-fungible or irreplaceable. This often obscures the true value an asset can hold, especially when it is very individualizable and easily distinguished.

The article will develop as follows: in the first place, the nature of an NFT in contrast with the concept of fungibility will be approached. Secondly, some of the relevant effects of this classification of assets will be enunciated and, likewise, it will be given a new perspective of the accurate value this crypto active can have. Lastly, once its proper legal nature has been established, it will be suggested a more accurate denomination for these assets than the one they currently possess.

2. WHAT ARE NFTS?

In March 2021, one of the founders of the social network Twitter auctioned the first Tweet in history, which expressed “just setting up my twttr” for 1630.5825601 of Ethereum. This operation would be valued at approximately 2.9 million United States dollars at purchase². Now, the first tweet was not sold without further ado, but it was done thanks to its tokenization through the

1 Kimberly Houser, and John Holden, “Navigating the Non-Fungible Token”, *Utah Law Review* 2022, n°. 5 (November 2022): 897, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/utahlr2022&i=886>.

2 Ebenizer Pinedo, “Termina La Subasta: Jack Dorsey Vende El Primer Tweet de La Historia Como Nft Por 2,9 Millones de Dólares”, *Hipertextual*, March 22, 2021, <https://hipertextual.com/2021/03/jack-dorsey-vende-el-primer-tweet-de-la-historia-como-nft>.

ERC-721³ Token protocol, which for this article will be called the NFT protocol, coining, in this way, the first NFT of the first tweet.

One of the reasons that justifies the high value for which this asset was purchased at the time lies in the technology used. Thanks to the NFT protocol, the first minted token from the first tweet is unique. It cannot be replicated, allowing its current owner and anyone interested in acquiring it to ideally differentiate it from any other NFT minted worldwide and know that it is not a counterfeit. This ability to be identifiable has increased the interest surrounding NFTs, especially for their use in art⁴.

As the introduction mentions, the acronym NFT corresponds to Non-Fungible Tokens. Before analyzing the fungibility of the asset itself, briefly explaining what a Token is in a technological sense is required since the characteristics assigned to this crypto active come from the said technique. Tokens can be understood as a representative unit of value like a simple casino coin or a parking ticket⁵. This concept has been transferred to the technological world to describe a series of files or units of information.

In this regard, a token is a digital representation of value issued by an entity, which functions as a medium of exchange, a unit of measure, or a store of value⁶. For this article, a token can be understood as a digital unit of data representing a value; this utility can consist of a particular image, the ownership of a specific good, a liquid asset, or anything that can be stored digitally in a document. In short, a token is a digital file.

This concept is widely used to identify specific files, such as electronic signature tokens, which contain information about the signer's data and their certificate of authenticity. In the case of NFTs, this can be any information represented in a digital file. All information a person wants to capture in an NFT must be converted into a digital document. This process is known as tokenization, which consists of converting digital or physical information into a data unit or token⁷. However, the NFT protocol also requires the application of a document identification seal to avoid the forgery of these tokens.

3 Salomé Cuesta Valera, Paula Fernández Valdés, and Salvador Muñoz Viñas, "NFT y arte digital: nuevas posibilidades para el consumo, la difusión y preservación de obras de arte contemporáneo", *Artnodes Journal on Art, Science and Technology*, n.º. 28 (July 2021): 4, <https://doi.org/10.7238/artnodes.v0i28.386317>; Jithil Ponnann, "Estándar de Token No Fungible ERC-721", Ethereum Organization, accessed June 25, 2023, <https://ethereum.org/es/developers/docs/standards/tokens/erc-721/>

4 Betsi Bautista, Fiorela Mendoza, Luis Fernando Izquierdo Lozano, and Alberto Carlos Mendoza de los Santos, "Los NFT en el comercio electrónico y su impacto en el arte digital", *Revista de Investigación Multidisciplinaria CTSCAFE* 6, n.º. 16 (March 2022): 31, <http://www.ctscafe.pe/index.php/ctscafe/article/view/190/187>

5 Shermin Voshmgir, *Token Economy: How the Web3 reinvents the Internet* (Luxemburg: Token Kitchen, 2020).

6 Sebastián Heredia Querro, *Smart Contracts: Qué son, para qué sirven y para qué no servirán* (Buenos Aires: Editores Información Jurídica, 2020), 195.

7 Houser and Holden, *Navigating the Non-Fungible Token*, 897.

Along with transforming the information into a token, this asset is assigned a hash, which consists of “a mathematical algorithm that transforms any arbitrary block of data into a new series of characters with a fixed length”⁸. The hash is a number that represents the information contained in the digital file, such as the date of issue, transaction, tokenized content, etc. Due to this hash applied to NFTs, it can be stated with certainty that no two identical NFTs exist⁹. Therefore, this hash is a digital identifier for each token minted worldwide. It allows them to individualize them despite the common characteristics that all NFTs have.

Additionally, the NFT is subjected to an encryption process consisting of: “the act of putting information into a special code, especially to prevent people from looking at it without authority”¹⁰. In other words, not only is the NFT perfectly identifiable by the code it has, but this unique number is hidden from those who do not have the decryption key, giving greater security against counterfeiting.

Finally, the NFT registration system is essential for its verification. All the information in the digital document, including the identification hash, is called a block. A block is an information container; each time a transaction is carried out¹¹, a block is created and connected to the previous one, generating a chain of links called a blockchain or chain of blocks, which is nothing more than a registry system or database managed by those who are part of it. Thus, the present and previous owners of the NFT can be known since each transaction block will be connected to the last one.

It is crucial to emphasize that the registration of an NFT on the blockchain is essential for its verification process, but it is not a feature that makes it unique. The non-replicability of an NFT, as previously mentioned, is dictated by the line of code generated through Hashing. While this line of code makes the NFT unique, the blockchain serves to verify said uniqueness and prevent counterfeiting. In short, an NFT is a digital document representing specific information or value, which contains a number that cannot be replicated and can only be opened thanks to an unlocking key. These NFTs are registered in a book or digital database called a chain of blocks, which always allows their verification.

The fact that NFTs have a hash or unique identification code, which means they are subjected to an encryption process, is the justification to affirm that all minted NFTs are unique and differentiable from others, verifiable by the

8 Rajeev Sobti, and Ganesan Geetha, “Cryptographic hash functions: a review”, *International Journal of Computer Science Issues* 9, n°. 2 (March 2012): 461, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://citeseerx.ist.psu.edu/document?repid=rep1&type=pdf&doi=85abc4805adb741b0f8c962794d2ab4dac975c5f

9 Houser and Holden, *Navigating the Non-Fungible Token*, 899.

10 Oxford Learner’s Dictionaries. *Definition of encryption noun*. <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/us/definition/english/encryption?q=encryption>

11 Houser and Holden, *Navigating the Non-Fungible Token*, 900.

blockchain registration, even when there are two or more NFTs that have been tokenized from the same previous information. Based on this characteristic, it has traditionally been stated that, because NFTs are unique, they are irreplaceable goods since no two are the same. Furthermore, since the irreplaceable concept has been assimilated into the idea of non-fungible, these tokens are perceived as non-fungible objects¹².

This notion that justifies the name of this cryptoactive is based on an erroneous presumption, on the idea that every unique asset is automatically and irreplaceable and, therefore, not fungible. To demonstrate the falsity of this reasoning, it is necessary to understand the concept of fungibility and determine if all NFTs are always irreplaceable and non-fungible assets.

3. ON THE FUNGIBILITY OF ASSETS

In Law, things are classified to determine the regime and applicable rules. Some classifications obey the nature of the item, such as real estate; others are related to the subjects or the context in which they are immersed, such as commercial goods. The classification concerning this article corresponds to the fungibility of the assets that, as explained below, should be understood as the liberating power of an obligation that a thing has.

Fungible comes from the Latin word *fungi*, which means to perform a function¹³. This is important because the classification refers to the utility a good fulfills and not necessarily all its qualities. Fungibility can be understood as the power of substitution of things¹⁴ or an equivalence relation between two things¹⁵. At first sight, the understanding enunciated in the previous section is correct. That is, fungibility entails the ability of an object to be replaced.

In this sense, a fungible good can be exchanged for another if it maintain an equivalence relationship¹⁶. The fungible good par excellence is money, insofar as any representation of a currency can be replaced by another equivalent of the same value or that fulfills the same function, such as banknotes, even when they are not of the same quantitative denomination.

12 “Non-fungible tokens (NFT)”, Ethereum Organization, accessed June 25, 2023, <https://ethereum.org/en/nft/>; Michael Murray, “NFT Ownership and Copyrights”, *Indiana Law Review* 56, n.º 2 (2023): 369, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/indlr56&ci=370>; Qin Wang, Rujia Li, and Shiping Chen, “Non-Fungible Token (NFT): Overview, Evaluation, Opportunities and Challenges”, *arXiv Cornell University* 3 (October 2021): 2, <https://doi.org/10.48550/arXiv.2105.07447>; De-Rong Kong, and Lin, Tse-Chun, “Alternative Investments in the Fintech Era: The Risk and Return of Non-fungible Token (NFT)”, Elsevier (August 2021): 11, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3914085#paper-references-widget; Michael Dowling, “Is non-fungible token pricing driven by cryptocurrencies?”, *Finance Research Letters Elsevier* 44 (January 2022): 1, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1544612321001781>

13 Luis Parraguéz Ruiz, *Régimen Jurídico de los Bienes* (Quito: Ediciones Iuris Dictio, 2015), 109.

14 Humberto Pinto Rogers, *Curso básico de Derecho Civil. Derecho Privado I, Tomo III* (Santiago de Chile: Librería Monte Sarmiento, 1972), 35, cited in Parraguéz, *Régimen Jurídico de los Bienes*, 109.

15 Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2015), 155, cited in Parraguéz, *Régimen Jurídico de los Bienes*, 109.

16 Cornelia Muntean, “Considerations on Classification of Good in Fungible and Non-Fungible”, *Contemporary Readings in Law and Social Justice* 4, n.º 2 (2012): 412, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/conreadslj4&ci=1>.

Now, this equivalence does not originate in a natural and empirical analysis of the thing in question and of every one of its qualities; correspondence should be understood as something other than equality or identity¹⁷. Because, in the strict sense, there are no two completely equal things in nature, each physical and digital entity can be differentiated and individualized, even though the differences it holds concerning other items of its kind are challenging to pin down.

Returning to the example of banknotes, even though they may have the same denomination or issuer, each banknote is a unique entity, be it at least by a microscopic difference in size. If it were a strictly empirical test, the result would be that everything is a unique and non-replicable entity, making the classification of not fungible meaningless. Consequently, it is necessary to approach it from another perspective.

Instead of saying that things are empirically the same, it's more accurate to talk about them as legally indistinguishable, as one fungible item is considered equivalent to another based on its societal worth and economic use¹⁸, meaning the role it serves within a community. If several objects can fulfill the same social or economic role, we can talk about fungible goods, otherwise, non-fungible things.

Going back to the example of money, commonly, the representative bills of a currency are fungible because they can be substituted for each other if they fully cover the amount determined by the obligation. If a person owes one hundred dollars, this bill may be fulfilled with a hundred-dollar bill or enough smaller denomination bills to reach the required amount since any can fulfill the economic function of another of the same class and quality. These assets have the liberating power of a legal obligation¹⁹, even if one of those has a unique but irrelevant characteristic for the obligation that can help to individualize it. To understand this, it is necessary to give an approach to the definition of obligation and how a thing can free a subject from it.

Legal obligation can be understood as any legal link by which a person must perform a service in favor of another²⁰. An obligation is a link or tie by which a person must act, that can consist of giving, doing, or not doing. Furthermore, that is executed using a thing, a matter of obligation. The liberating power entails the capacity of an item so that a subject can comply with the service or act due. Consequently, the link is terminated, freeing the debtor from the bond.

17 Parraguéz, *Régimen Jurídico de los Bienes*, 110.

18 Biondo Biondi, *Los Bienes* (Santiago de Chile: Ediciones jurídicas Olejnik, 2019), 80, cited in Parraguéz, *Régimen Jurídico de los Bienes*, 110.

19 Parraguéz, *Régimen Jurídico de los Bienes*, 110.

20 Jorge Camacho, *Obligaciones* (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2005), 3; René Ramos Pazos, *De las obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1999), 10-11; Antonio Fayos Gardó, *Derecho Civil: Manual de Derecho de Obligaciones y Contratos* (Madrid: Dykinson, 2018), 12.

Fungibility is a classification that is evaluated based on other assets. In this sense, if thing A allows to comply with the act as much as thing B, C, etc., it can be said that A is a fungible good. On the other hand, if only A complies with the characteristics required by the obligation and B, C, etc., do not, then A is a non-fungible asset. In short, a fungible asset is a replaceable thing in a particular context called a legal obligation, rather than a permanently replaceable item.

For this reason, as expressed by Cornelia Muntean:

Fungible goods are those that can substitute each other in performing an obligation; [...]. Non-fungible goods cannot substitute each other to absolve the debtor; in other words, they are considered in their individuality and cannot substitute each other [...]²¹.

The substitution is not about every single characteristic that a thing can naturally have but rather than the qualities considered in the context of an obligation. Although there are authors who recognize the modality of objective fungibility, that is, by its nature, they even accept the fact that the will of the parties can determine the ability of a good to be replaced beyond its core and that this consideration or stipulation is what would give the value or utility to the interest in the question. Therefore, when distinguishing fungible and non-fungible goods, the contractual or legal prevails over the natural or empirical²².

Based on what is mentioned in this section, denying the name of non-fungible tokens is possible. The NFT name has been created in an absolute and unconditional sense as if they were always non-expendable goods. On the other hand, fungibility is relative to the obligation, and even when objective fungibility is recognized as a subcategory of this classification, it will not prevail against a contractual stipulation or a legal prescription, giving the possibility that any asset that could have been considered non-fungible could become fungible and vice versa²³.

The fungibility must be determined by the possibility of a thing being substituted in an obligation and not by the convergence of every one of its natural qualities in another object. That is why, it can be affirmed that the fact that a thing is unique does not automatically make it irreplaceable and non-fungible. And, as a better demonstration, an example of a good that, being unique and irreplicable, is not usually given the qualification of non-fungible is presented below.

4. BITCOINS AND NFTS ARE FUNGIBLE CRYPTO ASSETS

Although NFTs have characteristics that differentiate them from other crypto assets, the quality of being unique, irreplicable, and identifiable is not exclusive

²¹ Muntean, *Considerations*, 1.

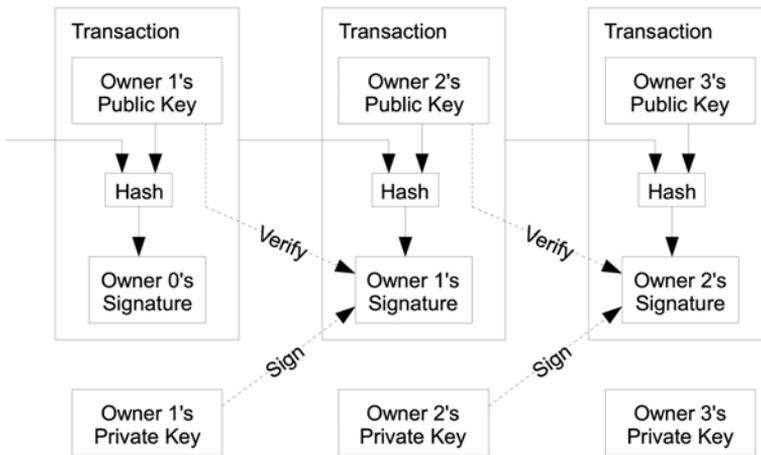
²² *Ibid.*, 5; Parraguéz, *Régimen Jurídico de los Bienes*, 110.

²³ *Ibid.*, 3.

to them. A clear example of this is a cryptocurrency called Bitcoin. In the document called “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System”²⁴, the so-called creator of this technology, Satoshi Nakamoto, describes what a Bitcoin is and presents an illustration of how it works, as follows:

2. Transaction

We define an electronic coin as a chain of digital signatures. Each owner transfers the coin to the next by digitally signing a hash of the previous transaction and the public key of the next owner and adding these to the end of the coin. A payee can verify the signatures to verify the chain of ownership²⁵.



Source: made by Nakamoto Satoshi, 2024.²⁶

As can be seen, Bitcoin is a series of tokens called electronic signatures, which are applied to each transfer with a number produced by a mathematical algorithm called “hash”. The information of the electronic signatures of the transferor and the acquirer, together with the hash, are compiled in an information unit or block. In addition, both the signature and the hash are recorded sequentially each time a transaction is conducted, producing a chain of blocks that is perfectly verifiable by its administrators.

Bitcoin is fundamentally a chain of digital signatures of the involved parties and the unique hash applied to every transaction. For these reasons, it is fair to say that every Bitcoin minted is irreplicable and one-of-a-kind. Despite its

²⁴ Satoshi Nakamoto, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System (BITCOIN)”, accessed June 25, 2023, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

distinctiveness, Bitcoin is not commonly recognized as a non-fungible asset. The fungibility of Bitcoins has a simple reason: even though each minted Bitcoin is unique, in most cases, all Bitcoins fulfill the same socio-economic function, that is, being a financial asset or a currency, depending on the subject, and can be replaced by another of the exact nature to comply with the legal obligation.

Bitcoins and NFTs are very different due to their issuance protocol²⁷, ecosystem, form of validation²⁸, or the common classification that is given to them in the crypto world, such as payment tokens or asset tokens. However, they both are unique and irreplicable due to their line of code. It seems absurd to grant only one of these crypto assets the status of non-fungible based on a characteristic that both shares.

Bitcoin is the best demonstration that a unique object can be fungible, given that the specific obligation can prescribe a set of characteristics other than the element that differentiates the thing, which in the case of NFTs and Bitcoins are the hashes they contain. In this section, Bitcoin has been mentioned as an example of a unique and, at the same time, replaceable thing in the context of an obligation. But, here, any unique asset could be mentioned, as is the case with other cryptocurrencies such as Ethereum, coming from the same ecosystem of NFTs. Or, even every single item that has a specific number of identifications such as a car chassis with a Vehicle Identification Number globally accepted.

Despite being unique, Bitcoin does not ordinarily have the quality of non-fungible due to its function in the contracts. Now, it is only sometimes a fungible good. Again, this category is related to the obligation that may also require a specific Bitcoin or the magnetic medium where it is stored to release the obligation bond to the debtor, making Bitcoin a non-fungible item for that specific contract.

Along the same lines, no technical or legal barrier prevents NFTs, in general, from fulfilling the same socio-economic function in a contract, making them potential fungible assets. In the case of tokenizing assets such as company shares, the hash of the token that contains the shares is likely to be irrelevant to the buyer, whilst the company from which it is derived is essential. In the case of art NFTs, the buyer may be interested in obtaining a representation of a particular work, regardless of the unique identification code. In turn, the opposite hypothesis could occur: that an individual is interested in a specific token. In this sense, it can be affirmed that cryptocurrencies, NFTs, and any

²⁷ Houser and Holden, *Navigating the Non-Fungible Token*, 899.

²⁸ Fahad Saleh, "Blockchain Without Waste: Proof-of-Stake", *The Review of Financial Studies* 34, n°. 3 (March 2021): 1156-1157, <https://doi.org/10.1093/rfs/hhaa075>.

other asset that may enter legal traffic are potentially fungible or non-fungible. The classification in which they fit will depend on the obligation to which the crypto asset is subject.

The reader may wonder what a contract could look like in reality. Let's imagine that the Louvre Museum decides to issue a single NFT for each physical piece of art it possesses, such as Hammurabi's Code or the Venus de Milo. If a collector approaches to buy an NFT from the newly issued collection, one might ask, which of the NFTs from the pieces could be used to fulfill the obligation? The answer is both, as the collector is interested in acquiring a work from the collection. Even though the NFTs representing Hammurabi's Code and the Venus de Milo are unique, non-reproducible and no further representations have been issued, they are still considered perfectly fungible tokens for the purpose of this contract. This is because, in the context of this contract, they equally have the potential to replace each other.

The attitudes exhibited by clients in a market such as art can greatly vary. A buyer may be specifically interested in acquiring a piece from a particular artist, regardless of what that specific piece may be. Another client might be focused on obtaining an art piece, regardless of its provenance or subject matter. Yet, another user might be interested solely in a specific publication. These behaviors are all common scenarios in the art market.

When analyzing fungibility, the key aspect is not a category like payment assets or whether an item is unique and non-reproducible, but rather the specific obligation at hand. To assume that the uniqueness of an object automatically deems it non-fungible would inevitably lead to the conclusion that Bitcoin, Ethereum, or any car chassis are non-fungible, a claim that is challenging to assert unequivocally.

5. POSSIBLE CONSEQUENCES OF THE FUNGIBILITY OF NFTs

The reason for classifying assets is to determine the applicable laws. The norms corresponding to movable property are different from immovable property, the precepts of commercial goods of non-tradable ones. The NFTs are only sometimes non-fungible, which can depend on the rules used in the obligation they are immersed in. Below is a non-exhaustive series of consequences.

In the first place, any contract that involves the delivery of something could be mentioned. Any object of the same quality can be delivered if the good is fungible. Otherwise, the determined item must be provided. For NFT purposes, this could be a sale for a particular issuer or artist. Since the required conditions are the issuer and the asset is an NFT, the hash or algorithm that identifies it is irrelevant. On the other hand, if the contract specifies a particular NFT due to

its line of code, then the specific NFT must be delivered through a transfer on the blockchain, and the obligation cannot be fulfilled with another good.

A significant consequence of this classification involves the risk that the intervening parties assume in the face of the possibility of deterioration or loss of the thing, which, depending on whether it is a fungible good or not, will change the answer. Faced with an obligation that has remained unfulfilled due to an event that affects the thing's integrity, it is relevant to determine whether the debtor or the creditor assumes said burden²⁹.

Except for situations in which negligence operates, the exceptions that the Law recognizes and subsequent actions for damages against the person responsible, generally in the case of the loss of a consumable asset, the debtor bears the burden, as there would be other assets of the same kind that could replace the thing that the debtor intended to use to comply with the act due. A comparable situation occurs in the face of deterioration, as the object no longer has a medium quality. The debtor must assume the damage at his own cost, so he must deliver to the creditor another good of the same kind of medium quality, something else that can replace the first one in compliance with the service³⁰.

On the other hand, if the good is a specific individualized body and a non-fungible item, the general rule is different. The burden of the fortuitous loss of the subject matter of the obligation is now supported by the creditor because compliance with the provision becomes impossible, extinguishing the obligational link. In turn, in the event of deterioration of the non-expendable asset, the creditor assumes the burden, who must receive the specific asset with its unfavorable conditions³¹. All the above without prejudice to any action for damages.

Because NFTs are potentially fungible, depending on the obligation in which they are found, the consequences of the loss or deterioration of the thing will depend on whether it corresponds to a fungible or non-fungible asset. This loss or damage can be caused by a breakdown or destruction of the physical magnetic medium that contains the digital file. For this reason, the mishandling of the storage devices that include an NFT may lead to the obligation to deliver another good of the same quality, if it is a fungible good, or the extinction of the debt by destroying the item, if it is a non-fungible thing.

The action or claim that the creditor could articulate against the loss of the thing changes depending on its fungibility. In the case of fungible assets, the creditor can demand the delivery of a similar asset that can replace the

29 Susana Zusman Tinman, "La Teoría del Riesgo", *Derecho PUCP* 34 (April 1980): 79, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/derecho34&i=79>.

30 Cristián Andrés Papic Vargas, *Análisis crítico de la teoría de los riesgos general en las obligaciones de hacer* (Santiago de Chile: Universidad de Chile Facultad de Derecho, 2017), 15-17.

31 Papic, 17-19.

previous one. On the other hand, in the case of non-expendable assets, the requirement of the due thing becomes inadmissible, empowering an action for damages that repairs or at least lessens the damage caused³².

Only when the deeply rooted idea of perpetual fungibility of NFTs is dismantled can it begin to consider the different rules applicable to this cryptoactive without permanently granting it a regime to which it does not necessarily belong. This is because the applicable rules will depend on the obligational link in which the NFT in question is immersed, whether from a contractual, legal, or non-contractual source, in opposition to what the classical conception of NFTs could affirm, that is, an unequivocal way of understanding the NFT in a legal field.

6. VALUE AND APPLICATION OF NFTs

The notoriety that often preceded NFTs during their initial surge was precisely derived from the perception of them being non-fungible. People understood these tokens, considered unique and non-reproducible, to possess an inherent and lasting value, in addition to the notion that a unique asset could not be replaced. However, the ability for an asset to be replaced, or its non-fungibility, is determined by the obligation tied to it, not by the nature of the item or the way it has been programmed. This led to a misunderstanding, particularly within the art market, causing the NFT boom to be based on a misconception that, regrettably, has had economic repercussions for countless individuals.

Realizing that an NFT is not necessarily non-fungible or irreplaceable allows shedding misguided perceptions about this type of crypto-asset and focusing on the genuine practical uses that such an object may hold. The fact of having a verifiable identification number that can be individualized at any time is the real added value of this cryptoactive. The change in the understanding of the NFT can alter the utility granted since it would no longer have the same added value. For this purpose, some applications of NFTs will be considered below.

According to the criteria of several of the authors cited in this article and the commonly known practice of NFTs, they have found their most significant utility in the art world. Given that any physical or digital information can be tokenized, any work of art could be subjected to this technology for its preservation in a magnetic medium or for the sale of copies of it certified by the issuer of the NFT. As each of these assets will always be identifiable, this would allow artists a better way to control the distribution of their creations. Ever since anyone who does not have those NFTs with the hashes issued by

³² Ibid., 4.

the artist could be said to be, at least in an apparent way, incurring into falsehood and plagiarism³³.

However, despite this being the most common practical application of NFTs, this market behavior has not been due to the reality of NFTs but to a misunderstanding of their nature. Suppose the NFT is always an identifiable asset. It has no competitive advantage against other digital document identification processes, such as the MD5 or SHA1 protocols currently used in public and private entities. Large companies and governments use it and have an extremely high degree of security in such a way that they are a simpler alternative to apply than creating an NFT. In addition, these encryption processes are much cheaper due to the electricity consumption, time, and money necessary for their generation. Thus, the practice of using the NFT in art is due more to a myth than to its nature.

Together with those above, the NFT is not an infallible tool for demonstrating authenticity since there is no technical barrier to a person who does not own a work or idea proceeding to tokenize it³⁴. It can serve as a tool against plagiarism if the author issues it, but it is not an irrefutable demonstration of property ownership.

In the opinion of the columnist, NFTs should have the same value as an unsworn statement, with the issuance and its content attributable solely to the issuer, given that the only thing that an NFT proves reliable is the tokenization of a document, the issuer of said token and the transfer line of the code line, the latter being foreign to the NFT and typical of the Blockchain. Unless you want to apply institutions such as Smart contracts to maintain a permanent flow of income, artists will likely benefit from simpler identification protocols such as SHA1 since they achieve the same objective at a lower cost. In the writer's opinion, this does not mean eliminating the NFT from the art world but rather leaving it as a residual tool and better promoting other identification methods.

As mentioned at the beginning, a token represents a value, so any object that must be identified in legal transactions could be subject to an NFT, which is particularly useful in private securities markets. NFTs can easily represent a share, participation, bond, security, and collateral, which can be transferred dynamically and expeditiously through the blockchain. This option will only be viable if there is adequate control of the partners and shareholders or the company's legal representative. Since then, this technology could be counterproductive. It could even be used in the market to sell goods such as real estate. In any case, the NFT entails a tokenization process, converting any physical or digital

³³ Cuesta, Fernández, and Muñoz, *NFT y arte digital*, 6.

³⁴ Trautman Lawrence, "Virtual Art and Non-Fungible Tokens", *Hofstra Law Review* 50, n.º. 2 (Winter 2022): 381, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein:journals/hoflr50&i=381>.

asset into a unit of information or block³⁵, which may contain, among other things, the property title of the thing. It is reasonable to think that houses, apartments, vehicles, computer equipment, etc., are sold through NFT and that your property title is in them. Of course, this and every section will warn of the uncertainty of the ownership of the good represented in the token. It is worth mentioning the problem of the solemnities that the law requires for the existence and validity of agreements, such as the elevation of a contract to a public deed, as the NFT, at present, does not comply with such, transforming it into nothing less than a simple preparatory act for actual contracts.

In other legal fields NFTs could be used. The New York Supreme Court has already notified a person accused of a criminal offense through an NFT called Service Token within a blockchain to which the defendant has access³⁶. It could also be used to issue public deeds by notaries; tokenization could be a fast and secure way of attesting to the existence of a document or information in front of the notary and that it can be verified at any time.

7. CONCLUSION

The NFTs are units of information that, due to the rules of their minting, allow them to be always perfectly identifiable and individualizable so that no two identical NFTs can exist. It is an innovative technology with many applications, but it must still be correctly understood. For example, Jack Dorsey's NFT, which sold for \$ 2.9 million, received less than \$ 10,000 offers³⁷.

The non-fungible token name has been commonly justified by the fact that each crypto asset is unique, which is true. However, it is a mistake to assume that any unique item is automatically irreplaceable and, therefore, non-fungible because the ability of an object to be replaced does not obey its empirical nature but rather the qualities that the thing is required to have within a particular context called legal obligation.

As stated in this article, it is not correct to affirm that an NFT, because of being unique, is always non-fungible. This because other assets share this characteristic and are not assigned such a quality, as is the case of Bitcoins cryptocurrencies, which, despite being as unique as NFTs, are considered fungible due to the socio-economic function they commonly perform.

35 Houser and Holden, *Navigating the Non-Fungible Token*, 896-898.

36 Olarte Moure, "Corte Suprema de Nueva York ordena notificación mediante token no fungible", *QM Weekly Digest*, July, 2022, <https://app-vlex-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/#vid/corte-suprema-nueva-york-907304628>.

37 Jess Kaufflin, "Por qué nadie quiere comprar el NFT del primer tuit de Dorsey que se vendió por 3 millones de dólares", *Forbes*, April 16, 2022, <https://forbes.es/actualidad/153983/por-que-nadie-quiere-comprar-el-nft-del-primer-tuit-de-dorsey-que-se-vendio-por-3-millones-de-dolares>.

The fungible goods have different rules than the non-fungible ones, as is the case of the risk that is assumed by the deterioration or loss of the thing, the judicial and administrative actions that the creditor can exercise against the debtor, among many others. Once demonstrated that all NFTs could be fungible, depending on the obligation; the rules applicable to these must be determined according to each specific case.

Understanding the actual value of NFTs, that is, the ability to be identified and authenticated, it is possible to begin to visualize the benefits that this crypto asset can have. For example, being a mechanism against plagiarism, being a representative asset of a value such as the shares of a company or the ownership of an asset, in the use of legal procedures such as notification or the issuance of a public deed, among others. The foresaid because of its content and authenticity is always verifiable.

Of course, NFTs still present challenges, and there is no denying regarding the possible misuse that can be given to this tool. In addition, this essay has focused on the analysis of the fungibility category. There is still much to be researched and written about the legal consequences of the fungibility of NFTs in different legal systems, the possible benefits that it may have, and the future that lies ahead for NFTs in an environment of uncertainty in the crypto active market.

The NFT protocol is a technology with immense potential and utility. However, it is time to discard the idea that they are always non-fungible since this does not correspond to the legal reality of this crypto asset.

Therefore, as a final idea for this article, it is suggested to change the name of Non-Fungible Tokens to a more accurate term: Unique Identification Tokens or UIT. Given that this is its nature, units of information representing a value, or tokens, which are unique for all the data stored in their block and which, thanks to the decryption key and the hash it contains, can be identified, and always authenticated.

GOTTIFREDI
POZO | GP | 10
AÑOS



VIVANCO & VIVANCO
WE ARE LATIN AMERICA

ACTUAMOS LOCALMENTE Y PENSAMOS GLOBALMENTE

Somos una firma de abogados con más de 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.



Buenos Aires - Bogotá - Ciudad de México - Ciudad de Panamá - Guayaquil
Quito - Miami - Madrid - Lima - San José - Santa Cruz - Santiago de Chile

vivancoyvivanco.com |   vivancoyvivanco

Cosa juzgada formal y material en el juicio ejecutivo: ¿se puede intentar el mismo procedimiento si se han acogido excepciones propias del título?

Formal and material res judicata in the executive trial: can the same procedure be attempted if exceptions specific to the title have been accepted?

LIANET CUESTA MÁRQUEZ*

WILLIAM GABRIEL ORELLANA IZURIETA**

FERNANDO ANDRÉS ORELLANA TORRES***

Recibido / Received: 22/07/2023

Aceptado / Accepted: 25/03/2024

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3057>

Citación:

Cuesta Márquez L. W. G. Orellana Izurieta, F.A. Orellana Torres, “La excepción de cosa juzgada en el juicio ejecutivo: efectos y alcances de su interpretación”. *USFQ Law Review* vol. 11, n°. 1, mayo de 2024, <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3057>

* Universidad Técnica de Machala UTMACH, estudiante de la Carrera de Derecho, Machala 070222, El Oro, Ecuador. Correo electrónico: lianetcm.2001@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4676-9582>.

** Universidad Técnica de Machala UTMACH, docente de la Carrera de Derecho, Machala 070222, El Oro, Ecuador. Correo electrónico: worrellana@utmachala.edu.ec. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8441-3686>.

*** Universidad Católica del Norte UCN, docente de la Carrera de Derecho, Antofagasta 1270709, Antofagasta, Chile. Correo electrónico: forellana@ucn.cl. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-5409-7758>.

RESUMEN

En la esfera del Derecho Procesal ecuatoriano reviste de importancia diferenciar los efectos de la cosa juzgada material con la cosa juzgada formal en los juicios ejecutivos. Esto se debe a la incertidumbre existente ante la imposibilidad de volver a proponer acciones por la vía ejecutiva, por haber sido negadas inicialmente en un afán normativo de proteger la forma y no la sustancia de un título ejecutivo. La ausencia de legislación, en caso de proponer un juicio ordinario posterior al ejecutivo, apunta de forma similar a una posible afectación del derecho al debido proceso. Para analizar adecuadamente, este y otros escenarios que involucran la institución de la cosa juzgada, es imprescindible revisar los requisitos para su configuración y diferenciar los alcances de la cosa juzgada formal y material, en contraste con los juicios tanto ejecutivos como ordinarios o de conocimiento. La presente investigación aborda estas particularidades y cuestiona la normativa ecuatoriana vigente, en contraste con legislación extranjera que ha mitigado estos inconvenientes. Consecuentemente, la metodología cualitativa utilizada beneficia al estado del arte al capturar los criterios de las máximas Cortes de Justicia a nivel nacional y contrastarlos con actuaciones procesales en casos prácticos.

PALABRAS CLAVE

Cosa juzgada formal; cosa juzgada material; juicio ejecutivo; juicio ordinario

ABSTRACT

In the sphere of Ecuadorian Procedural Law, it is important to differentiate the effects of material res judicata with formal res judicata in executive trials. This is due to the uncertainty that exists due to the impossibility of proposing actions again through executive means, as they were initially denied in a regulatory effort to protect the form and not the substance of an executive title. The absence of legislation in the event of proposing an ordinary trial subsequent to the executive similarly points to a possible impact on the right to due process. To carry out an adequate analysis of this and other scenarios that involve the institution of res judicata, it is essential to review the requirements for its configuration and differentiate the scope of formal and material res judicata, in contrast to both executive and ordinary judgments or of knowledge. The present investigation addresses these particularities and questions the current Ecuadorian regulations, in contrast to foreign legislation that has mitigated these drawbacks. Consequently, the qualitative methodology used benefits the state of the art by capturing the criteria of the highest Courts of Justice at the national level and contrasting them with procedural actions in practical cases.

KEYWORDS

Formal res judicata; material res judicata; executive proceeding; ordinary proceeding

1. INTRODUCCIÓN

En los procedimientos de conocimiento, el juzgador determina la existencia o no de un derecho que podrá ser ejercido por la parte vencedora. Mientras que, en los juicios ejecutivos, no se discute sobre la existencia del derecho de crédito, sino que tiene por finalidad el cumplimiento del título ejecutivo, con lo cual se obtiene un procedimiento más expedito. Dicha concepción se ha mantenido en Ecuador desde el Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC) abarcando el criterio expuesto por la Corte Nacional de Justicia: “[n]uestra legislación ha considerado que los juicios ejecutivos [...] tienen por finalidad hacer cumplir la obligación impaga mediante un proceso de ejecución, pero no de conocimiento”¹. Con la vigencia del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) el pensamiento se mantuvo: “[...] en el juicio ejecutivo [...] queda a salvo al vencido, con ciertas limitaciones, el derecho de promover un proceso de conocimiento tendiente a obtener su modificación [...]”².

Sin embargo, es posible, en juicios ejecutivos, que la parte demandada se oponga a través de excepciones como, por ejemplo, la de no contener todos los requisitos para constituirse en título ejecutivo el documento en el cual se fundamenta la demanda; cuya aceptación generaría una sentencia desfavorable al actor que podría pasar a cosa juzgada y ejecutoriarse. En este caso nace la interrogante ¿es posible volver a presentar por la misma vía ejecutiva otra demanda con el mismo documento, empero, ya consignados los requisitos para considerarse como título ejecutivo, pese a la existencia de cosa juzgada sobre el mismo asunto? En este contexto de hecho y derecho, indagar sobre la cosa juzgada en esta materia se vuelve vital y necesario.

La figura jurídica de la cosa juzgada no es en absoluto producto del pensamiento moderno, debido a que la génesis, fuente de inspiración tanto para la tradición romanista-continental como para el *common law* anglosajón, es de herencia romana. Para el jurista Modestino:

Res iudicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accepit, quod vel condemnatione, vel absolute contingit [Dícese cosa juzgada, la que puso término a las controversias con el pronunciamiento del juez, lo que tiene lugar o por condenación, o por absolución]³.

Quedaba implícito en aquel momento un factor de gran relevancia: se presumía verdadero el pronunciamiento del juez. Por lo tanto, se consideraba una pérdida de tiempo y recursos para las partes, recurrir nuevamente con la esperanza de

1 Causa 628-2011, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Quito, 7 de diciembre de 2012, 3.

2 Resolución 11-2017, Corte Nacional de Justicia, Pleno, 26 de abril de 2017, 2.

3 Modestino, D. citado en Germán Rusinque y Laura Carvajal, “Evolución de la *res iudicata* en materia procesal y contractual: el efecto de cosa juzgada producido por las providencias judiciales, la transacción y el acuerdo conciliatorio”, *Vniuersitas* 71 (junio 2022): 2, <https://doi.org/10.11144/javeriana.vj71.crim>.

obtener un pronunciamiento distinto sobre el mismo asunto. Incluso, comienza siendo bastante restrictiva, sin contemplar el sistema de apelaciones ampliamente aceptado en la actualidad. “Hasta el final de la República, la sentencia tenía fuerza de cosa juzgada (*res iudicata*) enseguida de pronunciarse, y las partes no podían atacarla para obtener una nueva decisión de alguna otra jurisdicción”⁴. Por supuesto, sus efectos han sufrido una transformación importante producto del estudio de doctrinarios que se dedicaron a darle forma y limar asperezas, para adaptar de mejor forma lo escrito en los Códigos con la realidad de los litigantes y catedráticos universitarios.

Zufelato, respecto al tratamiento considerado en el derecho adjetivo brasileño de 1973 dice lo siguiente:

El tema de los límites objetivos de la cosa juzgada se trató [...] de la forma más restrictiva posible: la inmutabilidad de la decisión recaía exclusivamente en la parte dispositiva de la decisión en la medida en que esa es la respuesta a la petición de tutela jurisdiccional [...]⁵.

El jurista español Jaime Concheiro del Río detectó otro problema relacionado con la ausencia de clasificación de la cosa juzgada en sus vertientes formal y material, condensando un criterio que compartimos respecto al ordenamiento jurídico ecuatoriano; cuestión que se analizará más adelante.

[...] no se recogía expresamente la distinción, aludiendo tan sólo a la cosa juzgada sin mayor concreción; constituyendo el parecer unánime de la doctrina el de que los escasos artículos que se dedicaban a esta figura (arts. 1251, 1252 y 1816 CC; 161.1, 544.2, 1479 y 1617 LEC) se referían a la cosa juzgada material, la cual presupone la cosa juzgada formal⁶.

Respecto a esta misma confusión se había pronunciado Montero Aroca algunos años antes, aludiendo, igualmente, a la necesidad de contar con normas claras que determinaran el alcance de ambas clases de *res iudicata*. La “[...] distinción respondía a un error conceptual que se derivaba de la confusión sobre la inatacabilidad de las resoluciones judiciales”⁷. La distinción entre cosa juzgada formal y material en juicios ejecutivos es fundamental para comprender cuándo y por cuál vía es posible volver a demandar con un título ejecutivo. Las naturalezas de un juicio ejecutivo y de uno de conocimiento, como se ha demostrado, son distintas y, por tanto; obligan al litigante a prepararse de forma distinta, ya sea para demostrar o no la existencia de una obligación.

4 Valeria Guerra, “Imperium de las sentencias judiciales en Roma y en la actualidad”, *Revista de Derecho Privado* 21 (julio-diciembre de 2011): 71, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2982>.

5 Camilo Zufelato, “Perfiles generales de la cosa juzgada en el Derecho Procesal Civil brasileiro”, *Revista IUS ET VERITAS* 53, (diciembre de 2016): 322, <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201701.019>.

6 Jaime Concheiro del Río, “Efectos preclusivos de la cosa juzgada material”, *Boletín de la Facultad De Derecho*, 23 (2003): 253, <http://e-spacio.uned.es/fez/view/bibliuned:BFD-2003-23-0510418F>.

7 Juan Montero, “Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial”, *Derecho Privado y Constitución* 8 (enero-abril 1996): 255, <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc>.

2. COSA JUZGADA FORMAL Y MATERIAL

2.1 DISTINCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO POSITIVO

En la Carta Magna se plasma el antiquísimo principio relacionado con la *res judicata: non bis in idem*. Por lo cual, el *non bis in idem* posee sustento y rango constitucional: “[n]adie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia”⁸. También es relevante considerar el derecho a la seguridad jurídica como garantía de “la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”⁹, siendo que las resoluciones judiciales deben gozar de la estabilidad que otorga este principio por el bien de los justiciables.

Asimismo, la cosa juzgada posee base legal. Sin embargo, las normas no brindan una definición o una distinción entre ambas clases (formal y material o sustancial). Es mencionada textualmente en pocas ocasiones en el COGEP y solo respecto a casos específicos que gozarán de sus efectos (Arts. 16, 104, 146, 242, 358), pero sin contener guías importantes sobre su naturaleza jurídica o distinción. Solo los artículos 153 y 353 del COGEP establecen que opera como excepción —este tema se analizará más adelante¹⁰—.

El artículo 99 del COGEP enumera los casos en los que los autos interlocutorios y las sentencias pasan a autoridad de cosa juzgada:

- [...] 1. Cuando no sean susceptibles de recurso.
 - 2. Si las partes acuerdan darle ese efecto.
 - 3. Si se dejan transcurrir los términos para interponer un recurso sin hacerlo.
 - 4. Cuando los recursos interpuestos han sido desistidos, declarados desiertos, abandonados o resueltos y no existen otros previstos por la ley.
- Sin embargo, lo resuelto por auto interlocutorio firme que no sea de aquellos que ponen fin al proceso, podrá ser modificado al dictarse sentencia, siempre que no implique retrotraer el proceso [...]”¹¹.

El artículo establece algunas causas de cosa juzgada; sin embargo, no es claro en determinar de si se trata de causales de la cosa juzgada formal, también llamada procesal o de la cosa juzgada material denominada también como sustancial. Este problema fue superado por los “Criterios sobre inteligencia y aplicación de la ley. Materias no penales” emitidos por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, que a continuación se transcribe:

8 Artículo 76, numeral 7, literal i, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O.Tercer Suplemento 377 de 25 de enero de 2021.

9 Id., artículo 82.

10 Artículos 153 y 353, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R.O. 506 de 22 de mayo de 2015, reformado por última vez en R.O. 471 de 5 de enero de 2024.

11 Id., artículo 99.

En el Código Orgánico General de Procesos, la categoría de cosa juzgada formal, la tenemos en el Art. 99 cuando se dice que: “Las sentencias y autos interlocutorios pasarán en autoridad de cosa juzgada en los siguientes casos: 1. Cuando no sean susceptibles de recurso. 2. Si las partes acuerdan darle ese efecto. 3. Si se dejan transcurrir los términos para interponer un recurso sin hacerlo. 4. Cuando los recursos interpuestos han sido desistidos, declarados desiertos, abandonados o resueltos y no existen otros previstos por la ley.”

La categoría de cosa juzgada material, la tenemos en el Art. 101 [...]

De manera que puede existir cosa juzgada formal con independencia de la cosa juzgada material, pero no puede existir cosa juzgada material sin la cosa juzgada formal, pues está en ella implícita¹².

El Código Civil, de forma similar, solo menciona a la cosa juzgada textualmente cuando desea referirse a casos específicos donde aplican sus efectos tales como en el caso de nulidad con fuerza de cosa juzgada artículo 1704¹³; sentencia de adjudicación; artículo 2161¹⁴; transacción artículo 2362¹⁵, entre otros. No se vislumbra ninguna caracterización de sus requisitos, límites o descripción de sus efectos que puedan aportar a la presente investigación.

2.2 ¿QUÉ DICEN LAS CORTES?

Debido a que nada mencionan los cuerpos legales ecuatorianos en relación con el concepto de cosa juzgada, resulta conveniente partir de lo que ha reiterado la jurisprudencia nacional y las sentencias de los máximos organismos de justicia del Ecuador.

La primera distinción que reconoce la Corte Constitucional en Sentencia 012-14-SEP-CC es lo relativo a las características de las que puede gozar una resolución por ser inimpugnable o inmutable: “[...] la cosa juzgada por su parte resulta en un atributo, en una calidad que el ordenamiento jurídico destina a la sentencia, cuando esta cumple con los requisitos para que quede firme: sea inimpugnable (cosa juzgada formal) y sea inmutable (cosa juzgada material)”¹⁶.

En atención a dicha distinción, se evidencia que la trascendencia e invariabilidad de una resolución se encuentran sujetas a la categoría que le sea otorgada por la ley o la jurisprudencia. Asimismo, en Sentencias emitidas dentro de las causas 13267-2018-00118 y 09354-2012-1156, la Corte Nacional de Justicia reconoce que el objeto de esta trascendencia busca otorgar estabilidad y seguridad jurídica a los ciudadanos.

12 Carlos Ramírez, et al., *Criterios sobre inteligencia y aplicación de la ley. Materias no penales* (Quito: Corte Nacional de Justicia, 2017), 429-43.

13 Artículo 1704, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104, de 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R.O. 517 del 1 de enero de 2024.

14 Id., artículo 2161.

15 Artículo 2362, CC.

16 Sentencia 012-14-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 15 de enero de 2014, 13.

No debe perderse de vista que la institución de cosa juzgada busca la certeza jurídica, así como la estabilidad de las decisiones judiciales y los derechos en ellas garantizados, en observancia del principio de seguridad jurídica, acorde a lo que establecen los artículos 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación y 101 del Código Orgánico General de Procesos¹⁷.

De esta forma, “[...] la cosa juzgada se fundamenta en la garantía constitucional de seguridad jurídica, [...] asegurando que los asuntos y controversias judiciales no se vean sometidos a varios procesos, generando un estado de incertidumbre que podría volverse interminable”¹⁸.

Con lo expuesto, se comprueba que existe una estrecha relación que une a la *res judicata* con los principios constitucionales de seguridad jurídica y *non bis in idem*. Este mismo organismo se ha encargado de desarrollar lo concerniente a la prohibición de doble juzgamiento, señalando precisamente que, solo a aquella resolución que goce de cosa juzgada material se le podría aplicar este principio y, por tanto, se le consideraría inmutable:

[L]a cosa juzgada material.- Que es la imposibilidad de iniciar un nuevo proceso sobre la causa que goce de esta calidad impide casi de manera absoluta un nuevo tratamiento, la sentencia adquiere un resultado definitivo frente al órgano jurisdiccional que la dictó, como frente a los demás órganos jurisdiccionales, los cuales no sólo están impedidos expresamente de conocer el fallo sino de rever sus resultados.- La prohibición alcanza también a los sujetos del proceso quienes no pueden ejercer su derecho de acción nuevamente sobre el mismo supuesto¹⁹.

La Sentencia emitida en la causa 214-2007 aborda otra característica de la cosa juzgada material a más de su inmutabilidad e inimpugnabilidad. Se refiere a la capacidad de esta resolución inimpugnable e inmutable de otorgar un pronunciamiento sobre la controversia traída a conocimiento del juzgador.

[...] se rechazó la demanda por falta de legitimación de la causa pasiva, situación que genera únicamente cosa juzgada formal y no cosa juzgada sustancial, pues pone fin al litigio o proceso judicial iniciado pero no a la controversia al no existir pronunciamiento sobre el derecho sustancial discutido o el fondo de las pretensiones, permitiendo que los actores vuelvan a presentar su demanda cumplimiento con la legitimación en la causa que antes fue motivo del rechazo de la demanda, que es lo que ha sucedido en la especie²⁰.

En contraste, se puede deducir que, a la capacidad que posee una resolución de poner fin a un litigio sin pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones, se la considera una característica propia de la cosa juzgada formal.

17 Causa 13267-2018-00118, Corte Nacional de Justicia, Sala especializada de lo laboral, 1 de octubre de 2021, 12.

18 Causa 09354-2012-1156, Corte Nacional de Justicia, Sala especializada de lo Laboral, 19 de mayo de 2022, 15.

19 Resolución 10-2017, Corte Nacional de Justicia, Sala especializada de lo Laboral, 26 de abril 2017, 15.

20 Causa 214-2007, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 20 de octubre de 2010, 13.

3. PRESUPUESTOS Y ALCANCES

Como ya hemos reiterado, la cosa juzgada puede ser entendida como “el estado jurídico en que se encuentran algunos asuntos judiciales por haber sido objeto de alguna decisión jurisdiccional definitiva en un proceso determinado”²¹. Para diferenciar apropiadamente ambas clases de *res judicata* y, por tanto, entender de mejor forma sus presupuestos y alcances, es necesario referirnos a tres características de las que pueden gozar las resoluciones: inimpugnabilidad, inmutabilidad y poder ser definitiva.

“La cosa juzgada es inimpugnable en cuanto la ley impide todo ataque ulterior tendiente a obtener la revisión de la misma materia [...]”²². El artículo 99 del COGEP, como ya se señaló, referencia a los supuestos de inimpugnabilidad de una sentencia o auto interlocutorio.

Otra característica podría apuntar a que sea además inmutable o inmodificable. “La inmodificabilidad de la sentencia consiste en que, en ningún caso, de oficio o a petición de parte, **otra autoridad** podrá alterar los términos de una sentencia pasada en cosa juzgada” (énfasis añadido)²³. Finalmente, de la experticia del catedrático español Enrique Vallines podemos deducir qué se entiende por resolución definitiva.

[L]a LEC utiliza el término ‘definitiva’ con un doble significado: en unos casos, para referirse a la resolución que pone fin al proceso (arts.451 y 455-1 LEC); en otros, para denominar la resolución que decide una instancia o recurso después de su tramitación ordinaria (arts.207.1 y 454 LEC)²⁴.

3.1 REQUISITOS

3.1.1 COSA JUZGADA MATERIAL

La doctrina concuerda ampliamente en sustentar los requisitos de la cosa juzgada sustancial en tres aspectos, conocidos como la triple identidad. Dicha figura se entiende como la coincidencia de identidad legal de partes (personas), de objeto o cosa pedida y de causa a pedir (*causa petendi*)²⁵. Algunos autores como

21 Fernando Orellana Torres, *Manual de Derecho Procesal Tomo III Procesos de ejecución* (Santiago: Editorial Librotecnia, 2022), 84.

22 Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Civil* (Buenos Aires: Roque Depalma Editore, 1958), 402, citado en Resolución 11-2017, Corte Nacional de Justicia, Pleno, 26 de abril de 2017, 1

23 Id.

24 Enrique Vallines García, “Sobre el concepto de ‘resolución definitiva’ en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Problemas actuales del proceso Iberoamericano*, ed. Juan Antonio Robles y Manuel Oriells (Málaga: Centro de Ediciones de la Diputación Provincial de Málaga, 2006), 757.

25 Germán Rusinque y Laura Carvajal, “Evolución de la res iudicata en materia procesal y contractual: el efecto de cosa juzgada producido por las providencias judiciales, la transacción y el acuerdo conciliatorio”, *Vniversitas* 71 (junio de 2022): 2-15, <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj71.crim>.

Nisimblat también incluyen en sus obras un cuarto requisito denominado identidad de jurisdicción²⁶.

Corresponde referenciar en primer lugar a la identidad legal de partes, personas o sujetos. Se relaciona con los roles de las personas que constituyen partes procesales. Se verifica la identidad legal de personas cuando, “[...] son las mismas partes quienes han comparecido dentro de los procesos [...]”²⁷. En esta línea argumental, no se constata identidad legal de partes cuando en un proceso un individuo consta como actor y en otro como representante legal del actor, debido a que cumple papeles distintos en cada uno.

El objeto “[...] consiste en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho [...]”²⁸. El último caso es el de la “[...] identidad de causa, razón o derecho, con el cual es necesario verificar que las pretensiones formuladas por el accionante dentro del proceso varíen de aquellas que fueron ya discutidas en un proceso judicial y sobre el cual existió un pronunciamiento por parte del juez”²⁹.

La configuración de dos de estas identidades no causaría cosa juzgada; solo en caso de verificarse las tres se estaría en presencia de un posible doble juzgamiento.

El artículo 101 del COGEP hace referencia a dichos requisitos de la siguiente forma: la sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, **no podrá seguirse nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho.** Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutive, sino también la motivación de la misma (énfasis añadido)³⁰.

Por lo tanto, se puede invocar un mismo bien mueble en dos procesos judiciales y eludir la configuración de la triple identidad. Esto se debe a que en uno de los procesos la demanda propuesta se podría sustentar en un derecho al bien contemplado en la ley (sucesión intestada) y en otro se podría basar en la voluntad contenida en un testamento (sucesión testada).

Sobre el cuarto elemento identidad de jurisdicción, se ha pronunciado la Corte Constitucional en Sentencia 61-17-EP/2022:

26 Nattan Nisimblat, “La cosa juzgada en la jurisprudencia constitucional colombiana y el principio del estoppel en el derecho anglosajón”, *Vniversitas* 118 (enero-junio de 2009): 253, <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14519>.

27 Sentencia 194-16-SEP-CC, Corte Constitucional, 15 de junio de 2016, 11.

28 Causa 496-2009-FM, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 23 de septiembre de 2011, 6.

29 Sentencia 194-16-SEP-CC, pág.11.

30 Artículo 101, COGEP.

[...] se ha verificado la identidad de sujetos procesales, hechos, motivo de persecución y materia entre las demandas de las causas 61-17-EP y 299-15-EP, en la cual la Corte Constitucional ya emitió un pronunciamiento sobre la sentencia del TDCA, en el caso concreto no existe una decisión respecto de la cual se pueda efectuar un análisis constitucional, debido a la existencia de cosa juzgada jurisdiccional.

[...] la Corte precisa que realizó el análisis que antecede a la luz de la figura de la cosa juzgada jurisdiccional, pues versa sobre la presentación de dos demandas con los mismos sujetos, hechos, motivo y materia en el marco de garantías jurisdiccionales³¹.

Los pronunciamientos previos en la misma sede han sido contemplados por el máximo órgano de justicia constitucional ecuatoriano, y en el vecino país de Colombia, como consta en la obra del ya citado autor Nisimblat.

3.1.2 COSA JUZGADA FORMAL

En esta parte se debe señalar que las identidades tanto subjetiva como objetiva antes descritas, caben en la cosa juzgada material o sustancial. En la vertiente formal no hay, o no deben configurarse estas identidades puesto que se demanda en otra vía. Sin embargo, en los juicios ejecutivos cuando se acogen ciertas excepciones como la incompleta conformación de litisconsorcio, según las enumeradas en el artículo 153 del COGEP³², el litigante podría no subsanar en el término establecido. En este supuesto, podría volverse a presentar una acción por la vía ejecutiva; en vistas que no se ha negado la procedencia del juicio ejecutivo. Otras serían las razones que obligarían a intentar un nuevo proceso ya en la vía ordinaria; tema que se abordará en los próximos acápite.

3.2 EFECTOS

Como se puede inferir de los subtemas anteriores, la cosa juzgada formal y material o sustancial pueden diferenciarse atendiendo a dos aspectos fundamentales: inimpuñabilidad e inmutabilidad.

La diferencia fundamental existente entre los dos tipos de cosa juzgada se puede reducir a dos hechos distintos. En primer lugar, la cosa juzgada formal de las sentencias se encuentra circunscrita al proceso en el que las mismas se han dictado. **No obstante, en el caso de la cosa juzgada material, ésta consiste en la vinculación producida por la resolución en un proceso diferente o su inmutabilidad por vía de acción independiente.** En segundo lugar, la cosa juzgada formal es predicable de cualquier sentencia o resolución firme, mientras que, en el caso de la cosa juzgada material, la cosa juzgada sólo es predicable de algunas sentencias (énfasis añadido)³³.

31 Sentencia 61-17-EP/2022, Corte Constitucional del Ecuador, 18 de mayo de 2022, párr. 27-28.

32 Artículo 153, COGEP.

33 Concheiro, "Efectos preclusivos de la cosa juzgada material", 253.

La cosa juzgada formal se caracteriza por ser una especie de tránsito a la cosa juzgada material, pues admite “[...] la posibilidad de reabrir los procesos en aquellos casos donde el derecho sustancial no admita clausura definitiva”³⁴. Es decir, tanto las resoluciones que gocen de efecto de cosa juzgada formal como material son inimpugnables (coincidiendo con lo expuesto en el artículo 99 del COGEP).

La eficacia de la cosa juzgada formal resulta predicable [...] de la totalidad de resoluciones que integran los procesos judiciales, en todas sus instancias, esto es, tanto de las providencias, como de los autos y, desde luego, de las sentencias, con independencia de que su contenido [...].

La cosa juzgada material resulta predicable, por su parte, de la totalidad de resoluciones materiales definitivas firmes [...] con independencia de que adopten la forma de autos o sentencias, y, en este segundo caso, de cual sea la naturaleza de la pretensión sobre la que se pronuncian, declarativa, constitutiva o de condena³⁵.

4. COSA JUZGADA EN JUICIOS EJECUTIVOS

4.1 EXCEPCIÓN

El artículo 153.8 del COGEP establece que la cosa juzgada opera como excepción previa en los asuntos civiles, incluidos todos los tipos de procedimiento. Dentro del capítulo que se refiere a procedimientos ejecutivos encontramos otra referencia en el artículo 353.5 COGEP (lista taxativa de oposiciones basadas en ciertas excepciones); en esta, se especifica que el ejecutado podría interponer dicha excepción en específico. Respecto a la forma en que el juzgador debe resolver las excepciones previas, encontramos una distinción entre subsanables y no subsanables.

De encontrarse procedente una excepción previa no subsanable, la o el juzgador deberá resolver conforme la naturaleza de la misma[...]³⁶.

[D]e ser procedentes las excepciones previas de prescripción, caducidad, **cosa juzgada**, transacción, o existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación, **el juzgador debe aceptarlas mediante sentencia** (cuestión sustancial del proceso)³⁷.

Este derecho y principio constitucional, aunque mantiene su independencia, está íntimamente vinculado con la **excepción procesal perentoria de la cosa juzgada**, debido a que extingue la relación jurídica que se ha establecido entre el juzgador y las partes [...] (énfasis añadido)³⁸.

34 Nisimblat, “Cosa juzgada en la jurisprudencia constitucional colombiana y el principio del estoppel”, 268.

35 Ana López Guizán, “La cosa juzgada”, *Revista de Derecho UNED* 5, (enero de 2009): 521, <https://doi.org/10.5944/rdu-ned.5.2009.10995>.

36 Resolución 12-2017, Corte Nacional de Justicia, Pleno, 3 de mayo de 2017, 31.

37 *Id.*, 28.

38 Sentencia 065-12-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de marzo del 2012, pág.6.

En el caso práctico expuesto, en el quinto acápite, se apreciará que la cosa juzgada fue invocada por el ejecutado como excepción previa y fue resuelta por el juzgador efectivamente en sentencia y no en auto interlocutorio, lo cual impediría al actor intentar el mismo procedimiento después. Dicha distinción es sumamente importante, pues contrasta con el supuesto ya abordado sobre excepciones de otra naturaleza como la de incompleta conformación de litis-consorcio que si permitiesen intentar nuevamente la misma vía.

4.2 OPORTUNIDAD DE ABRIR UN NUEVO PROCESO

El derogado CPC ecuatoriano establecía en su artículo 448 la posibilidad de iniciar un proceso de conocimiento en torno a lo resuelto en un juicio ejecutivo:

El acreedor no podrá ser pagado antes de rendir fianza, de conformidad con la ley y a satisfacción del juez, por los resultados del juicio ordinario, siempre que lo solicite el deudor, manifestando que tiene que intentar la vía ordinaria. En este caso, **no se admitirán las excepciones que hubieren sido materia de sentencia en el juicio ejecutivo [...]** (énfasis añadido)³⁹.

Este plenario posterior que consideraba la normativa adjetiva previa al COGEP “[...] hacía más que evidente la imposibilidad de que en un juicio ejecutivo culmine con una resolución con la autoridad de cosa juzgada, puesto que la sentencia podía cuestionarse en un proceso ordinario”⁴⁰. La actual normativa es renuente a iluminar al litigante respecto de si esta posibilidad aún existe o no. Por las características propias de una sentencia de un juicio ejecutivo es posible aventurarse a conjeturar que sería posible, actualmente, iniciar un proceso ordinario o monitorio dependiendo del título ejecutivo con el que se haya contado. Esto, debido a que la necesidad de poder discutir lo resuelto en un juicio ejecutivo en procesos de conocimiento contribuyó a la desaparición del recurso de casación en juicios de ejecución en Ecuador, al ser un esfuerzo excesivo cuyo resultado podría variar con la sustanciación de un juicio posterior. Con dicho argumento, queda claro que el resultado de un juicio ejecutivo es bastante especial, pues permite discutir el mismo asunto en un plenario posterior.

5. CASO PRÁCTICO

A continuación, se señalarán puntos relevantes de un caso práctico que aportan criterios de interés tanto por su proceso primitivo de primera instancia como por su segundo proceso de primera instancia, su apelación, y por lo establecido por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional.

³⁹ Artículo 448, Código de Procedimiento Civil [CPC], R.O. Suplemento 58 de 12 de julio de 2005.

⁴⁰ Alfredo Carrillo y Sergio Gianotti, “Cosa Juzgada vs. ¿Cosa Juzgada? Sobre la inmutabilidad de las resoluciones judiciales provenientes del Proceso de Ejecución”, *IUS ET VERITAS* 47 (diciembre de 2013): 383, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11954>.

El primer proceso contiene un auto interlocutorio dictado en juicio ejecutivo, signado 07333-2019-01663⁴¹. Este declara inadmisibles una demanda ejecutiva por estar acompañada de una letra de cambio que no cumplía con los requisitos establecidos en el Código de Comercio. Esto, se sustenta en una razón de texto legal según el artículo 350 COGEP, que ordena denegar de plano la acción cuando el título aparejado no preste mérito ejecutivo según el juzgador, cuestión no subsanable según el art. 349 COGEP⁴². El requisito faltante en este caso fue “el nombre de la persona que debe pagar-librado o girado”⁴³ según el artículo 114, literal c del Código de Comercio.

Sin ninguna acción posterior en dicho juicio, un mes después, la parte actora decide presentar otra demanda acompañando la misma letra de cambio ya completada, en contra del mismo deudor en otro juicio ejecutivo de número 07333-2019-01786. De esta forma, incorporar a un segundo proceso de la misma naturaleza, el título ejecutivo que ya fue inadmitido anteriormente por un juzgador constituye lo que se conoce en la doctrina como judicialización; además, se configura la excepción de título no ejecutivo e incluso su falsedad en materia penal. Por lo tanto, el nuevo juzgador debió archivar nuevamente la causa.

Sin embargo, esta nueva demanda es admitida a trámite; por lo cual, en su contestación a la demanda, el ejecutado invoca varias excepciones, entre ellas la de cosa juzgada (Art. 153.8 COGEP), haciendo referencia al auto interlocutorio del juicio anterior. Debe notarse que, la letra se encontraba debidamente firmada, sin ser tachada de falsa por el demandado en ninguna ocasión. A continuación, se analizará el razonamiento proporcionado por el nuevo juzgador y por los posteriores letrados intervinientes.

El juez de primera instancia, en lo esencial, motiva su sentencia en lo referente a la excepción de cosa juzgada invocada por el demandado de la siguiente forma:

[...] es evidente que en la causa aludida, las partes procesales son las mismas, así también, la cambial presentada a esta acción se corresponde a la que fuera objeto del auto aludido, pero debiendo analizar que al auto de sustanciación emitido es un acto procesal que ejerce un control de formalidad, verificando requisitos de procedibilidad, conforme lo exige el artículo 349 del COGEP, siendo que el referido auto no ha resuelto lo sustancial respecto al título, al ser un auto interlocutorio, que incluso posteriormente puede variar conforme lo dispuesto en el artículo 99 del COGEP, último inciso, concluyendo que el auto interlocutorio que se ha emitido, se constituye en un auto que resolvió cuestiones procesales, mas no en una resolución o sentencia que decidió sobre el fondo del asunto, o de la litis, **no configurándose el requisito sustancial para que se materialice la cosa juzgada, no existiendo un pronunciamiento de fondo [...]** (énfasis añadido)⁴⁴.

41 Causa 07333-2019-01663, Unidad Judicial de lo Civil con sede en el cantón Machala, El Oro, 19 de septiembre de 2019.

42 Artículo 349 y 350, COGEP.

43 Artículo 114, Código de Comercio, R.O. 497 de 29 de mayo de 2019, reformado por última vez R.O. 245 Tercer Suplemento del 7 de febrero de 2023.

44 Causa 07333-2019-01786, Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Machala, 20 de enero de 2020, 4.

De lo que se deduce del texto, no es sorprendente comprobar que la sentencia acogió la demanda ejecutiva y ordenó el pago de lo debido. Es decir, consideró que no existió cosa juzgada y, por lo tanto, rechazó la excepción presentada por el demandado. Se desencadenó, por ello, la impugnación de la resolución y se elevaron los antecedentes a segunda instancia para ser revisados a través de un recurso de apelación. También, es necesario prestar atención a la naturaleza jurídica del auto controvertido, sobre el cual se verán referencias más adelante, por lo que se denominaría auto interlocutorio y no auto de sustanciación.

La interpretación por parte del tribunal de segunda instancia (Corte Provincial de El Oro), conlleva a un giro radical. En lo principal, sustenta su posición tal y como se evoca a continuación:

[E]l actor procede por segunda ocasión a presentar otra acción en la vía ejecutiva, una vez que ha procedido a llenar ese requisito que faltaba; lo que no es dable puesto que la acción ejecutiva ya había sido negada por el anterior juzgador, porque el título materia de la demanda no presta mérito ejecutivo, por lo que no cabía volver a presentarla; y, al no haberse apelado del mencionado auto interlocutorio el mismo que ha quedado en firme; configurándose la excepción de cosa juzgada formal, y sobre la excepción formal se considera lo siguiente: “Existe cosa juzgada en sentido formal cuando no obstante ser inimpugnabile la sentencia dentro del proceso en el cual se dictó, existe la posibilidad de obtener en un proceso posterior, un resultado distinto al alcanzado en aquel. Tal como ocurre en el juicio ejecutivo, en el cual cualquiera que haya sido el contenido de la sentencia, queda salvo al vencido, con ciertas limitaciones, el derecho de promover un proceso de conocimiento, tendiente a obtener su modificación. En consecuencia, la cosa juzgada se trata de una Resolución que pone fin al proceso, no subsanable, de acuerdo a lo dispuesto en la Resolución N. 12-2017. Art. 4 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

Se debe precisar que de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 99 del Código Orgánico General de Procesos, tanto las sentencias, como los autos interlocutorios son susceptibles de la cosa juzgada, en los casos que allí se determinan⁴⁵.

[...] cuando el juez en el primer proceso no analizó el fondo de las pretensiones del actor, desestimando la demanda por la falta de requisitos procesales, o por caducidad de instancia, esto es de carácter dilatorio, se produce **la cosa juzgada formal**; por el contrario, cuando la primera sentencia resolvió la pretensión de fondo planteada surge **la cosa juzgada material o sustancial** (énfasis añadido en el original)⁴⁶.

Como resultado de un recurso de aclaración interpuesto en la audiencia oral de apelación por la parte actora, los jueces establecieron lo siguiente:

En segundo lugar la figura jurídica de la cosa juzgada es un tema que se encuentra considerado en el Código Orgánico General de Procesos, la doctrina y la

45 Causa 07333-2019-01786, Corte Provincial de Justicia de El Oro, Sala de lo Civil, 4 de agosto de 2020, 11-12.

46 Causa 07333-2019-01786, 9.

Jurisprudencia; **este Tribunal fue claro en su Resolución oral al referirse a la excepción de cosa juzgada que se acoge es referente a la cosa juzgada formal**, y no a la sustancial o material de la causa, como se ha manifestado que se niega la causa por falta de mérito procesal lo cual es cosa juzgada formal, y mas no por el fondo del asunto como cosa juzgada material o sustancial (énfasis añadido)⁴⁷.

Esta posición entiende, de forma distinta, los efectos de la cosa juzgada formal de un auto interlocutorio en un juicio ejecutivo. Es, además, mucho más específica en comparación al juzgador de primera instancia al referirse a la clasificación doctrinaria (formal y material).

Finalmente, la parte actora presenta acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional, ingresando con número de causa 202-21-EP. Antes de extraer su motivación principal del caso, es importante resaltar un punto más sobre los procesos ejecutivos. Una vez agotado el recurso de apelación, no queda recurso vertical alguno que se pueda intentar. La misma norma adjetiva lo prohíbe expresamente en el capítulo de Procedimiento Ejecutivo, la cual lo reserva para juicios de conocimiento —este aspecto se tomará en cuenta nuevamente para la interpretación final—. Por lo tanto, la parte actora prueba suerte ante la Corte Constitucional presentando una acción extraordinaria de protección, la cual define el siguiente contexto legal y se pronuncia:

De este modo la Corte dicho, que las “decisiones que pueden impugnarse mediante una acción extraordinaria de protección son las sentencias, los autos definitivos y las resoluciones con fuerza de sentencia”. Asimismo, cabe decir que esta Corte ha señalado que el solo hecho de que se denomine sentencia no implica de forma automática la consideración como objeto de una acción extraordinaria de protección.

Por lo que cabe analizar (i) si estamos ante una sentencia o auto interlocutorio; y, (ii) si la decisión que se impugna se pronunció de manera definitiva sobre la materialidad de las pretensiones causando cosa juzgada material. También podrían ser objeto de acción extraordinaria de protección, de manera excepcional y cuando la Corte Constitucional, de oficio, lo considere procedente, las decisiones que, sin cumplir con las características antes señaladas, causan un gravamen irreparable, entendido este como aquel que genera una vulneración de derechos constitucionales que no puede ser reparada a través de otro mecanismo procesal⁴⁸.

Finalmente, este Tribunal no encuentra que pueda existir un gravamen irreparable que genere posibles vulneraciones a derechos constitucionales que no puedan ser reparados a través de otro mecanismo procesal pues como incluso determinó la sala, se ha dejado a salvo sus derechos los derechos de la parte accionante en la vía ordinaria⁴⁹.

Algunas resoluciones recientes de la Corte Constitucional han desarrollado aún más los presupuestos necesarios para que una resolución sea considerada

47 Id., 12-13.

48 Caso 202-21-EP, Corte Constitucional del Ecuador, Sala de Admisión, 4 de marzo de 2021, párr.7-8.

49 Id., párr.11.

como pasada en autoridad de cosa juzgada. El siguiente extracto se pronuncia respecto de los autos interlocutorios.

[...] es relevante establecer que es el carácter definitivo de los autos el que justifica que puedan impugnarse mediante una acción extraordinaria de protección, precisamente en atención a su carácter de acción extraordinaria. El mismo criterio, entonces, debería adoptarse en el caso de sentencias que no generen el efecto de cosa juzgada material⁵⁰.

[...]al encontrarnos frente a una resolución que no es de índole definitiva, ya que a pesar de haberse pronunciado sobre el fondo de la controversia [...] la misma no surte efecto de cosa juzgada sustancial, entendida como aquella que se otorga a las decisiones el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas, sino que por el contrario, la resolución impugnada sí tendría la posibilidad de ser modificable, a través de las vías ordinarias correspondientes, tampoco se evidencia la determinación de un gravamen irreparable, ya que como se ha indicado existen mecanismos para tutelar los derechos del accionante [...]⁵¹.

La Corte Constitucional es clara, ya que se refiere explícitamente a la única posibilidad restante: iniciar una acción por la vía ordinaria. Por lo cual, entiende que solo se configura cosa juzgada formal.

6. EXCEPCIONES A LA COSA JUZGADA EN JUICIOS EJECUTIVOS EN CHILE

El Código de Procedimiento Civil chileno (en adelante CPC) contempla algunas instituciones procesales muy interesantes respecto a la cosa juzgada y sus excepciones en juicios ejecutivos⁵². En su libro tercero, título I “Del juicio ejecutivo en las obligaciones de dar” se describen las etapas procesales de este tipo de juicios con un nivel de detalle que supera con creces a los escasos artículos del COGEP ecuatoriano. Reconoce la posibilidad de preparar la ejecución a través de la optimización de títulos imperfectos, establece casos de obligaciones ilíquidas, entre otros temas. En cuanto a la clasificación más importante de la figura de la cosa juzgada formal y material, encontramos varias líneas de interés referentes a sus efectos en el juicio ejecutivo. Regula, expresamente, la cosa juzgada material o sustancial en su artículo 478 de la siguiente forma: “[l]a sentencia recaída en el juicio ejecutivo produce cosa juzgada en el juicio ordinario, tanto respecto del ejecutante como del ejecutado”⁵³.

Sin embargo, el segundo inciso del mismo artículo contempla también una excepción a esta regla denominada: reserva de acciones y excepciones.

50 Sentencia 278-15-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 18 de noviembre de 2020, párr. 19.

51 Sentencia 1403-13-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 2 de junio de 2020, párr. 33.

52 Se utiliza el término excepciones en este contexto, no para referenciar las excepciones previas, sino al sentido común de la palabra que se refiere a situaciones que se apartan de la regla general.

53 Artículo 478, Código de Procedimiento Civil [CPC], Ley 1552, 30 de agosto de 1902, reformado por última vez Ley 21394, 30 de noviembre de 2021

Con todo, si antes de dictarse sentencia en el juicio ejecutivo, el actor o el procesado piden que se les reserven para el ordinario sus acciones o excepciones, podrá el tribunal declararlo así, existiendo motivos calificados. Siempre se concederá la reserva respecto de las acciones y excepciones que no se refieran a la existencia de la obligación misma que ha sido objeto de la ejecución⁵⁴.

La institución funcionaría como una especie de desistimiento en donde la sentencia definitiva no causaría efectos de cosa juzgada material. Por lo tanto, podría hacerse valer en ciertos momentos, antes de que el tribunal dicte sentencia definitiva. Con ello se pierde la oportunidad de demandar ejecutivamente, pero permite iniciar un nuevo proceso ordinario.

6.1 OPORTUNIDAD DE INICIAR UN NUEVO PROCESO EJECUTIVO: RENOVACIÓN DE LA ACCIÓN EJECUTIVA. ¿FALTA DE OPORTUNIDAD EN LA EJECUCIÓN?

La segunda institución por analizar es la excepción a la cosa juzgada formal denominada: renovación de la acción ejecutiva. Para comprenderla mejor, debe notarse lo que menciona el CPC en su artículo 175 respecto a la cosa juzgada formal: “las sentencias definitivas o interlocutorias firmes producen la acción o la excepción de cosa juzgada”⁵⁵. Existen casos que irían en contra de esta regla general que impide iniciar otro proceso ejecutivo, mas no uno ordinario.

De la misma manera, se encuentra la excepción en el artículo 477 del mismo cuerpo legal: “La acción ejecutiva rechazada por incompetencia del tribunal, incapacidad, ineptitud del libelo o falta de oportunidad en la ejecución, podrá renovarse con arreglo a los preceptos de este Título”⁵⁶. Los tres primeros casos forman parte de las excepciones dilatorias del artículo 464 CPC; sin embargo, el último caso no está expresamente regulado, por lo que queda a interpretación. Precisamente, esto es lo que más interesa para comprender el caso de estudio. ¿Qué se entiende por “falta de oportunidad en la ejecución”?

Para algunos la falta de oportunidad en la ejecución se refiere solo al factor tiempo, y, en consecuencia, la ejecución sería inoportuna únicamente cuando la obligación no es actualmente exigible por existir un plazo o una condición pendientes. Sin embargo, para otros la falta de oportunidad de que puede adolecer una ejecución se refiere no solo al tiempo, sino a las demás condiciones o requisitos externos que debe reunir el título para tener mérito ejecutivo y que pueden ser subsanados por los medios que la ley indica, puesto que la palabra ‘oportunidad’, conforme a su sentido natural y obvio, significa conveniencia de razón, tiempo y lugar (Corte Suprema, 14 de julio de 1921, Repertorio del Código de Procedimiento Civil, p. 178; Corte Suprema, 8 de mayo de 2002, La Semana Jurídica No. 81) [...] es

54 Id., artículo 478.

55 Id., artículo 175.

56 Id., artículo 477.

decir, se debe referir a las excepciones dilatorias o a casos formales y no a aquellos que afectan el fondo de la acción deducida⁵⁷.

Corresponde analizar si en nuestro proceso judicial podría entenderse como falta de oportunidad en la ejecución al menos a la luz de la legislación chilena. Como ya se expuso, en Ecuador no existe un equivalente a esta figura. ¿La jurisprudencia tendría que analizar las situaciones que se vayan suscitando donde estaría vinculada la cosa juzgada? En este caso, la respuesta sería afirmativa.

La renovación de la acción ejecutiva se caracteriza por ser una excepción a la cosa juzgada formal en juicios ejecutivos en Chile, que permitiría demandar nuevamente por la vía ejecutiva de forma excepcional. Podemos inferir, entonces, que lo normal es que, una vez intentado el juicio ejecutivo, independientemente de si llegó a una sentencia definitiva, esta vía queda agotada. No pueden obviarse los únicos casos en donde aplica la excepción a la regla (enfocándonos en falta de oportunidad en la ejecución).

La jurisprudencia se ha pronunciado respecto a que no es solo una cuestión de tiempo, sino que es más amplia. Esto permitiría, no obstante, haber interpuesto una acción ejecutiva en donde se haya dictado sentencia absolutoria, igual que volver a demandar ejecutivamente. He aquí un par de aclaraciones. ¿La resolución que inadmite una acción ejecutiva produciría cosa juzgada formal?: “La resolución que inadmite una acción ejecutiva es una sentencia interlocutoria de aquellas que ponen término al juicio o hacen imposible su continuación”⁵⁸. ¿Se puede aplicar la renovación de la acción ejecutiva en este caso invocando las causales del artículo 477 CPC? La jurisprudencia ha señalado que la excepción contemplada en el número 7 del artículo 464 que ha sido acogida por vicios formales, permite la renovación de la acción ejecutiva por estar comprendida en la falta de oportunidad en la ejecución⁵⁹.

Finalmente, para profundizar en el alcance de esta figura, se referencia un extracto de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de Chile, donde se ilustran las posibilidades de invocar esta figura, aunque se haya agotado la oportunidad de discutir el asunto en un juicio ordinario.

SÉPTIMO: Que el hecho de que la renovación de la acción se hubiese efectuado a través del procedimiento ordinario, no es óbice para reiterar la aludida pretensión.

A este respecto, el artículo 477 del Código de Procedimiento Civil estatuye: “la acción ejecutiva rechazada por incompetencia del tribunal, incapacidad, ineptitud del libelo o falta de oportunidad en la ejecución, podrá renovarse con arreglo a los preceptos de este Título”.

57 Orellana Torres, *Manual*, 94.

58 Orellana Torres, 64.

59 *Ibid.*, 94.

Luego, si bien el artículo 477 del Código de Procedimiento Civil otorga el derecho a la renovación por medio del juicio ejecutivo, es lo cierto que el precepto emplea al efecto la expresión “podrá”, lo cual significa que le otorga al actor la posibilidad de utilizar de nuevo el procedimiento de ejecución, pero nada le impide hacer uso del procedimiento que podría ser el adecuado según la naturaleza de la acción deducida [...] (énfasis añadido)⁶⁰.

En el contexto nacional: ¿esta figura podría darse en el país a pesar de no estar expresamente regulada? Se entiende de los fallos del caso en estudio que la imposibilidad de seguir con la ejecución, de todas maneras, puede volver a intentarse después, según el juzgador de primera instancia. Procedimiento con el que discrepa el Tribunal de segunda instancia. Lo que suele ocurrir, al igual que en Chile, es que se considera el supuesto en donde el ejecutado oponga excepciones y el proceso termine con una sentencia favorable para el mismo. Lo que se debe resolver es qué ocurre en aquellos casos en que la demanda es inmediatamente rechazada por el juez. La pregunta es: ¿se puede volver a intentar? En primera instancia, la respuesta sería negativa considerando que hubo una razón para que fuera rechazada en un inicio.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano cabe cuestionar: ¿en qué momentos procesales un juez puede rechazar la ejecución? Se vislumbran dos: primero, cuando no se acompaña título con mérito ejecutivo (Art. 350 COGEP⁶¹ o finalmente cuando el juez llega a una resolución favorable para el demandado (Art. 354 COGEP)⁶². Según el mismo artículo 350 COGEP, no acompañar un título ejecutivo a la demanda o acompañarla de un título imperfecto, como se establece en Chile, produce la inadmisión de la demanda. ¿Esto bloquea la posibilidad de demandar después? Al no haber norma expresa volvemos a la respuesta que nos queda y hemos anticipado: interpretar. Sin embargo, al final es el legislador quien establece los requisitos, y si estos no se cumplen, el actor debe asumir las consecuencias.

7. JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA ACERCA DE LA COSA JUZGADA EN JUICIOS EJECUTIVOS

La Corte Nacional de Justicia informó sobre un cambio importante de precedente jurisprudencial sobre la cosa juzgada, según Registro Oficial 832 de 16 de noviembre de 2012:

[L]as resoluciones dictadas en procesos posesorios no son definitivas, ni gozan de la característica de cosa juzgada sustancial, pues no impide que el mismo asunto y entre las mismas partes, pueda ser nuevamente objeto de juicios; por

⁶⁰ Causa 9083-2014, Corte Suprema de Justicia de Chile, Primera Sala de lo Civil, Sentencia de 12 de enero de 2015, 2.

⁶¹ Artículo 350, COGEP.

⁶² Id., artículo 354.

ende y conforme al artículo 2 de la Ley de Casación, no son susceptibles de recurso de casación (énfasis añadido)⁶³.

Si bien es cierto, se refiere a juicios posesorios, se aprecia una característica útil que sería extrapolable a los juicios ejecutivos. Ya las mismas Cortes han dejado claro, en numerosos pronunciamientos donde citan doctrina en juicios ejecutivos, que las decisiones a las que llegan, no impiden el ejercicio de acciones posteriores.

Se cumplen y son obligatorias tan solo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir, pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse. A esta forma particular se le llama, en doctrina, cosa juzgada formal [...] En el juicio ejecutivo o en el juicio posesorio, llega un momento en que la decisión no admite más recurso, quedando así cerrada toda forma de revisión en la vía ejecutiva o sumaria. **Pero es principio general en el derecho de nuestros países, que el agotamiento de los recursos en la vía ejecutiva o sumaria no obsta a la promoción de un juicio ordinario posterior tendiente a modificar los efectos de la cosa juzgada** (énfasis añadido)⁶⁴.

Para entender mejor el alcance de la cosa juzgada formal, que vendría siendo la gran respuesta que permitiría inclinarnos por una interpretación u otra, debemos condensar qué se entiende por la frase “poner fin al proceso”. ¿Es el auto interlocutorio que niega la acción ejecutiva de la clase de los que ponen fin a un proceso? La Corte Constitucional, se ha pronunciado recientemente.

Un auto que pone fin al proceso es aquel que se pronuncia de manera definitiva sobre la materialidad de las pretensiones, causando cosa juzgada material o sustancial; o aquel que, previo a pronunciarse sobre el fondo de las pretensiones, impide que el proceso continúe y que las pretensiones puedan ser discutidas en otro proceso⁶⁵.

Para efectos de este artículo, cuando se niega la acción ejecutiva por consideraciones formales del título ejecutivo, está claro que el auto interlocutorio no se pronuncia respecto de la materialidad de la pretensión; es decir, no se conoce si correspondería ordenar el cobro de la obligación o no. En el mismo sentido, si bien es cierto impide que el proceso continúe, no es menos cierto que es posible discutir las mismas pretensiones en otro proceso. Por lo tanto, las resoluciones en juicios ejecutivos, incluso las que hicieran referencia al fondo del asunto, nunca provocarían efectos de cosa juzgada material, punto que resaltó en su motivación el Tribunal de segunda instancia. Aún queda algo más por resolver: ¿En qué tipo de proceso pueden discutirse las pretensiones

63 Resolución 12-2012, Corte Nacional de Justicia, 16 de noviembre de 2012, 2.

64 Eduardo Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, (Buenos Aires: Editorial IB de f, 2002), 339, citado en Causa 517-2011, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 2 de octubre de 2012, 11.

65 Sentencia 154-12-EP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 20 de agosto de 2019, párr. 44.

nuevamente? ¿En otro proceso ejecutivo o solo en uno de tipo ordinario? El Art. 8 del Código Civil, establece que “A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley”.

Por lo que, si cabe puede demandar en procedimiento ordinario, la acción de enriquecimiento injustificado (acción de in rem verso), la devolución de lo pagado en procedimiento ejecutivo, cuando el incremento patrimonial del acreedor realizado en desmedro del patrimonio del deudor, se ha realizado sin una causa o con causa ilícita, produciendo un daño patrimonial ilegítimo e injusto⁶⁶.

Queda más que claro que es posible un proceso ordinario posterior. Pero ¿se puede iniciar otro por la vía ejecutiva? En los juicios ejecutivos ha quedado demostrado que, si bien podemos reclamar la misma obligación en un juicio posterior, este sería solo de naturaleza ordinaria, al haberse agotado la vía ejecutiva con el auto que rechazó el título por falta de mérito ejecutivo.

8. INTERPRETACIÓN MÁS ACERTADA

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.

8.1. LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO COMO SEGURO DE DEPÓSITOS

La intención del legislador fue proveer a nuestro ordenamiento jurídico de un juicio con un procedimiento más expedito que los juicios de conocimiento, que permitiera ejercer fuerza sin incluir un análisis profundo del derecho que se reclama. Por lo tanto, es un procedimiento que solo requiere de una verificación de elementos formales para activarse.

En caso de inconformidad de las partes por la sentencia ejecutiva que resuelva ordenar el pago de la obligación o por la resolución que rechace la demanda o las excepciones presentadas en la contestación; la jurisprudencia y la doctrina concuerdan en que nada obsta a las partes a seguir un juicio ordinario posterior con base en la misma pretensión del juicio ejecutivo ya iniciado. Por todo lo expuesto, no se considera a la sentencia de un juicio ejecutivo como “suficiente” para tener los efectos propios de la cosa juzgada material, al poder ser modificada por otra sentencia; sin embargo, no se le niegan los efectos de cosa juzgada

⁶⁶ Carlos Ramírez, et al., *Criterios*, 197.

formal. Pero esta suplencia, en realidad, no es suficiente para olvidar el grave error cometido en nuestra legislación al no abordar en absoluto el procedimiento a seguir para sustanciar un juicio ordinario posterior a uno ejecutivo.

Se puede entender que no fue la intención del legislador la de permitir corregir aspectos formales relacionados al título ejecutivo aparejado a la demanda, ya que esto sacrificaría su naturaleza ágil. La posibilidad de presentar nuevamente el mismo título ejecutivo solo se ha considerado para juicios ordinarios posteriores, no para juicios en la misma vía ejecutiva; pues se entiende que esta ya se agotó, aunque no se haya llegado a una sentencia que resuelva las pretensiones. En el COGEP no existe un método que permita subsanar errores formales del título, entendiendo que el destino de una demanda con un título ejecutivo no perfeccionado es el archivo; este solo podría apelarse el auto que la inadmite dentro del término establecido.

Por lo tanto, la interpretación emitida por la Corte Provincial de El Oro fue la más acertada, motivando su sentencia con argumentos similares a los aceptados por la doctrina y la jurisprudencia. Se coincide en que el proceso posterior al ejecutivo debe ser de carácter ordinario; por lo que bastaría con agotar la vía ejecutiva (considerándose como tal incluso cuando una demanda no es admitida) para que se considere intocable en esta sede.

8.2 ¿LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA ES REFLEJO DE ALGUNA TENDENCIA EN LA PRÁCTICA?

Es posible que no sea la primera vez que un juzgador considera pertinente esta clase de interpretación, muy similar a la renovación de la acción ejecutiva chilena. Obtener dicha información sobrepasa el objetivo de la presente investigación, pero a más de conocer el número exacto de simpatizantes de estos efectos de la cosa juzgada formal, se puede afirmar es que al menos ha sucedido en la práctica. Es más, constituye un criterio compartido por estos autores, al ser una especie de medio de salvación para los acreedores, a quienes se les ahorraría todo un juicio ordinario donde deben probar la existencia de la obligación, por haber incumplido meros requisitos formales. Por supuesto, debe ser aclarado que esta posibilidad sería válida por una sola vez en la vía ejecutiva. No sería práctico actuar sin dibujar una línea que algunos aprovecharían para presentar títulos de forma indefinida hasta obtener la aprobación esperada. Nos preguntamos si no sería un método que auxilie a continuar sustanciando procesos ágiles, en lugar de desestimarlos y obligarlos a intentarse en un juicio de conocimiento, exigiendo mayor tiempo e interpretación.

9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las resoluciones que ponen fin a un proceso ejecutivo o deciden sobre el fondo del asunto, surten efectos de cosa juzgada formal, nunca material. A pesar de no estar expresamente regulado en la norma adjetiva (el CPC anterior lo contenía, pero el actual COGEP no regula este supuesto), la jurisprudencia nacional y la doctrina coinciden en que existe la posibilidad de modificar lo decidido en materia ejecutiva por la vía ordinaria. En tal caso, sería posible obtener una decisión completamente opuesta, siendo bastante ilógico que esta goce de inmutabilidad, en primer lugar. Otro asunto del que se obtiene silencio absoluto es respecto a cómo se deben entender los efectos de la cosa juzgada formal, sobre la cual obtenemos requisitos de configuración en el artículo 99 del COGEP. Concluimos que permite solo volver a discutir el mismo asunto en la vía ordinaria, no en la ejecutiva.

Respecto al auto interlocutorio que inadmite una demanda ejecutiva, se debe distinguir la razón del rechazo. Si se trata de excepciones relativas a la incapacidad, falta de legitimación en la causa y error en la forma de proponer a la demanda, se podría volver a demandar en la vía ejecutiva. En cambio, si la razón está vinculada a haberse aparejado un título no ejecutivo; dicho auto causaría cosa juzgada formal al no poder volver a demandar por la vía ejecutiva por ser un requisito no subsanable.

La aceptación de una interpretación similar a la renovación de la acción ejecutiva en Ecuador impediría sobrecargar el sistema judicial que debe invertir tiempo y recursos valiosos en un juicio que bien podría llevarse con más rapidez. Volver a intentar una acción por la vía ejecutiva no contradice los requisitos del artículo 349 COGEP, ya que lo único que impide es subsanar el error ante el mismo juzgador que inadmitió la demanda. Tampoco se violaría el principio de que los juicios ejecutivos deben ser ágiles, ya que contaría incluso con un análisis de procedibilidad del anterior juzgador, que le permitiría al posterior verificar directamente si se han cumplido o no de forma más expedita. Sería una excepción a la cosa juzgada formal, permitiendo modificar lo ya decidido en auto interlocutorio sobre la falta de mérito ejecutivo de un título en la misma vía procedimental ante otro juzgador. Su aplicación beneficiaría a aquellos casos en donde el título no cumpla con algún requisito relacionado a la falta de oportunidad en la ejecución; por ejemplo, al tratarse de una obligación aún no exigible o por no haber sido completado antes de presentarse para su cobro en la vía judicial. El mismo Código de Comercio, en su artículo 115, contempla casos en donde el juzgador podría asumir cómo debió llenarse una letra de cambio en ciertos temas. ¿Por qué no ampliar un poco más el espectro?

“El sentido de justicia ya no se centra en concretar una norma a través de unas leyes generales, hoy se focaliza en lograr decisiones válidas y justas (sin desestimar el ordenamiento jurídico en el sentido de integración de fuentes) [...]”⁶⁷. Queda contemplar si es realmente justo que nuestro ordenamiento jurídico no cuente con ningún supuesto que permita subsanar cuestiones relativas a la falta de título ejecutivo (Art. 349 COGEP) y si esto no afecta el derecho al debido proceso al contar que una normativa que prioriza la forma antes que lo sustancial. Esto ahorraría tiempo y recursos a la maquinaria judicial que podrían invertirse en otros procesos. Por ahora, coincidimos en que el título presentado en el caso concreto no era ejecutivo, por lo cual, se rechazó, como lo indican la norma, la doctrina y la jurisprudencia. En Ecuador, el actor de un juicio ejecutivo podría iniciar un juicio ordinario posterior con el mismo título no ejecutivo, pero con la carga de tener que acreditar la existencia de una obligación.

67 Diana María Ramírez Carvajal, “A propósito de la justicia material (Reflexiones sobre la justicia en el proceso vs. La justicia material)”, *Opinión jurídica* 6, 12 (julio-diciembre de 2007): 177, <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/151>.

#SvarEsRespuesta

SVAR 

**UN SERVICIO INTEGRAL
A LAS NECESIDADES DE NUESTROS CLIENTES**



WWW.SVAR.COM.EC

Av. Naciones Unidas E2-30 y Nuñez de Vela, Edif. Metropolitano, Of 511
info@svar.com.ec - (593) 2 475-7466



@usfqpress