

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



USFQ LAW REVIEW





VOLUMEN XI, NÚM. II • OCTUBRE 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 2, octubre 2024

DOI Núm. 2: <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2>

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>

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>

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

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

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

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

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

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

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

REVISORES PARES EXTERNOS

Verónica Regalado, Esteban Ortiz, Iván Izquierdo, Felipe Idrovo, Adriana Orellana, Daniela Irigoyen, Paúl Noboa, David Molina, Sergio Núñez, José Moya Valdivieso, Juan Francisco Pozo, Irene Bustamante, Alejandro Borja, María Gracia Naranjo, Andrea Moya, María Lorena Ortiz, María Celeste Alvarado, Sophia Lobato, Jairo Rodríguez, María Constanza Cadena, Sofia Viteri, Mario Ruiz, Felipe Castro, Juan Domingo Ponce, Mariela Camacho, Camila Boriz, Max Salcedo, Alejandro Páez, Carla Cepeda, Lorena Barzueteta.

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: José Romero

Webmaster: 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 Interocéánica, 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 año 2012 como una iniciativa estudiantil de la Universidad San Francisco de Quito con publicación anual, convirtiéndose hoy en día en un proyecto editorial de publicación semestral y con apertura autoral.

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 año 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 realizó 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 diez artículos.

En el campo de la Fiscalidad Internacional, Ignacio Jijón y Miguel Zumba abordan uno de los retos emergentes en la tributación global: los “nómadas tributarios”. Este artículo examina cómo la falta de residencia fiscal estable de estos sujetos desafía los esquemas tributarios tradicionales, basados en la fuente y la residencia. Los autores proponen la necesidad de un acuerdo internacional que permita una tributación bajo criterios más globales, considerando aspectos como la nacionalidad y la presencia económica significativa.

En el ámbito de la Inteligencia Artificial y Propiedad Intelectual, Mía Renata Masoumi analiza el impacto de la inteligencia artificial (IA) en el sistema de patentes, destacando la necesidad de actualizar la normativa para abarcar invenciones generadas por IA. A través de un análisis del caso DABUS, el artículo cuestiona si la IA puede ser reconocida como inventora y discute las implicaciones éticas, socioeconómicas y de competencia de otorgarle derechos de patente. Concluye con una invitación a adecuar el marco jurídico para integrar esta tecnología de manera responsable.

En Derecho Contractual, Juan José Cobo estudia las cláusulas de no modificación oral en contratos, cada vez más comunes en Ecuador. Estas cláusulas refuerzan la certeza en el cumplimiento contractual al exigir formalidades específicas para cualquier modificación. El artículo examina la naturaleza jurídica y las limitaciones de estas cláusulas en el contexto del Código Civil ecuatoriano, ofreciendo una perspectiva crítica sobre su eficacia y aplicación en la práctica.

En Derecho Corporativo Comparado, Rodrigo Quintero explora el concepto de *fiduciary tailoring*, o personalización de deberes fiduciarios, en el contexto latinoamericano. Este mecanismo, ampliamente desarrollado en Delaware,

permite adaptar las obligaciones de los oficiales corporativos en función de los intereses de inversionistas sofisticados y de la compañía. El autor argumenta que los derechos societarios latinoamericanos pueden beneficiarse de su implementación, especialmente en estructuras de capital complejas, activismo accionarial y situaciones de insolvencia.

En el sector de la Regulación de Actividades Económicas, Santiago Albán, Ana Eguiguren y Mateo Seminario examinan los pronósticos deportivos en Ecuador, diferenciándolos del juego de azar. Aunque los pronósticos deportivos comparten algunas características con el juego, el artículo detalla cómo se consideran una actividad legítima bajo la ley ecuatoriana, sujeta a un marco regulador específico. A través de casos internacionales, los autores ilustran cómo una regulación adecuada permite el crecimiento de esta actividad económica, a la vez que protege el interés público y fomenta una práctica responsable.

En el ámbito del Derecho Civil, Liliana Chugchilán explora la figura del matrimonio como un contrato, donde las obligaciones no necesariamente patrimoniales encuentran fundamento en el Código Civil y en parte de la doctrina. Este artículo propone que el noviazgo puede considerarse una fase precontractual del matrimonio y analiza la responsabilidad precontractual por abandono injustificado de las negociaciones, abriendo paso a posibles indemnizaciones por daños patrimoniales o morales, siempre que se cumplan ciertos requisitos.

En Derecho de Daños, José Zambrano, Gabriela Sasintuña y Paulina Jara examinan la responsabilidad civil de los integrantes del sistema de protección de datos en Ecuador, bajo la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales. Se aborda la responsabilidad por *culpa in vigilando* y la acción de reembolso cuando terceros cometen infracciones bajo la vigilancia del responsable del tratamiento. A través de un análisis práctico de una reciente sentencia de la Corte Nacional de Justicia, el artículo destaca la importancia de proteger los derechos de los titulares frente a daños extrapatrimoniales y establece criterios para la cuantificación de estos daños en el contexto ecuatoriano.

En el estudio del Derecho de Familia, Martina Peña investiga la figura de la triple filiación y su impacto en el derecho a la identidad y la protección familiar, especialmente en casos de reproducción asistida. A partir de un enfoque comparado y doctrinario, el artículo argumenta que la triple filiación equipara la realidad legal con la fáctica, beneficiando a los menores al asegurar sus derechos fundamentales. Peña sugiere que, aunque el ordenamiento jurídico ecuatoriano aún no contemple esta figura, existen vías para su futura implementación.

En Derecho de Daños, María Emilia Proaño y Emilio Córdova analizan la causalidad y la eficiencia de la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad en casos de responsabilidad extracontractual. Basándose en aportes doctrinarios y jurisprudencia ecuatoriana, los autores argumentan que esta figura no cumple adecuadamente con la función de distribuir los infortunios y, en su lugar, proponen la imposibilidad de beneficiarse del dolo propio como una solución más justa y efectiva dentro del marco del derecho ecuatoriano.

En Arbitraje y Derecho Procesal, Nicolás Maldonado examina las recientes reformas al Código Orgánico General de Procesos en relación con el proceso de ejecución y el uso de convenios arbitrales como causal de oposición. El artículo destaca problemas conceptuales en estas reformas y cuestiona la eficiencia procesal de permitir la inclusión de convenios arbitrales en títulos de ejecución. Maldonado argumenta que, debido al principio de *Kompetenz-Kompetenz*, un juez debería inhibirse de conocer la causa en caso de existir un convenio arbitral, señalando que los árbitros, al carecer de *imperium*, no pueden ejecutar coercitivamente títulos 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 segundo 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, Equity, Gottifredi Pozo, Vivanco & Vivanco y SVAR.

Por último, es de gran importancia hacer mención a la implacable labor de Andrea Naranjo, Alejandra Larrea y José Romero, miembros del equipo de USFQ Press, y agradecerles por su apoyo constante 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 segundo número del año 2024 sea de su agrado.

Quito, octubre de 2024

Kevin Damián Ortiz Arias
EDITOR EN JEFE

Karen Paola Moreira Pinargote
EDITORA EN JEFE

ÍNDICE

La definición de la fuente en la era de los nómadas tributarios	1
IGNACIO JIJÓN CHIRIBOGA, MIGUEL ÁNGEL ZUMBA BARBOSA, PAULA ANDREA CABRERA HIDALGO, ANA BELÉN CADENA HERRERA Y JOSÉ BERMEO	
Reinventando la Relación Humano-Máquina: Patentes en la Era de la IA	22
MIA RENATA MASOUMI MAYA	
Eficacia y límites de las cláusulas de no modificación oral en Ecuador	53
JUAN JOSÉ COBO ORDOÑEZ	
Deberes fiduciarios personalizados como medio para facilitar inversiones sofisticadas en Latinoamérica	72
RODRIGO QUINTERO BENCOMO	
Fundamentos, aplicación y futuro de la regulación jurídica de plataformas digitales de pronósticos deportivos en Ecuador	102
SANTIAGO JAVIER ALBÁN SÁNCHEZ, ANA MARGARITA EGUIGUREN CHIRIBOGA Y MATEO SEBASTIÁN SEMINARIO VÉLEZ	
¿Es posible una indemnización por la ruptura unilateral de un noviazgo en Ecuador?	122
LILIANA MISHEL CHUGCHILAN TIGASI	
Responsabilidad civil por el incumplimiento de la normativa de protección de datos personales	147
JOSÉ ANDRÉS ZAMBRANO SÁNCHEZ, JENNIFER GABRIELA SASINTUÑA LEÓN Y PAULINA NATALIA JARA AGUILAR	
La triple filiación como una posible implementación en Ecuador para reafirmar derechos humanos	174
MARTINA PEÑA FARÍAS	
Culpa de la víctima como eximente de responsabilidad civil extracontractual: ¿es acaso una figura necesaria?	198
EMILIO JOSÉ CÓRDOVA VACAS Y MARÍA EMILIA PROAÑO VÉLEZ	
Convenio arbitral como excepción al mandamiento de ejecución: ¿error de bulto o lógica incomprensible?	217
NICOLÁS MALDONADO GARCÉS	

DOSSIER ICC

- Régimen de responsabilidad limitada en Grupos Empresariales. Hacia una aplicación de la doctrina del Enterprise Liability en la legislación ecuatoriana** 235
JOSÉ ALEJANDRO SALVADOR GONZÁLEZ
- Eliminación del requisito del 25 % de participación en el capital social en los recursos de impugnación de acuerdos sociales** 266
PABLO ALEJANDRO AGUINAGA TRILLOS

La definición de la fuente en la era de los nómadas tributarios

Defining Source in the Age of Tax Nomads

IGNACIO JIJÓN CHIRIBOGA*
MIGUEL ÁNGEL ZUMBA BARBOSA**
PAULA ANDREA CABRERA HIDALGO***
ANA BELÉN CADENA HERRERA****
JOSÉ BERMEO*****

Recibido / Received: 14/06/24

Aceptado / Accepted: 25/08/24

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3357>

Citación:

Jijón Chiriboga, I. M.A. Zumba Barbosa, P.A. Cabrera Hidalgo. “La definición de la fuente en la era de los nómadas tributarios”. USFQ Law Review vol. 11, no. 2, noviembre de 2024, <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3357>

* Almeida Guzmán & Asociados, asociado, casilla postal 170517, Quito, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: jijonignacio@gmail.com / ijijon@almeidaguzman.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0004-3724-4014>

** Pérez Bustamante & Ponce PBP, asociado, casilla postal 170505, Quito, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: miguezumba1@gmail.com / mzumba@pbplaw.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0009-5250-049X>.

*** Lexvalor Abogados, Asociada Senior, casilla postal: 170523, Quito, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: p.cabrera.hidalgo@outlook.com / pcabrera@lexvalor.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0003-7915-2196>

**** Lexvalor Abogados, Asociada Senior, casilla postal 170525, Quito, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: acadena@lexvalor.com / anabelencadenah@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0005-5656-6091>

***** Pérez Bustamante & Ponce PBP, Asociado senior, casilla postal 170505, Quito, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: jbermeo@pbplaw.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0003-5799-1108>

RESUMEN

Los nómadas tributarios constituyen uno de los retos más complejos que enfrenta la fiscalidad internacional. Partiendo desde su concepción más básica, los sujetos que se encasillan en esta categoría carecen de un lugar estable de residencia tributaria. Por lo tanto, la fórmula para someter a imposición los ingresos del nómada tributario sobrepasa las tradicionales definiciones locales de fuente y de residencia; y sugiere la necesidad de alcanzar un acuerdo internacional para someterlos a tributación bajo una aproximación a una fuente global concertada, que podría estar vinculada al criterio de la nacionalidad o a la presencia económica significativa.

El presente trabajo aborda esta problemática bajo una óptica de fiscalidad internacional, con un especial énfasis en los impactos que el fenómeno de los nómadas tributarios tiene para los países latinoamericanos.

PALABRAS CLAVE

Nómada tributario; residencia; fuente; establecimiento permanente; nacionalidad; presencia económica significativa

ABSTRACT

Tax nomads are one of the most complex challenges faced by international taxation. Using the most basic concept, individuals categorized as tax nomads lack a stable place of residence. Therefore, the formula for taxing their income surpasses traditional local definitions of source and residence; and suggests the need for reaching an international agreement to tax them under a globally concerted source approach, which could be linked to the criteria of nationality or significant economic presence. This paper addresses this issue from an international taxation perspective, with special emphasis on the impacts that the tax nomads phenomenon has on Latin American countries.

KEYWORDS

Tax nomad; residence; source; permanent establishment; nationality; significant economic presence

1. INTRODUCCIÓN

Actualmente el mundo es testigo del vertiginoso e imparable tránsito hacia la digitalización económica de los negocios, las personas y los empleos. Ya en 2017, Bukht y Heeks estimaron que la economía digital representaba el 5 % del PIB y el 3 % del empleo total en el mundo¹. Como consecuencia del notable incremento que ha experimentado el uso de las tecnologías de la información en los procesos de producción de bienes y servicios, así como en su comercialización y consumo —que se vio acelerado por la pandemia de la COVID-19—, muchos coinciden en que el mundo vive una cuarta revolución industrial, marcada por el nacimiento de la economía digital, los robots y la inteligencia artificial².

En un escenario como el descrito, parecería lógico que las cifras de recaudación tributaria vayan en aumento de la mano con el crecimiento económico, pero sucede exactamente lo opuesto³. Es vital, entonces, cuestionarse si las máximas sobre las que descansan los sistemas tributarios abrazan esos vertiginosos y abrumadores cambios sociales que hoy son una realidad; o, si, por lo contrario, simplemente los rechazan.

La comunidad internacional está consciente de la necesidad de discutir acerca de los impactos que tienen la globalización y la economía digital para las arcas fiscales. Sin embargo, hasta la fecha, la mayoría de los estudios se han centrado en la tributación de las grandes sociedades y los grupos multinacionales. Poco se ha analizado el impacto que tiene la digitalización de la economía en la tributación de personas naturales y de las pequeñas y medianas empresas.

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 Ecuador. 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.

Uno de los aspectos que ha empezado a cobrar la atención de los regímenes tributarios, es la redefinición de los criterios tradicionales de sujeción impositiva en momentos en que se evidencia un crecimiento exponencial del trabajo

1 Ver Rumana Bukht y Heeks Richard, “Defining, Conceptualising and Measuring the Digital Economy”, *Development Informatics Working Paper*, n.o 68 (Agosto de 2017): 13, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3431732.

2 Ver Sofia Larrea, “Alexa, paga mis impuestos: desafíos tributarios de la revolución digital”, *Juris Dictio Universidad San Francisco de Quito*, n.o 26 (diciembre de 2020): 21-9, <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/1800/2205>.

3 Ver Juan Pablo Jiménez y Andrea Podestá, “Repensando las finanzas intergubernamentales en la era digital: tributación, asignación y nuevos retos para los países de América Latina y el Caribe”, en *Retos y oportunidades para las administraciones tributarias tras la crisis del COVID-19: Trabajos presentados en la Octava Reunión de la Red de Areas de Estudios e Investigaciones Tributarias del CIAT*, ed. Norad y CIAT (s. l.: CIAT y Norad, 2023): 127, <https://www.ciat.org/Biblioteca/DocumentosTecnicos/Espanol/2023-Retos-opportunidades-CIAT-NORAD.pdf>.

remoto y una marcada movilidad de las personas y los pequeños negocios. La existencia de los nómadas tributarios en el panorama económico mundial exige que los Estados tomen medidas individuales y cooperativas para garantizar una tributación respetuosa de sus derechos fiscales. Por un lado, es fundamental que las legislaciones nacionales evalúen si los tradicionales conceptos de fuente y residencia, del modo en que han sido concebidos en el derecho positivo, son suficientes para un correcto ejercicio de la potestad tributaria. Por otro lado, el momento actual demanda que las soluciones que se construyan tengan un componente cooperativo transnacional.

Actores internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) o el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT) han presentado estudios y recomendaciones que identifican los retos que enfrenta la tributación y los posibles caminos para abordarlos. Algunas de las propuestas han tenido en cuenta las realidades propias de la región, pero, sin lugar a duda, en el contexto internacional se han presentado iniciativas que han tenido como norte los deseos y las necesidades propias de los países más desarrollados y que no se ajustan necesariamente a lo que demanda la región latinoamericana⁴.

Con estos antecedentes, este artículo tiene tres objetivos fundamentales: (i) poner en perspectiva la evolución de varias instituciones tributarias tradicionales, para así dilucidar si a partir de ellas es posible abordar la tributación de nómadas tributarios; (ii) repasar las recomendaciones internacionales de organismos técnicos en materia impositiva sobre la economía digital, así como los diversos instrumentos supranacionales y las herramientas que ofrecen para discutir esta problemática, considerando su utilidad para los países latinoamericanos; y (iii) plantear alternativas en el marco de los principios tributarios generales, para garantizar que los nómadas tributen en la justa medida de los ingresos que perciben.

2. EL NÓMADA TRIBUTARIO Y EL DESAFÍO DE LA IMPOSICIÓN EN LA ERA DIGITAL

Un nómada, desde su acepción literal, es una persona que no ostenta un establecimiento estable o permanente en una localidad⁵. Por su parte, un nómada digital es una persona con un estilo de vida independiente de la ubicación geográfica y habilitada por la tecnología, que desarrolla su actividad, sea en relación laboral o de forma autónoma, de manera remota y percibe ingresos de fuentes extranjeras, lo que lo distingue de las demás categorías de migrantes

4 Ver Sol Picciotto, “¿La OCDE puede reparar el sistema fiscal internacional?”, *Enfoque Internacional*, no. 12 (2014), https://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/es_la_ocde_puede_reparar_el_sistema_fiscal_intl.pdf.

5 Ver Picciotto, “¿La OCDE puede reparar el sistema fiscal internacional?”, 1-20.

laborales⁶. Finalmente, el nómada tributario es la persona que, como resultado de los cambios tecnológicos, la globalización y el cambio hacia un mundo social y económicamente interconectado, además de ser nómada digital, se establece de forma temporal en múltiples jurisdicciones⁷ sin una residencia fiscal definida.

Pese a que no existe una definición de lo que constituye un nómada tributario (por lo que esta categoría incluso podría incorporar a quienes perciben exclusivamente rentas pasivas), la realidad es que cada vez existen más personas que se ubican temporalmente en un lugar físico, pero que se mueven constantemente o perciben ingresos que no son de fácil conocimiento e identificación por las autoridades fiscales, por lo que el número de sujetos que se encasillan en esta categoría parece ir en aumento.

Según las cifras que presenta el Informe Bumeran, en Latinoamérica los nómadas digitales son personas que generalmente mantienen una relación de dependencia con un empleador; es decir, se encuentran sujetos a un contrato laboral que les permite trabajar de manera remota. Ello ocurre especialmente en Perú y Panamá. Por otro lado, se aprecia un creciente número de freelancers o emprendedores, y Ecuador aparece en ese escenario como uno de los países que alberga a un mayor número de nómadas digitales autónomos⁸.

En consideración al tipo de actividades a las que ordinariamente se dedican los nómadas digitales, resulta necesario cuestionarse si los ingresos que perciben son suficientemente relevantes como para merecer la atención de los países y sus legislaciones. Según el estudio de MBO Partners, uno de cada cinco nómadas digitales (19 %) afirma que sus ingresos anuales son inferiores a USD 25 000, pero cerca de la mitad (42 %) afirma que sus ingresos son superiores a USD 75 000 o más (2023)⁹. Así, es posible concluir, al menos preliminarmente, que las rentas de los nómadas digitales no son insignificantes; por el contrario, tienen una tendencia en alza y, ante la inminente expansión de la economía digital, su regulación se torna cada vez más necesaria por el potencial recaudatorio.

Si se parte del supuesto de que un nómada tributario es un individuo que no adquirirá, bajo las reglas actuales de permanencia, una residencia fiscal

6 Ver OECD, OECD/G20 *Base Erosion and Profit Shifting Project: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy: Action 1-2015 Final Report* (Paris: OECD Publishing, 2015), <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

7 El asunto sometido a análisis en el presente trabajo no se limita al caso de la persona natural que se mueve de una jurisdicción a otra, sino también al de la sociedad que podría cambiar su establecimiento de una jurisdicción a otra. La legislación societaria de Ecuador plantea el escenario de mutación de establecimiento de una sociedad extranjera al Ecuador. Específicamente, el artículo 419a de la Ley de Compañías dispone: “ Toda sociedad constituida y con domicilio en el extranjero, siempre que la ley no lo prohíba, puede cambiar su domicilio al Ecuador, conservando su personalidad jurídica y adecuando su constitución y estatuto a la forma societaria que decida asumir en el país ”.

8 Ver Revista Mundo Diners, “Nómadas digitales”, *Revista Mundo Diners* (febrero de 2024), <https://revistamundodiners.com/reportaje/tendencia/nomadas-digitales>.

9 Ver MBO Partners, “Digital Nomads: Nomadism Enters the Mainstream”, *MBO Partners State of Independence* (agosto de 2023): 13, <https://www.mbopartners.com/state-of-independence/digital-nomads>.

en la jurisdicción, las reglas de tributación relativas al concepto de fuente en esa jurisdicción, no serán apropiadas para gravar los ingresos que el nómada tributario percibirá. Asimismo, si se modifica el supuesto y se postula que la jurisdicción amplíe el paraguas de su definición de fuente para encapsular los ingresos del nómada tributario, es de esperar que ese individuo accione su carencia de establecimiento y mute de jurisdicción.

El supuesto anterior es apenas un abre bocas de los desafíos que representa la era digital que cobija al mundo, en la que los dogmas bajo los que tradicionalmente se ha fundamentado la potestad de imposición se tornan insuficientes y, por tanto, se hace cada vez más imperativo redefinirlos, siempre bajo una óptica de fiscalidad internacional en la que se adopten acciones concertadas que eviten que se produzca una menor o, incluso, una nula tributación en cabeza de los nómadas tributarios.

3. CONCEPTO DE FUENTE, RESIDENCIA Y SU EVOLUCIÓN PARA EFECTOS FISCALES

En 1923, como resultado del informe elaborado por expertos económicos de la entonces Liga de las Naciones, el derecho tributario internacional experimentó un hito significativo con la formulación de dos criterios fundamentales para establecer la jurisdicción tributaria¹⁰. Estos criterios han sido pilares en la evolución del marco legal que regula la tributación a nivel internacional.

El primer criterio introducido se basa en el principio de residencia fiscal. Según este enfoque, un individuo o entidad está sujeto a la jurisdicción tributaria de un país en función de su residencia. Por lo tanto, bajo esta lógica, el principio de tributación en residencia, como regla general, pretende sujetar a imposición los ingresos percibidos por los contribuyentes en el estado del cual son residentes, siendo indistinta la fuente de esos ingresos. Es decir, si un contribuyente es considerado residente fiscal de un determinado Estado, estará sujeto a imposición en el mismo, por las rentas que provengan de ese territorio o de cualquier otro.

Este criterio se conoce también como de renta mundial, el cual supone que el país del cual la persona o sociedad es residente tiene el derecho de gravar todos los ingresos y activos del contribuyente, independientemente de dónde

10 Ver League of Nations, "Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman, and Sir Josiah Stamp", *Journal of the Royal Statistical Society* 87, n.o 1 (enero de 1924): 99-102, <https://www.jstor.org/stable/2341293>.

se hayan obtenido o dónde estén ubicados¹¹. Como señala Pazmiño¹², este principio es de corte personalista, pues los gravámenes tributarios se imponen a razón de una condición subjetiva de los contribuyentes, por lo que no tiene relevancia la fuente de las rentas obtenidas.

Dentro del criterio de residencia, existen dos parámetros principales que han sido aplicados en el tiempo. El primero, menos común pero más directo, se fundamenta en la nacionalidad del sujeto pasivo y es aplicado principalmente a individuos. Sobre esto, Emilio Aguas sostiene lo siguiente:

Nacionalidad [...]. Este criterio casi no se utiliza actualmente, no obstante, hay unos pocos países que lo mantienen, en particular EE. UU., por lo que sigue manteniendo cierta relevancia. Los criterios de sujeción utilizados por la generalidad de los Estados, incluido EE. UU., son la residencia y la fuente¹³.

El segundo enfoque, que es el más difundido, descarta a la nacionalidad como elemento para definir la residencia e implica cumplir con diversos criterios, de manera que, si un sujeto se subsume a uno o más de estos, será considerado residente fiscal dentro de la correspondiente jurisdicción. Uno de los más utilizados en este segundo enfoque es el de permanencia física. Para el efecto, la temporalidad normalmente prescrita en las legislaciones de los Estados es de 183 días dentro del mismo ejercicio fiscal. Al respecto, Altamirano et al. razonan en los siguientes términos:

La residencia fiscal desde el punto de vista de la permanencia en el país utiliza criterios como los días de estancia en un territorio para reclamar la renta obtenida de un contribuyente para sí, para esto el criterio común en los tres países como Colombia, Ecuador y Perú es sobre los 183 días ya que para Bolivia no existe una definición al respecto [...]¹⁴.

El principio de residencia, diseñado para gravar los ingresos de aquellos que residen en un país, se enfrenta a la realidad cambiante de la movilidad global. La conectividad digital y la capacidad de llevar a cabo actividades económicas de manera remota ponen en entredicho a la permanencia física como elemento decisor a la hora de determinar la residencia fiscal. Los Estados, conscientes

11 Ver Segundo Alejandro Terán Cabezas, "Análisis y perspectivas del régimen tributario ecuatoriano en materia de operaciones electrónicas con relación al impuesto a la renta de sociedades", tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar (2017): 15, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5834/1/T2400-MPTFI-Teran-Analisis.pdf>.

12 Ver Jaime Pazmiño, "Impuesto a la renta en la economía digital: ¿Cuál es la situación del Ecuador?", *Iuris Dictio Universidad San Francisco de Quito*, n.o 25 (junio de 2020): 105-19, <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/article/view/1834/2209>.

13 Emilio Aguas Alcalde, "Breve introducción a la tributación internacional sobre la renta", *Anuario de la Facultad de Derecho Universidad de Extremadura*, n.o 27 (2009): 55-70, <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/245261>. Al respecto, Jaime Pazmiño recoge el mismo ejemplo y señala que "Estados Unidos mantiene como principio para la imposición, el personalista, en el que se somete a tributación la renta obtenida por cualquier sujeto de dicha jurisdicción independientemente de la fuente en la que se obtenga", 108.

14 Hólguer Altamirano Pérez et al., "La residencia fiscal para efectos tributarios de las personas naturales en la comunidad andina: The Tax Residence for Tax Purposes of Natural Persons in the Andean Community", *Revista Científica Eciencia* 9, n.o 2 (abril de 2022): 42, <https://doi.org/10.21855/ecociencia.92.628>.

de esta dinámica, han ajustado sus criterios de residencia para abordar la complejidad de los movimientos transfronterizos y garantizar una tributación justa. Así, por ejemplo, Ecuador en 2014, como muchos otros Estados¹⁵, amplió los criterios normativos para definir la residencia¹⁶.

El alto índice de movimiento humano transfronterizo, la posibilidad de llevar a cabo actividades económicas de manera remota, el uso ampliado de plataformas digitales y otros factores similares no solo han puesto en jaque el principio de residencia y, concomitantemente, el de renta global. También se discute hoy en día si cabe continuar aplicando el segundo criterio, que se centra en la fuente de los ingresos generados.

Este criterio implica que un país tiene la potestad de gravar los ingresos que se generan dentro de sus fronteras, independientemente de la residencia fiscal del contribuyente. En este sentido, la ubicación física o la fuente de la actividad económica se convierte en el factor clave para determinar la jurisdicción tributaria.

La determinación del lugar de la fuente responde a los desarrollos tradicionales del principio y su alcance, motivados por la gran importancia que tenían en el pasado, la tierra y los recursos naturales. Pero en tiempos en que ha cambiado la relevancia de los factores de producción, dejando de ser un elemento preponderante la tierra y pasando a cobrar más relevancia los factores “móviles” —el trabajo y los capitales—, surgen importantes retos al momento de determinar dónde se encuentra la fuente de los ingresos.

El principio de fuente sujeta a imposición los ingresos en la jurisdicción donde se generaron. Para efectos de este principio, es indistinta la nacionalidad, el domicilio o el lugar de residencia del perceptor del ingreso. Es decir, cualquier persona —sea esta natural o jurídica— puede

15 Colombia (art. 10, Estatuto Tributario), Paraguay (art. 152, Poder Legislativo Ley N.º125/91), Uruguay (Art. 14, Ley N.º 18.083 Sistema Tributario). Excepción: Bolivia no establece ningún período para ser considerado residente.

16 Ver art. 4.1 de la Ley de Régimen Tributario Interno: en la reforma se incluyeron los siguientes: a) Permanencia en Ecuador (183 días, en un lapso de 12 meses dentro de 2 periodos fiscales); b) núcleo principal de actividades o intereses económicos; y ciertos criterios adicionales antielusión fiscal.

De los criterios mencionados anteriormente, resulta imperativo expandir el alcance del literal b, dado que es el único susceptible de interpretación. En términos concisos, se establece que una persona natural tendrá el núcleo principal de su actividades o interés económicos en Ecuador en los siguientes caso: a) siempre que económicamente obtenga mayores rentas de fuente ecuatoriana con respecto a cualquier otro país, b) el mayor valor de sus activos esté situado en Ecuador o dichos activos superen USD 1 millón y c) haya ejercido como representante legal o apoderado de una sociedad residente o con establecimiento permanente en Ecuador de una sociedad no residente.

Al respecto, ver Leonardo Thomaz Pignatari, quien refiere: “Normalmente, la residencia está estrechamente vinculada a la presencia física, pues su caracterización se basa en elementos como el domicilio, el tiempo de estancia (regla de los 183 días), el lugar de dirección efectiva, el centro de intereses vitales (relaciones personales y económicas) y la residencia permanente, entre otros. Esta conexión se ve cuestionada por la movilidad de empresas y personas que realizan sus actividades sin necesidad de presencia física o con una presencia física muy limitada en una determinada jurisdicción”. Leonardo Thomaz Pignatari, “The Taxation of ‘Digital Nomads’ and the ‘3 W’s’: Between Tax Challenges and Heavenly Beaches”, *Intertax* 51, n.o 5 (2023): 386 (traducción no oficial), <https://doi.org/10.54648/taxi2023033>.

encontrarse sujeta a imposición, en un país o jurisdicción, si ha percibido ingresos dentro de este territorio¹⁷.

A medida que las actividades económicas pasan del mundo físico al mundo digital, puede resultar casi imposible definir dónde se ha generado el ingreso. Además, como consecuencia del dinamismo propio de la economía moderna, no siempre el originador o el beneficiario de la renta se encuentran siempre en el mismo país del cual provienen los fondos para pagar por ella¹⁸.

Aprovechando las limitaciones que presentan tanto el principio de la residencia como el de la fuente, los nómadas digitales tienden a establecerse en más de una jurisdicción durante un mismo período fiscal, sorteando así tanto la imposición en el lugar en el que se produjo el ingreso como en el lugar donde se registró el gasto. Por lo anterior, no sorprende que varios Estados hayan adoptado como respuesta unilateral a esta problemática la introducción del criterio de nacionalidad, así como de enfoques híbridos que suponen la aplicación del criterio de la fuente y del criterio de la residencia de forma simultánea.

Aunque los principios de fuente y de residencia han sido fundamentales, es crucial reconocer que el entorno fiscal internacional ha experimentado cambios significativos desde 1923, especialmente con la creciente globalización, que produce que cada vez haya más casos en que los nómadas digitales se conviertan, en realidad, en “nómadas no tributarios”. Es por ello que, en el mundo, se discuten métodos concertados que mitiguen la realidad que ha sido descrita.

Sobre este punto, The Consultation Paper of October sugirió que el nuevo concepto de nexos fiscales debe tener en cuenta el impacto en el mercado y la relación con los consumidores, sin otorgar tanta importancia a la existencia de estructuras físicas. De modo que, como medidas unilaterales de cada Estado, podría pensarse en la implementación de una retención en las transacciones business to business (B2B) y business to consumers (B2C) en la legislación interna¹⁹.

Sin embargo, este tipo de medidas tienen carácter meramente paliativo, pues no atacan al problema de los nómadas tributarios de raíz, ya que quien registra el gasto suele asumir este tipo de retenciones, liberando de gravamen a quien percibe la renta.

17 Ver Catalina Herrán Ocampo, “La doble tributación internacional, principios y realidades de los convenios”, tesis de maestría, Pontificia Universidad Javeriana Facultad de Ciencias Jurídicas de Colombia (2000): 18, <https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/56369/Tesis14.pdf?sequence=1>.

18 Ver Guillermo Sánchez-Archidona Hidalgo, “Reflexiones sobre los convenios fiscales multilaterales para evitar la doble imposición: el instrumento multilateral de BEPS y las tendencias actuales”, *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, n.o 404 (noviembre de 2016): E8-9, <https://revistas.ccf.udima.es/index.php/RCyT/article/view/4769/7775>.

19 Ver Vinod Kumar y Gagandeep Raheja, “Business to Business (B2B) and Business to Consumer (B2C) Management”, *International Journal of Computers & Technology* 3, n.o 3 (noviembre-diciembre de 2012): 447, 450, www.cirworld.com.

4. ALTERNATIVAS SUGERIDAS PARA EVITAR UNA IMPOSICIÓN REDUCIDA O NULA DE NÓMADAS TRIBUTARIOS

En un entorno en el que las transacciones digitales generalmente ocurren sin fronteras claras, los países de la región enfrentan el gran desafío de determinar a quién se asigna la potestad tributaria sobre las rentas generadas por los nómadas tributarios²⁰. Desde el punto de vista de los autores, el principio de fuente resulta insuficiente para regular la imposición de nómadas tributarios, fundamentalmente porque fue concebido en un momento histórico en que la actividad económica estaba atada al trabajo en la tierra. Ahora, en el contexto actual, resulta mucho más atractivo repensar los criterios tradicionales de residencia y ajustarlos a las necesidades económicas y sociales vigentes, pues, como sostiene Jarach²¹, no existe limitación alguna a la imposición toda vez que los criterios de vinculación entre sujeto pasivo y sujeto activo pueden ser de cualquier índole.

Sobre esto, Leonardo Thomaz encuentra que en el replanteamiento de las reglas de residencia se encuentra un potencial camino para gravar las rentas de los nómadas tributarios, en los siguientes términos:

Las dificultades planteadas en esta contribución exigen rediseñar el sistema actual con el fin de desvincularlo de la necesidad de presencia física tanto para la determinación de la residencia fiscal como para la atribución de derechos tributarios al Estado de origen.

Una primera alternativa consiste en reevaluar las normas de residencia nacional y las normas de desempate previstas en los convenios para evitar la doble imposición, con el fin de desvincularlas de la clásica conexión territorial (traducción no oficial)²².

Del mismo modo, en el documento *Review of the Income Tax Residency Rules for Individuals*²³, emitido por el Gobierno australiano en el año 2017, se señaló que son las reglas de residencia las que deben ajustarse a la forma en que las personas viven y trabajan, por lo que su actualización es imprescindible para atender la realidad vigente²⁴. Incluso, se habla de que la tributación por residencia es económicamente eficiente, por el mismo motivo que justifica

20 Colombia es uno de los primeros países en emitir un criterio oficial respecto de la figura, pero ha tocado solosuperficialmente sus implicaciones tributarias. Radicando Virtual n.o 00012023009079, <https://incp.org.co/wp-content/uploads/2023/07/Concepto-General-777-de-2023-DIAN.pdf>.

21 Ver Dino Jarach, *El hecho imponible: teoría general del derecho tributario sustantivo* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982), 1-250.

22 Ver Pignatari, “The Taxation of ‘Digital Nomads’ and the ‘3w’s”, 384-96 (traducción no oficial).

23 Ver Board of Taxation, *Review of the Income Tax Residency Rules for Individuals* (s. l.: Commonwealth of Australia, 2017), <https://taxboard.gov.au/sites/taxboard.gov.au/files/migrated/2018/07/T307956-income-tax-res-rules.pdf>.

24 *Ibid.*, 32. Al respecto, el texto específico señala: “1.107 Las consultas también señalaron que, en los más de 80 años transcurridos desde que se introdujeron las normas de residencia, se han producido avances considerables en la forma en que las personas trabajan, viajan y viven. También se han producido muchos cambios en el sistema global del impuesto sobre la renta. Se sugirió que algunos aspectos de las normas de residencia, como la adopción del concepto de domicilio, han quedado obsoletos y requieren una reconsideración” (Traducción no oficial).

esta investigación²⁵: en un contexto como el actual, determinar la fuente de ingresos en muchos casos resulta sumamente complejo²⁶.

Por su parte, el Libro blanco sobre la Reforma Tributaria, publicado por el Instituto de Estudios Fiscales y el Ministerio de Hacienda y Función Pública de España en 2022²⁷, recomendó “reflexionar sobre la adecuación de los criterios determinantes de la residencia fiscal a efectos de IRPF y su posible revisión y actualización, aproximándolos a los criterios aplicables en los CDI en casos de conflictos de doble residencia”²⁸.

Sobre la base de esta consideración, en las siguientes secciones de este documento se examinan las alternativas que se han propuesto internacionalmente y se formulan recomendaciones sobre

el camino que deberían seguir los países de la región para abordar la imposición de los nómadas tributarios.

4.1 EL ROL DE LA OCDE Y EL PLAN BEPS

La OCDE desempeña un papel crucial en la elaboración de estándares y directrices internacionales para abordar cuestiones de carácter fiscal con implicaciones transfronterizas y garantizar una competencia fiscal justa. Sin duda, una de sus iniciativas más difundidas ha sido el Plan BEPS, que, entre otros, busca garantizar que los contribuyentes tributen en los lugares donde generan beneficios económicos reales.

La acción 1 del Plan BEPS se centra en los desafíos fiscales derivados de la digitalización. A través de esta acción se evalúan cuestiones relacionadas con la presencia significativa en un país sin una presencia física sustancial, situación en la que se podría incluir el caso de los nómadas tributarios. El informe final de la acción 1 establece que la presencia digital significativa podría dar lugar a la existencia de un “establecimiento permanente virtual” (EPV) y, como consecuencia de lo anterior, propone cambios en la definición de establecimiento permanente para abordar las cuestiones relacionadas con la economía digital, en los que se incluye considerar la presencia significativa a través de actividades digitales como un factor para determinar la existencia de

25 Al respecto, en el “Tax Justice Briefing: Source and Residence Taxation”, publicado en el año 2005, se señaló: “Teóricamente, se puede imaginar un mundo en el que todos los países adoptaran la jurisdicción de residencia pura o la jurisdicción de fuente pura. Los economistas tienden a favorecer la jurisdicción de residencia, tanto porque consideran que la fuente de ingresos es difícil de precisar (a menudo los ingresos tienen más de una fuente), además porque piensan que la jurisdicción de residencia promueve la eficiencia económica, ya que la decisión de dónde invertir no debería verse afectada por la tasa de impuesto”, 2 (Traducción no oficial).

26 Tax Justice Network, “Tax Justice Briefing: Source and Residence Taxation”, *Tax Justice Briefing* (2005): 1-4, https://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Source_and_residence_taxation_-_SEP-2005.pdf.

27 Ver Comité de Personas Expertas, *Libro blanco sobre la reforma tributaria* (Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2022), https://www.ief.es/docs/investigacion/comiteexpertos/LibroBlancoReformaTributaria_2022.pdf.

28 Ibid., 599.

un establecimiento permanente²⁹.

La noción de EPV puede resultar útil para abordar la imposición de los nómadas tributarios, pues permite establecer pautas para la atribución de beneficios a una jurisdicción y evaluar la contribución de los nómadas tributarios a la generación de ingresos en términos de funciones realizadas, activos utilizados y riesgos asumidos, incluso en ausencia de una presencia física continua en un lugar específico. El Plan BEPS enfatiza en el principio de sustancia, requiriendo que la presencia virtual tenga una conexión sustancial y significativa con una jurisdicción para gravar los beneficios generados. En el caso de los nómadas tributarios, la evaluación de la sustancia se podría realizar considerando la naturaleza e importancia de las actividades realizadas.

Dentro de la misma acción 1, la OCDE estableció el Plan de Trabajo para Desarrollar una Solución de Consenso a los Desafíos Fiscales derivados de la Digitalización de la Economía³⁰ basado en dos pilares: el pilar 1, que busca establecer un nuevo enfoque para la asignación de derechos impositivos, especialmente para las empresas digitales que operan en jurisdicciones sin una presencia física; y el Pilar 2, que se centra en establecer un marco para garantizar que las empresas multinacionales paguen un nivel mínimo de impuestos en todo el mundo, independientemente de dónde estén ubicadas.

El pilar 1 busca cambiar las reglas para determinar cuándo se considera que un contribuyente tiene un nexo o conexión suficiente con un país para que esa jurisdicción tenga la potestad tributaria para gravar los beneficios. Si bien el pilar 1 se enfoca principalmente en las empresas multinacionales, desarrolla conceptos que podrían resultar aplicables al fenómeno de los nómadas digitales. Por ejemplo, en lugar de considerar como relevante al establecimiento permanente físico, atiende a la presencia económica significativa, incluso si no hay una presencia física sustancial en un país específico³¹.

En lo que atañe a los nómadas tributarios, la presencia física también ha pasado a un segundo plano, resultando más importante la presencia económica significativa. Consecuentemente, los Estados podrían estudiar la posibilidad de ampliar el espectro de aplicación del EPV para alcanzar también a otros sujetos que no están comprendidos en los umbrales del pilar 1, y sujetarlas a imposición cuando tengan una presencia económica significativa en una determinada jurisdicción. Esto se concretaría, por ejemplo, creando un nuevo criterio de residencia para persona naturales, atado, principalmente, a la

²⁹ OECD, *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Ver OECD, *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS: Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy* (París: OECD Publishing, 2019).

presencia económica significativa.

Por otro lado, la acción 13 del Plan BEPS introduce el concepto de Country-by-Country Reporting (CbCR), que se traduce en que las empresas multinacionales informen detalladamente sobre sus actividades económicas en cada jurisdicción en la que operan. La entrega detallada de información mediante la acción 13 proporciona una visión integral de las operaciones de las multinacionales, permitiendo un desglose minucioso de sus actividades

empresariales. En lo que respecta a los nómadas digitales, exigirles suministrar información clara de la distribución de beneficios, como plantea la acción 13, podría ser fundamental a la hora de evitar una tributación reducida o nula. Sin embargo, podría resultar excesivamente oneroso para los contribuyentes y demasiado engorroso para las administraciones tributarias frente al potencial recaudatorio que representan actualmente los nómadas digitales y podría conspirar contra la esencia de la digitalización.

4.2 MODIFICACIONES A LOS CONVENIOS INTERNACIONALES PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN

Los convenios para evitar la doble imposición constituyen una importante herramienta para regular las connotaciones tributarias de las operaciones transfronterizas y, aunque su finalidad primordial es eliminar o mitigar la doble imposición internacional, esos convenios también podrían servir para regular supuestos en que un nómada digital queda fuera de la sujeción impositiva de dos o más Estados como consecuencia de la insuficiencia de los criterios tradicionales de imposición.

La creciente movilidad de los nómadas digitales ha planteado desafíos significativos en el ámbito de la fiscalidad internacional, especialmente en lo que respecta a la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición. Estos acuerdos, diseñados para evitar que un individuo o entidad sea gravado dos veces por el mismo ingreso en dos jurisdicciones diferentes, deben adaptarse para abordar la singularidad de las actividades de los nómadas digitales. Para este efecto, la modificación de los convenios internacionales se presenta como una herramienta clave.

En el último Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y Patrimonio de la OCDE, que data de 2017, no se incluye aún referencia alguna a la presencia digital de personas o entidades. Se estima que una de las principales acciones que podría adoptar la OCDE para abordar la problemática de los nómadas digitales sería incluir en el Modelo de Convenio, y en sus Comentarios, el concepto de EPV y de presencia digital significativa. Ello resultaría de gran ayuda

para regular la tributación de los nómadas digitales, incluyendo disposiciones específicas que consideren la naturaleza de las operaciones que estos llevan a cabo, como la introducción de criterios basados en la ubicación virtual de las actividades.

La cooperación internacional para la actualización de los convenios es esencial, pero tampoco resulta suficiente. En primer lugar, no todos los convenios para evitar la doble imposición se negocian bajo el Modelo de la OCDE. En segundo lugar, existen ya muchos convenios en vigencia que no incorporan el concepto de EPV ni el de presencia digital significativa, e incluirlos podría resultar muy complicado considerando que los Estados tienen diferentes procedimientos internos para reformar sus tratados internacionales. Pero sin duda el mayor obstáculo que enfrenta esta alternativa es que los convenios para evitar la doble imposición siguen siendo bilaterales. Por lo tanto, solo podrían ser aplicables a casos en que el nómada digital opere en las jurisdicciones signatarias del tratado, lo que probablemente dejaría por fuera muchos supuestos. Además, los nómadas digitales podrían aprovechar la ausencia de tratados y hacer un *treaty shopping* inverso.

La armonización de las normas y la adopción de enfoques comunes en la región latinoamericana podría contribuir a evitar lagunas que permitan la elusión fiscal por parte de los nómadas digitales, pero definitivamente no es la solución. Establecer directrices claras sobre la tributación de los ingresos generados por actividades digitales y promover la transparencia en la asignación de beneficios son aspectos esenciales que podrían abordarse mediante modificaciones al Modelo de Convenio y a los tratados ya suscritos, pero aquella es una solución parcial debido a que la reforma puede resultar también muy espinosa.

4.3 VISADO PARA NÓMADAS DIGITALES

Algunos Estados han considerado la posibilidad de ofrecer incentivos fiscales específicos para atraer a nómadas digitales, como tasas impositivas favorables, exenciones de impuestos a los ingresos en línea o programas de visado especial para nómadas digitales.

El visado para nómadas digitales es una tendencia emergente que ha cobrado relevancia en los últimos años, especialmente en respuesta al crecimiento del trabajo remoto y la globalización. Este tipo de visado permite a individuos trabajar de manera remota desde un país extranjero durante un período prolongado, generalmente más allá de los límites habituales de una visa de turista. El elemento distintivo de este visado es que la persona beneficiaria no suele estar autorizada a realizar actividades empresariales significativas ni a obtener

la mayor parte de sus ingresos de actividades desarrolladas localmente³².

Según la información revisada, a la presente fecha cerca de cuarenta (40) países han introducido en sus legislaciones un visado para nómadas digitales (DNV por sus siglas en inglés)³³. Entre las características que tiene este tipo de visado es que sus beneficiarios acceden a una residencia fiscal excepcional; por lo que tampoco tributan sobre todos sus ingresos (normalmente solo se grava aquellos que tienen fuente en el país que otorga el visado) ni se convierten en sujetos pasivos con carácter permanente. En consecuencia, estos visados no mitigan totalmente el problema que se analiza en este artículo, ya que persiste la posibilidad de que el nómada digital no tribute ni en el país que le ha concedido la visa ni en ningún otro Estado.

A través de la Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo³⁴, Ecuador creó un régimen de residencia fiscal temporal de cinco años de duración. Quienes se beneficien de él solamente tributan respecto a los ingresos de fuente ecuatoriana. Para su obtención, las personas naturales tendrán que realizar una inversión permanente (al menos cinco años) en inmuebles o en actividades productivas en el país de mínimo USD 150 000 o contar con ingresos mensuales que no sean de fuente ecuatoriana de mínimo USD 2 500. En este segundo caso la persona tendrá que afiliarse a la seguridad social por su tiempo de permanencia en Ecuador. Estas condiciones deben verificarse en un plazo máximo de 120 días contados desde el momento en que la persona ingrese al país.

En el Reglamento de Aplicación de la Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo³⁵ se dispuso que quienes decidan optar por la residencia fiscal temporal tendrán que comunicar su voluntad al Servicio de Rentas Internas y seguir el procedimiento fijado mediante una resolución de carácter general. Aunque han transcurrido apenas ocho meses desde la creación de la residencia excepcional, la normativa secundaria que regule los aspectos dispuestos en el reglamento todavía no ha sido promulgada. Tampoco existen estadísticas respecto a los contribuyentes que han conseguido obtener la residencia. Debido al estado de la legislación, difícilmente habrá uno que lo haya hecho.

Claramente, Ecuador es una muestra de que esta alternativa enfrenta retos constantes y no soluciona el problema vinculado con la no imposición. La implementación de una residencia fiscal temporal no es sencilla. Diseñar un

32 Ver Elisa Casi, Mohammed Mardan y Barbara M. B. Stage, "Citizenship/Residence by Investment and DigitalNomad Visas: The Golden Era of Individual Tax Evasion and Avoidance?", *SSRN Electronic Journal* (enero de 2023), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4557656>.

33 Ibid.

34 Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo. R. O. Suplemento 461 del 20 de diciembre de 2023.

35 Decreto Ejecutivo 157. R. O. Suplemento 496 del 9 de febrero de 2024.

sistema eficiente que facilite su acceso es fundamental. Si esto no se consigue, ni siquiera se alcanza el objetivo de que el nómada tributario pague impuestos en la jurisdicción que confiere la residencia. Por el contrario, en el caso hipotético de que todo el sistema fuese funcional, el único resultado sería que los nómadas paguen impuestos respecto a los ingresos de fuente ecuatoriana. ¿Y qué ocurre con aquellos que no entran en esta categoría? Pues siguen esquivando el poder tributario del Estado. En ningún escenario se resuelve el conflicto que motiva esta investigación.

4.4 TRIBUTACIÓN BASADA EN LA NACIONALIDAD

Pese a que tradicionalmente se había descartado a la nacionalidad como criterio de sujeción tributaria y se lo había considerado como un sistema de tributación anacrónico³⁶, una de las soluciones que hoy en día se proponen para el caso de los nómadas digitales es la tributación basada en la nacionalidad. Este enfoque fiscal implicaría gravar las rentas de los nómadas tributarios conforme a su nacionalidad, independientemente de dónde residan o del lugar en el que se generen los ingresos³⁷.

La utilización de un sistema de tributación basado en la nacionalidad se vincula directamente con el principio de capacidad contributiva, no así con los beneficios o prestaciones sociales que brinda un Estado a la persona³⁸. Tal como lo postula Reaven S. Avi-Yonah, el mejor principio para gravar a los nómadas tributarios es el de capacidad contributiva, precisamente porque la nacionalidad en sí misma reporta un beneficio, que puede ser actual o futuro. Ese beneficio, principalmente, es el que Arendt definía como el “derecho a tener derechos”³⁹.

Si bien la adopción del criterio de la nacionalidad parecería sencilla y, en principio, podría reducir la evasión fiscal, ya que los ciudadanos estarán sujetos a imposición en algún lugar, independientemente de dónde residan, esta opción detona varias interrogantes: ¿qué pasa con los individuos que tienen más de una nacionalidad? ¿Qué sucede si una persona tiene una nacionalidad, pero, además, ostenta una diferente ciudadanía? Así como el criterio de residencia provoca que las personas se muevan de una jurisdicción a otra para evitar sujetarse a imposición en un determinado territorio, asumir el criterio de nacionalidad ¿podría generar una suerte de nationality shopping?

36 Ver Reuven S. Avi-Yonah, “Hanging Together: A Multilateral Approach to Taxing Multinationals”, *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review* 5, no. 2 (febrero de 2016): 113-28, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198725343.003.0005>.

37 Existen ya países donde se aplica un sistema de tributación basado en la ciudadanía, como ocurre con Estados Unidos, Eritrea y Bélgica.

38 Reuven, “Hanging Together”.

39 Ver Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo* (Madrid: Alianza Editorial, 2006).

La adopción del criterio de nacionalidad hace necesario definir si el nómada tributario ejerce o no sus derechos políticos en su país de origen; si ostenta una ciudadanía derivada de un pasaporte nominal; si la legislación de un país establece verdaderos requisitos o condiciones para que una persona adopte la nacionalidad o si ese proceso es meramente formal; si se puede conceder u otorgar la nacionalidad de oficio, entre otros factores. Asumir el criterio de la nacionalidad podría incluso propiciar la arbitrariedad de los gobiernos que, en su búsqueda permanente de incrementar ingresos, podrían pretender que cualquier nómada digital tribute en determinada jurisdicción. Finalmente, se deberá considerar que, para los nómadas digitales, la ciudadanía podría ser un concepto para explorar en sustitución del domicilio.

Uno de los mayores retos de esta alternativa tiene que ver con la posibilidad de que una persona tenga más de una nacionalidad o ninguna y, por otro lado, el hecho cierto de que no siempre un ciudadano tiene vínculos políticos con su país de origen. Por ello, esta propuesta suele enfrentarse a la obvia crítica de la conveniencia de que un individuo se encuentre obligado a presentar su declaración de impuestos y al pago correspondiente en un determinado país por su simple condición de ciudadano.

Si bien es una propuesta que presenta grandes desafíos para las administraciones tributarias, con ventajas y desventajas, igual que el sistema basado en el criterio de la fuente, en opinión de los autores, esta podría erradicar la imposición reducida o nula de nómadas tributarios, ya que según sus características son personas que no están vinculadas a una ubicación geográfica fija. Los cuestionamientos que se han puesto de relieve podrían solucionarse con reglas claras. Por ejemplo, para las personas que tengan más de una nacionalidad, podría darse preferencia a aquella que se hubiere adquirido primero, a la nacionalidad por *ius solis* o, en su defecto, a la nacionalidad por *ius sanguinis*. Se podrían fijar además reglas para mantener la nacionalidad por un período determinado para evitar el *nationality shopping*, entre otros.

4. CONCLUSIONES

En este documento se ha confirmado que los principios tradicionales de fuente y residencia resultan insuficientes para responder adecuadamente al fenómeno de los nómadas tributarios. Luego del estudio realizado, se ha encontrado que los criterios como el de nacionalidad y el del EPV adquieren especial relevancia, ya que, al no estar atados exclusivamente a la territorialidad de los factores de producción, ofrecen salidas eficientes y más objetivas que merecen ser exploradas por la comunidad internacional con más detenimiento.

Por otro lado, en este trabajo se ha identificado que las acciones BEPS ofrecen dos alternativas concretas que podrían garantizar que los nómadas digitales

tributen en la justa medida de sus ingresos. Por un lado, la concepción del establecimiento permanente virtual basado en la presencia digital significativa del nómada permitiría vincularlo con la jurisdicción en la que lleva a cabo sus actividades más importantes. De otro lado, el intercambio de información que plantean estas acciones podría proporcionar una visión integral de las operaciones de los nómadas digitales, permitiendo un desglose minucioso de sus actividades empresariales. Sin embargo, las acciones BEPS se enfrentan a un problema de costo-beneficio: pueden resultar muy complejas y no ser eficientes en términos recaudatorios.

Otra opción que se ha examinado es modernizar los convenios para evitar la doble imposición, ajustándolos a la realidad actual. Ni el Modelo de Convenio de la OCDE ni sus Comentarios reconocen el concepto de EPV o se refieren a los ingresos generados por actividades digitales. Esta alternativa, por tanto, implica hacer cambios al Modelo y sus Comentarios, y no incide en los convenios ya suscritos. Tampoco sirve para solucionar los casos en que los nómadas digitales se mueven a través de jurisdicciones que no han suscrito tratados para evitar la doble imposición. Y, si bien promover la transparencia en la asignación de beneficios es un aspecto esencial que podría abordarse mediante modificaciones a los convenios internacionales, el proceso para conseguir esta finalidad se vislumbra largo y complejo.

Una iniciativa cada vez más empleada para garantizar la tributación de los nómadas digitales es el visado especial. Este permite a individuos trabajar de manera remota desde un país extranjero durante un período prolongado, generalmente más allá de los límites habituales de una visa de turista y se caracteriza por que la persona beneficiaria no suele estar autorizada a realizar actividades empresariales significativas ni a obtener la mayor parte de sus ingresos de actividades desarrolladas localmente. Sin embargo, no soluciona el problema de los nómadas tributarios, pues se fundamenta en reglas específicas que no son propiamente las de un residente fiscal y, lo más importante, dependen de la voluntad del sujeto tributario. Ecuador es un ejemplo de las limitaciones de esta alternativa. Los nómadas que opten por esta residencia solo pagarán impuestos respecto a los ingresos de fuente ecuatoriana (¿y el resto?), sin embargo, tras ocho meses de haberse creado este régimen, ni siquiera existe el proceso que permita aplicarlo.

Finalmente, en lo que concierne a la residencia por nacionalidad, que en opinión de los autores es el criterio que podría resolver de forma más sencilla y eficiente el problema de la no imposición de los nómadas tributarios, se deben evaluar tres aspectos fundamentales: (i) si el nómada tributario tiene más de una nacionalidad; (ii) si ejerce sus derechos políticos en su país de origen y no se trata de una ciudadanía derivada de un pasaporte meramente nominal; y (iii) si no existe un supuesto de nationality shopping. Esta alternativa es la que

mejor solucionaría el efecto de la no imposición por carencia de residencia fiscal, pero es una opción que requiere de cambios normativos importantes.

A | G Almeida
& | A Guzmán
Asociados

ESTUDIO JURÍDICO | LAW FIRM

Dirección: Whympner 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



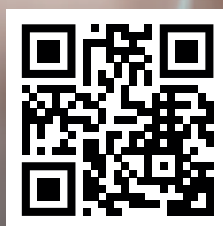


ABOGADOS

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

Reinventando la relación humano-máquina: patentes en la era de la IA

Reinventing Human-Machine Relations: Patents in the Age of AI

MIA RENATA MASOUMI MAYA*

Recibido / Received: 22/06/2024

Aceptado / Accepted: 25/08/2024

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3365>

Citación:

Masoumi Maya, M. R. “Reinventando la Relación Humano-Máquina: Patentes en la Era de la IA”. *USFQ Law Review* vol. 11, no. 2, noviembre de 2024, <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3365>

* Investigador independiente, Quito 170195, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: miarenatamaya@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0005-1538-7812>

RESUMEN

Este documento académico aborda la creciente relación entre la inteligencia artificial (IA) y el sistema de patentes, destacando la necesidad de una transformación homogénea de la regulación actual con base en las potenciales invenciones generadas por la IA.

En el primer apartado se ofrece una visión detallada de la inteligencia artificial, desde su desarrollo histórico hasta su capacidad actual para crear potenciales invenciones casi de manera autónoma.

El segundo apartado examina la evolución del derecho de patentes, con un enfoque en cómo este se aplica en Ecuador y en el contexto global. El tercer apartado analiza la convergencia entre la inteligencia artificial generativa y el derecho de patentes, utilizando el caso DABUS como ejemplo para discutir si la inteligencia artificial puede ser reconocida como inventora. El cuarto apartado presenta un debate sobre la viabilidad de otorgar derechos de patentes a la IA, analizando los fines del derecho de patentes y conceptos básicos, explorando los argumentos a favor y en contra, subrayando las implicaciones socioeconómicas, éticas y de competencia.

Finalmente, se concluye que es crucial plantear una regulación novedosa que establezca una categoría específica para las invenciones con participación de IA, definiendo responsabilidades claras y límites para asegurar una mitigación adecuada de riesgos, con un enfoque humano en la era de las máquinas. Esta conclusión invita a un diálogo constructivo sobre el papel de la inteligencia artificial en el ámbito de las patentes y la propiedad intelectual, promoviendo una reflexión crítica y adaptativa del derecho para incluir estas tecnologías emergentes.

PALABRAS CLAVE

Inteligencia artificial; derecho de patentes; regulación del futuro; nuevas tecnologías; invenciones

ABSTRACT

This paper explores the evolving relationship between artificial intelligence (AI) and the patent system, emphasizing the need for a reinvented regulatory framework to acknowledge AI-generated inventions.

The first section provides a comprehensive overview of AI, from its historical development to its current ability for autonomous creation.

The second section examines the evolution of patent law, focusing on its principles as applied in Ecuador and globally. The third section analyzes the convergence of generative AI and patent law, using the DABUS case to discuss whether AI can be recognized as an inventor. The fourth section debates the feasibility of granting patent rights to AI, analyzing the purpose of patent law and basic concepts, exploring arguments for and against, and highlighting socio-economic, ethical, and

competitive implications.

Finally, this paper concludes that it is crucial to establish a new regulatory framework with a specific category for AI-assisted inventions, defining clear responsibilities and limits to ensure adequate risk mitigation and maintain a human-centered approach in the age of machines. This conclusion calls for a constructive dialogue on the role of AI in patents and intellectual property, promoting critical and adaptive legal consideration to include these emerging technologies.

KEYWORDS

Artificial intelligence; patent law; future regulation; emerging technologies; inventions

1. INTRODUCCIÓN

¡Sean todos bienvenidos a la era de la inteligencia artificial! El momento en que las máquinas no solamente aprenden, sino que también inventan. Este avance plantea interrogantes fundamentales en materia de propiedad intelectual, esencialmente respecto a la naturaleza de la invención y la titularidad de una patente. Imaginar una inteligencia artificial que podría ser un próximo colega inventor o una nueva amiga innovadora, con un diseño perfecto para revolucionar nuestro sistema de patentes, ya casi es una realidad.

Este artículo abarca el fascinante debate sobre si la especie humana debería reconocer a la IA como inventora y las implicaciones legales y éticas de tal reconocimiento. Esto a través de la exploración de los desafíos que presenta esta cuestión en el ámbito de la propiedad intelectual y el derecho, considerando la manera en que la inclusión de la IA como inventora podría transformar no solo el sistema de patentes, sino también el concepto mismo de inventor.

En el primer apartado el lector conocerá los conceptos fundamentales de la IA, desde su génesis hasta las tecnologías que la componen. Además, se resalta el concepto de inteligencia artificial generativa, subrayando su capacidad para realizar nuevas invenciones potencialmente autónomas; luego, explorará de manera breve el potencial actual y futuro de la IA.

El segundo apartado resalta la historia, situación actual y desafíos futuros del derecho de patentes. El lector recorrerá la evolución del derecho de patentes, trazando su desarrollo hasta llegar a Ecuador. Adicionalmente, se examinan conceptos clave que forman parte del mencionado derecho, haciendo énfasis en el concepto de inventor, elemento fundamental de esta discusión, utilizando ejemplos globales e internacionales y comparándolos con la legislación ecuatoriana.

En el tercer apartado se explora la convergencia entre la inteligencia artificial generativa y el derecho de patentes, mediante el análisis del caso DABUS y las diversas decisiones al respecto que reflejan la situación actual del tema de esta investigación. Se aborda también el cuestionamiento de si la IA podría considerarse inventora y si sus invenciones son patentables, surgiendo la pregunta: ¿hay una nueva especie en la Tierra?

El cuarto apartado expone las dos caras de la moneda, entendida como la viabilidad de otorgar derechos de patentes a la IA: a manera de cara los argumentos a favor y de cruz aquellos en contra de esta cuestión. El debate subraya aspectos cruciales, enfocados en los fines del derecho de patentes y las implicaciones socioeconómicas, de competencia, transparencia y cumplimiento normativo del tema.

Este documento no solo tiene como objetivo instruir al lector sobre los conceptos relevantes de este tópico, sino también fomentar una reflexión crítica y constructiva sobre el papel de la IA en el ámbito de las patentes y la propiedad intelectual. Se destaca que el derecho constituye un reflejo de la sociedad y, por lo tanto, debe mantenerse en constante evolución con un enfoque humano, incluso en la era de las máquinas. Por ello, la discusión de este tema resulta de crucial importancia, haciendo hincapié en la necesidad de adaptar el marco legal a los avances tecnológicos sin perder de vista los valores y principios fundamentales que sustentan a la sociedad actual.

Como un acercamiento final al lector, que podría preguntarse si este artículo fue generado por IA, la respuesta es no, pero fue creado con IA, entendida como una herramienta fundamental que, aunque no supera a la valiosa mente humana, representa una pieza clave para mejorar la productividad y, en general, potenciar el intelecto. En cuanto a las nuevas tecnologías que puedan surgir, la autora ratifica su intriga y entusiasmo, aunque no se abordan en profundidad en este documento.

2. APROXIMACIONES A LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

2.1 GÉNESIS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Para intentar definir a la IA es necesario explorar brevemente su origen. En 1943, McCulloch y Pitts fueron pioneros en comparar el funcionamiento de dispositivos electrónicos con el del cerebro humano, sentando las bases de lo que más tarde se conocería como redes neuronales¹. Luego, en 1950, Alan Turing propuso la famosa “prueba de Turing”² como criterio para determinar si una máquina puede pensar³. Ya en la década de los 2000, los avances en la capacidad de los computadores hicieron evidente la existencia y el desarrollo de la IA⁴ con su fascinante habilidad de desempeñarse de manera similar a la mente humana.

Podría decirse que la IA abarca “[l]a ciencia que estudia de manera sistemática el comportamiento inteligente, con el fin de imitar o simular las habilidades

1 Warren McCulloch y Walter Pitts, “A logical calculus of the ideas immanent in nervous activity”, *The Bulletin of Mathematical Biophysics*, n.º. 5 (diciembre de 1943): 115-33, <https://link.springer.com/article/10.1007/BF02478259>.

2 En esta prueba, un evaluador humano interactúa con una máquina y con otro humano sin saber cuál es cuál. Si el evaluador no puede distinguir consistentemente entre la máquina y el humano, se considera que la máquina ha pasado la prueba y puede “pensar” de manera similar a un ser humano.

3 Alan Turing, “Computing Machinery and Intelligence”, *Mind* 59, n.º. 236 (octubre de 1950): 433-40, <https://www.jstor.org/stable/2251299?origin=JSTOR-pdf>.

4 Luis Henao, “Inteligencia artificial generativa y la propiedad industrial: retos en la regulación normativa”, tesis de grado, Universidad Libre, Seccional Pereira, 2024, 14-5, <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/28024/Inteligencia%20artificial%20generativa%20y%20la%20propiedad%20industrial%20Retos%20en%20la%20regulaci%C3%B3n%20normativa.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.

humanas mediante la creación y utilización de máquinas y computadoras”⁵, así, constituye la capacidad de las máquinas para realizar tareas que, cuando son desarrolladas por seres humanos, requieren inteligencia, esta última entendida como un conjunto de capacidades de procesamiento diversificado de información⁶. Esta definición ha evolucionado significativamente, dando lugar a diversas clasificaciones y aplicaciones prácticas. Entre las distintas categorizaciones posibles, una distinción fundamental radica en la capacidad y el alcance de la IA, de la que destacan la IA débil y la IA fuerte.

La IA débil (en adelante IAD) comprende sistemas de IA diseñados y entrenados para realizar tareas específicas que son limitadas, sin tener este sistema una comprensión general o conciencia, sino que ejecuta funciones predefinidas mediante algoritmos y datos⁷. Es decir, no puede adaptarse a situaciones nuevas o desconocidas, ya que no razona sobre el contexto más amplio en el que opera, mucho menos reflexiona⁸. Existen algunos ejemplos de IAD, entre los que destaca ChatGPT, uno de los sistemas de inteligencia artificial más importantes de este tiempo, que se autodefine en 2024 de este modo:

Soy ChatGPT, una inteligencia artificial creada por OpenAI. No soy humano y no tengo emociones ni sensaciones. Funciono a través de una red neuronal entrenada en vastos textos para comprender y generar lenguaje natural. Aprendí ajustando mis parámetros para predecir la siguiente palabra en secuencias de texto. Mis capacidades incluyen responder preguntas y generar texto, pero tengo limitaciones y mi conocimiento se detiene en 2023⁹.

Por su parte, IA fuerte abarca la: “Ciencia e ingeniería que permitirá replicar la inteligencia humana mediante máquinas [...], aquel sistema que es capaz de aplicarse a una gran variedad de problemas y dominios diferentes”¹⁰. A la fecha, no se conoce de la existencia de este tipo de IA, que abarcaría todos los sistemas que fuesen capaces de tomar decisiones de manera independiente, al igual que una persona, con autonomía y conciencia.

2.2 INTELIGENCIA ARTIFICIAL GENERATIVA

Tal como se ha evidenciado, la IA no es un tema actual, puesto que ha evolucionado a través de los años, lo que trae consigo una nueva era para la IA

5 Sonia Mora González, “Máquinas inteligentes (*Smart Machines*)”, *Investiga TEC*, n.º. 29 (mayo de 2017): 15, https://revistas.tec.ac.cr/index.php/investiga_tec/article/view/3142.

6 Margaret Boden, *Artificial Intelligence: A Very Short Introduction* (Nueva York: Oxford University Press, 2018), 2.

7 Stuart Russell y Peter Norvig, *Artificial Intelligence: A Modern Approach* (Nueva Jersey: Prentice Hall, 2010), 27.

8 Fabio Morandín-Ahuerma, “What is Artificial Intelligence?”, *International Journal of Research Publications and Reviews* 3, n.º. 12 (diciembre de 2022): 1947-51, <https://doi.org/10.55248/gengpi.2022.31261>.

9 Chat GPT-4º de OpenAI, respuesta de inteligencia artificial a la pregunta de la autora, conversación, 3 de junio de 2024.

10 Ramón de Mántaras, “Algunas reflexiones sobre el presente y futuro de la inteligencia artificial”, *Novatica*, n.º. 234 (octubre-diciembre de 2015): 97-101, <https://digital.csic.es/bitstream/10261/136978/1/NOV234%282015%2997-101.pdf>.

y la humanidad. Un claro ejemplo de esta afirmación es la inteligencia artificial generativa (en adelante IAG) que representa una notable evolución de la denominada IAD, caracterizándose por su capacidad para crear contenido nuevo y original, ya sea en forma de texto, imágenes, música o incluso invenciones técnicas¹¹.

La IAG está compuesta de configuraciones avanzadas para potenciar su entrenamiento, que surgen del aprendizaje automático (en adelante AA) o *machine learning*. El AA comprende “una rama de la IA que busca que las máquinas sean capaces de aprender, mediante la generación de conocimiento a partir de un conjunto de experiencias”¹², lo que implica que la IAG aprende sin ser programada de manera específica para hacerlo, mediante el desarrollo de algoritmos que reconozcan patrones en datos y los usen para predecir una respuesta o tomar decisiones informadas en el futuro¹³.

Una de las principales técnicas utilizadas en el AA, son las redes neuronales profundas, un conjunto de unidades básicas de procesamiento de datos que extraen, de una premisa, determinadas respuestas fundamentadas en una función matemática previamente programada¹⁴. Al ser programadas para superponerse entre ellas, imitan al cerebro, convirtiendo el sistema en uno de carácter adaptativo, capaz de aprender conceptos más abstractos y complejos, de manera ilimitada¹⁵. Mediante este proceso, denominado *aprendizaje profundo* (en adelante AP), las redes neuronales artificiales aprenden con un conjunto de patrones de entrenamientos para escoger el que más se ajusta a los datos que se les proporciona. Como consecuencia surgen las denominadas redes generativas antagónicas (en adelante GAN, por sus siglas en inglés), que comprenden un desarrollo innovador para el AP.

Las GAN consisten en dos redes neuronales que compiten entre sí: una red que genera y otra que discrimina. La red generadora (en adelante RG) crea datos sintéticos, mientras que la red discriminadora (en adelante RD) evalúa estos datos en comparación con datos reales, con el objetivo de distinguir entre ambos. En este proceso competitivo, la RG se encarga de generar datos que no se puedan distinguir de los reales, que inicialmente son fácilmente reconocibles como falsos por la RD. Mientras el proceso de entrenamiento de estas dos redes avanza, la RG comienza a generar datos más realistas y la RD

11 Ibid.

12 Jesús de Rosendo, “La patentabilidad de las invenciones creadas por inteligencia artificial: ¿puede una inteligencia artificial ser considerada inventor en una solicitud de patente?”, tesis de grado, Universidad Pontificia Comillas, 2022, <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/61825>.

13 Tom Mitchell, *Machine Learning* (Nueva York: McGraw-Hill, 1997), 21.

14 Damián Match, “Redes neuronales: conceptos básicos y aplicaciones”, tesis de grado, Universidad Tecnológica Nacional, 2001, 8-10, https://www.frro.utn.edu.ar/repositorio/catedras/quimica/5_anio/orientadora1/monograias/match-redesneuronales.pdf.

15 Ian Goodfellow, Yoshua Bengio y Aaron Courville, *Deep Learning* (Cambridge: MIT Press, 2016), 142.

perfecciona su capacidad de identificar datos falsos¹⁶.

De todo lo anterior se desprende que la IAG usa un sistema de redes neuronales fundamentadas en el AP, destacando a las GAN como una de sus principales técnicas. Dicho aprendizaje radica en la calidad y cantidad de datos con los que se entrena. Entonces, la IAG puede entenderse como una categoría de la IA, basada en el AP, con enfoque en generar contenido original basado en información ya existente, algoritmos y GAN para aprender de los datos con los que se entrena y así generar contenido novedoso¹⁷.

3. APROXIMACIONES AL DERECHO DE PATENTES

3.1 GÉNESIS DEL DERECHO DE PATENTES

El origen del derecho de patentes, vinculado estrechamente a la propiedad industrial, ha sido influenciado por los cambios sociales, económicos y tecnológicos a lo largo de la historia. Aunque en las antiguas Grecia y Roma se reconocían las creaciones artísticas e intelectuales, no existió un sistema formal de protección económica para los autores o inventores. En Roma, el derecho mantuvo su enfoque esencialmente en la propiedad del soporte físico de la creación, más que en la creación en sí misma¹⁸. La evolución de los derechos de autor no se tratará en profundidad considerando el enfoque de este trabajo en el derecho de patentes.

El primer marco normativo formal para la protección de invenciones surgió con la Ley Veneciana de 1474 en Italia¹⁹. Esta ley permitía a los inventores obtener un monopolio de diez años sobre sus invenciones, incentivando la innovación al otorgar beneficios económicos a quienes desarrollaban nuevos conceptos en beneficio del Estado²⁰. Este modelo legislativo, que premiaba el ingenio con derechos exclusivos, sirvió de referencia para otras naciones que comenzaron a desarrollar sus propias regulaciones en materia de invención.

En Inglaterra, la promulgación del Estatuto de Monopolios en 1624 representó un hito fundamental en la evolución del derecho de patentes. Esta legislación limitaba los monopolios que la Corona podía conceder únicamente a las invenciones que fueran verdaderamente nuevas y útiles, estableciendo así un marco legal que protegía a los inventores y restringía el abuso de privilegios

16 Alec Radford, Luke Metz y Soumith Chintala, "Unsupervised Representation Learning with Deep Convolutional Generative Adversarial Networks", *International Conference on Learning Representations* (abril de 2016): 2, <https://arxiv.org/abs/1511.06434>.

17 Ibid.

18 Alberta Zanata, "El derecho de la propiedad intelectual en la era digital", tesis de maestría, Universidad Internacional de la Rioja, 2017, <https://reunir.unir.net/handle/123456789/6513>.

19 Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), *Aprender del pasado para crear el futuro* (s. l.: OMPI, 2007): 22, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/patents/925/wipo_pub_925.pdf.

20 Bruce Bugbee, "The Genesis of American Patent and Copyright Law", *The Journal of American History* 54, n.º. 4 (marzo de 1968): 13-4, <https://academic.oup.com/jah/article-abstract/54/4/870/798983>.

reales²¹. La prohibición de conceder privilegios excepto al “primer y verdadero inventor” y la abolición de todos los monopolios marcó un giro histórico, eliminando el privilegio del monarca y centrando la protección legal en la persona que imaginó la invención²². Este cambio fue crucial para posicionar al inventor en el centro del derecho de patentes, reconociendo la importancia del ingenio para promover el progreso de la ciencia y la creación de invenciones útiles para la sociedad.

El impacto de la Ley de Monopolios en Inglaterra fue profundo y tuvo una considerable influencia en el desarrollo de la legislación de patentes en toda Europa. La idea innovadora de centrar la protección en el inventor se extendió a varias jurisdicciones, y este principio ganó aún más relevancia en las décadas siguientes. En la Conferencia de Revisión del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, celebrada en Londres en 1934, se introdujo el “derecho a ser mencionado en la patente” en favor del inventor, lo que impulsó cambios sustanciales en las legislaciones nacionales de patentes. En Alemania, la legislación de patentes concentró su atención en el “inventor” dejando atrás al mero concepto de “solicitante”²³.

El desarrollo del derecho de patentes continuó expandiéndose en el mundo, siendo uno de los hitos más importantes la firma del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial el 20 de marzo de 1883. Este tratado internacional buscaba armonizar y proteger los derechos de propiedad industrial a nivel global, fomentando la innovación y el comercio entre las naciones. El Convenio de París fue fundamental para establecer un marco de cooperación internacional en materia de patentes, sentando las bases para el sistema de patentes que conocemos hoy.

A lo largo del siglo XX, el derecho de patentes se consolidó aún más con la creación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante OMPI) en 1967, que se convirtió en la principal entidad encargada de la protección y promoción de la propiedad intelectual en el mundo. Este desarrollo reflejó la importancia creciente de la propiedad industrial en un entorno global cada vez más interconectado y tecnológico²⁴.

En América Latina, específicamente en Ecuador, el reconocimiento de los derechos de propiedad intelectual comenzó a consolidarse en el siglo XIX. La Constitución Política de 1835²⁵ mencionó por primera vez estos derechos. En 1928, Ecuador se adhirió a la Convención de Berna, sentando las bases

21 Ibid., 18-9.

22 OMPI, “La inteligencia artificial (IA) y la calidad de inventor”, *Comité Permanente sobre el Derecho de Patentes* (septiembre de 2023):10, https://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/es/scp_35/scp_35_7.pdf.

23 OMPI, “La inteligencia artificial (IA) y la calidad de inventor”, 9.

24 OMPI, “World Intellectual Property Indicators 2019”, *World Intellectual Property Indicators* (2019): 45, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_941_2019.pdf.

25 Constitución de la República del Ecuador, Decreto Legislativo 000, Registro Auténtico 1835, 13 de agosto de 1835.

para su integración en el sistema internacional de protección de la propiedad intelectual. En 1998, el país reconoció a la OMPI como autoridad competente en la materia; un año después, en 1999, suscribió el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, alineándose con las normas internacionales.

La adhesión de Ecuador a la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC) en el año 2000 implicó el cumplimiento del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante ADPIC), promoviendo una mayor armonización con las normativas globales²⁶. Además, en diciembre del mismo año, Ecuador adoptó la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante Decisión 486), que estableció un régimen común sobre propiedad industrial para los países miembros.

La Constitución de 2008 reestructuró las normas nacionales en esta materia, buscando equilibrar la protección de los derechos de propiedad intelectual con el acceso al conocimiento y la salud pública. Finalmente, en 2016, se promulgó el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación (en adelante COESCCI), normativa que regula la propiedad intelectual en Ecuador en la actualidad.

La evolución del derecho de patentes, tanto a nivel global como en Ecuador, demuestra cómo este sistema legal ha pasado de ser un derecho inexistente a ser un privilegio otorgado por monarcas que posteriormente se convirtió en un “contrato social” entre el inventor y la sociedad. Esta manifestación ha sido fundamental para resaltar la importancia del ingenio humano y fomentar el progreso científico, estableciendo un marco jurídico que continúa siendo esencial para la protección de la innovación y el desarrollo tecnológico en el mundo.

3.2 EL CONCEPTO DEL DERECHO DE PATENTES

Para conceptualizar al derecho de patentes es menester resaltar que, en Ecuador, este forma parte de la propiedad intelectual (en adelante PI) que “se refiere en

26 Servicio Nacional de Derechos Intelectuales. “Crónica IEPI cumple 16 años al servicio de la propiedad intelectual en el Ecuador”, *Servicio Nacional de Derechos Intelectuales*, última consulta 22 de octubre de 2024, <https://www.derechosintelectuales.gob.ec/iepi-cumple-16-anos-al-servicio-de-la-propiedad-intelectual-en-el-ecuador>.

general a todas las creaciones del intelecto”²⁷ y que los derechos de propiedad intelectual comprenden principalmente a los derechos de autor y derechos conexos, la propiedad industrial y las obtenciones vegetales²⁸. En concreto, forma parte de la denominada propiedad industrial²⁹ y protege a los inventos que no son otra cosa que la solución a un problema técnico generalizado en la especie humana³⁰. El mismo problema puede abarcar distintas soluciones, lo que se traduce en varias ideas inventivas que pueden ser evidenciadas por la misma o distintas personas y que son comunicadas o transmitidas por el inventor a la sociedad, a cambio de obtener un monopolio temporal para explotarlas con carácter exclusivo entendido como “patente”, lo que adquiere especial significación en un sistema de libre competencia en el que, en principio, no deberían existir privilegios³¹.

3.3 PROPÓSITOS DEL DERECHO DE PATENTES

El derecho de patentes mantiene varios propósitos que por motivo de este documento serán descritos de la siguiente forma:

Fomento de la innovación y desarrollo tecnológico: se precisa el concepto de innovación, entendida como el proceso de desarrollo y aplicación de ideas nuevas o mejoradas que pueden abarcar procesos, productos, servicios, entre otros, que resultan en un avance significativo en la tecnología y generalmente aportan valor añadido³². El propósito del derecho de patentes consiste en fomentar la innovación otorgando a los inventores ciertos derechos exclusivos por un tiempo finito en relación con sus invenciones para que la inversión previamente realizada se recupere³³.

Divulgación de información técnica: la regla general para el sistema de patentes es que los inventores deben revelar todo sobre su invención en el documento de solicitud de patente. Cuando se concede una patente, y de acuerdo con la legislación aplicable, los detalles técnicos de la invención se publican en un documento de patente accesible a través de bases de datos públicas. Esta

27 OMPI, *Principios básicos de la propiedad industrial* (Ginebra: OMPI, 2016), 5, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_895_2016.pdf.

28 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos [COESCCI]. R. O. Suplemento 899 del 9 de diciembre de 2016.

29 Al respecto, y según la Cámara de Comercio de España, la propiedad industrial es el término bajo el cual se reconocen los derechos que protegen a los innovadores para que puedan llevar a cabo sus actividades en el mercado con seguridad y con una protección adecuada contra las terceras partes. Cámara de Comercio de España, “¿Cómo proteger la innovación?”, *Propiedad Industrial e Intelectual*, <https://www.camara.es/innovacion-y-competitividad/proteger-la-innovacion/propiedad-industrial>.

30 Baldo Kresalja, “Los objetivos del derecho de patentes: notas sobre su evolución”, *Thēmis Revista de Derecho* n°. 36 (1997): 155, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11733>.

31 *Ibid.*, 156.

32 Melissa Schilling, *Strategic Management of Technological Innovation* (Nueva York: McGraw Hill Education, 2016), 4.

33 *Ibid.*

divulgación permite que otros inventores y empresas conozcan los avances tecnológicos, fomentando así que otros individuos investigadores y desarrolladores puedan generar innovaciones sobre la investigación ya hecha³⁴.

Protección de los derechos del inventor: mediante el derecho de patentes se protegen los derechos del titular de la patente, otorgándole un derecho exclusivo de explotar su propia invención con fines comerciales; esto permite a los inventores proteger su invención de otras personas que podrían manufacturar, usar, vender o importar la invención que no les pertenece sin autorización. La regla de exclusividad permite a los inventores recuperar el costo y obtener alguna utilidad económica de la invención. La protección de los derechos del inventor es fundamental para garantizar que los inventores reciban el reconocimiento y las recompensas financieras correspondientes por sus contribuciones³⁵.

Fomento de competitividad económica: las patentes resultan muy críticas desde el punto de vista de la competitividad económica, ya que otorgan a las empresas la oportunidad de salvaguardar sus innovaciones y obtener una ventaja competitiva en el mercado. Esto no solo incentiva la inversión en I+D³⁶, sino que también promueve la competencia sana entre empresas, lo que resulta en una mayor calidad y diversidad de productos y servicios disponibles para los consumidores³⁷.

Es importante destacar que el derecho de patentes no se centra prioritariamente en proteger la “propiedad” del inventor sobre su invento, sino en asegurar que el conocimiento asociado a la invención sea comunicado a la sociedad para un desarrollo tecnológico continuo, para lo cual genera protecciones específicas. Por estas razones, se concede la “patente de invención”, una institución del ordenamiento jurídico diseñada para fomentar el progreso técnico que busca equilibrar los intereses públicos y privados a través de la innovación, asegurando que los beneficios del progreso técnico sean accesibles a la sociedad en general³⁸.

34 OMPI, *Understanding Industrial Property* (Ginebra: OMPI, 2016), 45, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_895_2016.pdf.

35 OMPI, “Mauritania reconoce la importancia de la propiedad intelectual”, *WIPO Magazine*, n.º. 4 (diciembre de 2022): 5, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/wipo_pub_121_2002_04.pdf.

36 I+D significa “investigación y desarrollo”. Se refiere a las actividades dedicadas a la innovación, mejora y creación de nuevos productos, servicios o procesos, mediante la investigación científica y el desarrollo tecnológico. Fernando García, “Conceptos sobre innovación”, *Asociación Colombiana de Facultades de Ingeniería* (octubre 2012): 1, https://www.acofi.edu.co/wp-content/uploads/2013/08/DOC_PE_Conceptos_Innovacion.pdf.

37 OMPI, “La I+D, la innovación y las patentes”, *OMPI*, último acceso 22 de octubre de 2024, <https://www.wipo.int/patent-law/es/developments/research.html>.

38 Ibid.

3.4 REQUISITOS DE UNA PATENTE

El Tratado de Cooperación en Materia de Patentes instituye, en su artículo 33, que el examen preliminar de internacional analizará si la “invención reivindicada parece ser nueva, implica actividad inventiva (no es evidente) y es susceptible de aplicación industrial”³⁹. Complementa esta disposición el ADPIC que, en su artículo 27, establece que las patentes podrán obtenerse siempre y cuando sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial⁴⁰. Ambos criterios han sido adoptados por los países adheridos a la OMPI y que forman parte de la Organización de Libre Comercio de manera respectiva. Por su parte, la Decisión 486, mediante su artículo 14, prescribe que estas deben ser nuevas⁴¹, tener nivel inventivo⁴² y ser susceptibles de aplicación industrial⁴³.

3.5 DEL CONCEPTO DE INVENTOR

En el derecho de patentes, el concepto de “inventor” es crucial, pues designa a la persona que concibe la invención. Este reconocimiento, que ha evolucionado con el tiempo, representa tanto la personalidad de las patentes, así como la propiedad que estas otorgan. La identificación del inventor es inmutable, lo que significa que no cambia con el tiempo, otorgándole a su vez derechos morales que no pueden ser transferidos⁴⁴. En contraste, la titularidad de la patente es dinámica, pues otorga derechos patrimoniales y permite la cesión de estos a terceros⁴⁵.

Dado que el inventor puede transferir su derecho a obtener una patente, muchas jurisdicciones exigen una declaración que garantice el origen de este derecho. Por ejemplo, la Decisión 486 de la Comunidad Andina requiere la presentación de un documento que certifique la cesión del derecho del inventor al solicitante⁴⁶. En Ecuador, la transferencia de una patente, ya sea por acto entre vivos o por sucesión, debe ser registrada ante la autoridad competente⁴⁷. Además de los derechos patrimoniales, los inventores mantienen derechos morales, como el derecho a ser mencionados en la patente, tal como lo describe, por ejemplo, la Regla 20.1 del Reglamento de Ejecución del Convenio

39 Tratado de Cooperación en Materia de Patentes, Washington, 19 de junio de 1970.

40 Artículos 3, 33, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, Marrakech, 15 de abril de 1994.

41 No debe estar comprendida en el estado de la técnica, es decir, no debe haber sido conocida previamente por el público. Artículo 16, Decisión 486, Lima, 1 de diciembre de 2000.

42 La invención no debe ser obvia ni derivarse de manera evidente del estado de la técnica para una persona con conocimientos y habilidades normales en el campo técnico correspondiente. Artículo 18, Decisión 486.

43 Su objeto pueda ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, entendiéndose por industria la referida a cualquier actividad productiva, incluidos los servicios. Artículo 19, Decisión 486.

44 OMPI, “La inteligencia artificial (IA) y la calidad de inventor”, 14.

45 *Ibid.*

46 Artículo 26, Decisión 486.

47 Artículo 297, COESCCI.

sobre Concesión de Patentes Europeas. Según este cuerpo normativo, el inventor debe ser mencionado en la publicación de la solicitud de patente europea, a menos que renuncie a este derecho. Instrumentos jurídicos regionales, como los de la Comunidad Andina, también otorgan al inventor el derecho a ser mencionado, con la posibilidad de renunciar a dicho derecho⁴⁸.

En la legislación española, el “inventor” es quien participa activamente en la concepción y el desarrollo de la invención y es necesariamente una persona. Este título no se concede a quienes simplemente ejecutan tareas sin aportar creatividad significativa⁴⁹. Este enfoque se refleja en la doctrina y jurisprudencia, que distingue entre los ideólogos de la invención y los ejecutantes técnicos. Francia también reconoce como inventor a la persona que desempeña un papel crucial en la formalización y el desarrollo de la invención, excluyendo a aquellos cuya contribución se limita a tareas de ejecución o coordinación sin implicar un aporte inventivo significativo⁵⁰.

En la Comunidad Andina, la Decisión 486 establece que el inventor es el titular de la patente y debe ser una persona natural⁵¹. Ecuador, mediante su Código Ingenios, sigue esta normativa, alineando el reconocimiento del inventor con las normativas regionales e internacionales⁵². Además, se protege el derecho del inventor a ser mencionado en la patente, derecho que no es transferible y está resguardado por diversas normativas, incluyendo el Convenio de París.

Por otro lado, la legislación de Sudáfrica, regida por la Patents Act 57 of 1978, no especifica que el inventor deba ser una persona natural. La Patents Act permite que una patente sea solicitada por “el inventor o cualquier otra persona que derive derechos del inventor”⁵³, lo que permite interpretaciones más flexibles respecto de quién puede ser considerado inventor.

Finalmente, el concepto de inventor ha sido ampliamente discutido en la doctrina jurídica, adquiriendo una definición que va más allá de la mera autoría creativa para incluir elementos de contribución técnica significativa. Según Dworkin, un inventor es aquella persona que realiza una invención mediante una combinación de habilidades técnicas y conocimiento especializado, aportando una solución nueva y no obvia a un problema técnico específico⁵⁴.

La definición doctrinal enfatiza la necesidad de una participación directa en el proceso de creación, excluyendo a aquellos que simplemente financian o

48 Artículo 24, Decisión 486.

49 OMPI, “La inteligencia artificial (IA) y la calidad de inventor”, 14.

50 Ibid.

51 Artículo 22, Decisión 486.

52 Artículo 275, COESCCI.

53 Artículo 27(1)(a), Patents Act 57, Sudáfrica, 1 de enero de 1979.

54 Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Cambridge: Harvard University Press, 2013), 47.

inspiran la invención sin contribuir técnicamente. Este enfoque resalta que el inventor debe tener una comprensión completa del proceso inventivo y ser capaz de describir detalladamente la invención⁵⁵. Así, la doctrina jurídica establece un marco claro que delimita el papel del inventor, insistiendo en la importancia de la contribución técnica directa y el conocimiento especializado para la validación de una invención.

4. CONVERGENCIA ENTRE LA IAG Y EL DERECHO DE PATENTES

La relación entre la IAG y el derecho de patentes conforma un debate crucial hoy en día: la posibilidad de que las máquinas puedan inventar e incluso crear de manera casi autónoma. Con tecnologías avanzadas como las mencionadas en el apartado número 2, la IA —esencialmente IAG— ha demostrado una notable capacidad para producir contenido original, que va desde obras artísticas hasta invenciones técnicas. Este avance desafía las nociones tradicionales de creatividad e innovación, que se han considerado durante mucho tiempo como cualidades exclusivamente humanas, pues ahora el inventor podría ya no ser humano.

A medida que la IAG emerge como una fuerza creativa e inventiva, se hace evidente la necesidad de reevaluar los marcos legales y éticos del derecho de patentes, esencialmente respecto al inventor, al igual que se ha hecho históricamente. A continuación, se examina el desafío actual de adaptar las leyes de derecho de patentes para reconocer y proteger las creaciones generadas por IA en general, abordando tanto los argumentos a favor como los desafíos éticos y legales que esta nueva realidad plantea.

4.1 SITUACIÓN ACTUAL

4.1.1 DEL INVENTOR ARTIFICIAL: CASO DABUS

Esta sección abarca un caso actual de crucial relevancia sobre la posibilidad de entender a la IA como inventora. Como breve introducción, el Dr. Stephen Thaler⁵⁶, junto con Ryan Abbott⁵⁷ y otros expertos en IA y propiedad industrial han trabajado durante varios años en el Proyecto Inventor Artificial (*The Artificial Inventor Project*). Este proyecto tiene como objetivo plantear el

55 Milton Springut, “Patent Inventorship Under Scrutiny and the Significance of Inventor Contributions”, *Moses Singer Publications* (junio de 2023), <https://www.mosesinger.com/publications/patent-inventorship-under-scrutiny-and-the-significance-of-inventor-contributions>.

56 Stephen Thaler es un investigador y empresario estadounidense conocido por sus trabajos en inteligencia artificial y computación creativa. Ver American Council for Technology and Industry Advisory Council, “Dr. Stephen Thaler, PhD”, *American Council for Technology and Industry Advisory Council*, último acceso 22 de octubre de 2024, <https://www.actiac.org/bio/dr-stephen-thaler-phd>.

57 Ryan Abbott es un profesor de Derecho y Medicina. Ver Brown Neri Smith & Khan, LLP, “Ryan Abbott”, BNS&K, último acceso 22 de octubre de 2024, <https://bnsklaw.com/attorneys/ryan-abbott/>.

debate en diversas jurisdicciones sobre si la inteligencia artificial debe ser reconocida como inventora⁵⁸. Para este propósito han presentado varias solicitudes de patente para dos invenciones desarrolladas por la inteligencia artificial creada por Thaler que se exponen con brevedad. Estas solicitudes fueron presentadas ante las oficinas de patentes de diferentes países, incluyendo Estados Unidos, Reino Unido, Sudáfrica y Australia⁵⁹, mismas que se tratarán en este apartado.

DABUS es una inteligencia artificial cuyo nombre proviene de *Device for the Autonomous Bootstrapping of Unified Sentience* (Dispositivo para el Impulso Autónomo de la Conciencia Unificada). Esta IA se creó sin ser instruida en el tipo de resultados que se desearía que extraiga de los datos que analiza⁶⁰, lo que resalta la capacidad casi autónoma de la IA para generar invenciones. Esto impulsa la discusión sobre su potencial reconocimiento legal como inventora.

El caso de DABUS se remonta a 2019, cuando Abbott, representando a Thaler, presentó solicitudes de patentes en diversas oficinas alrededor del mundo, revelando que el supuesto inventor era un sistema de inteligencia artificial. La intención fue que su creador, Thaler, fuera reconocido como causahabiente de DABUS, transfiriéndosele los derechos que se buscaba otorgar a este sistema de IA. Las invenciones objeto de estas patentes consistieron en un contenedor de comida y dispositivos y métodos para atraer atención. La primera invención se describe como un contenedor de comida mejorado, que también puede utilizarse para bebidas u otros productos líquidos. La segunda invención incluye métodos para producir y proporcionar pulsos a una luz LED o lámpara a una frecuencia y una dimensión fractal altamente reconocible para los seres humanos. Esta técnica se basa en el mismo ritmo en el que las ideas son reconocidas y formadas tanto por el cerebro humano como por máquinas creativas⁶¹.

Con una comprensión más clara de los hechos del caso DABUS, a continuación se exponen los argumentos utilizados por las entidades, así como autoridades judiciales involucradas. Es importante destacar que las solicitudes de patente que pretendían declarar a DABUS como inventor no fueron rechazadas por incumplir los requisitos de patentabilidad, como novedad, aplicación industrial o actividad inventiva. En cambio, el rechazo se basó en la interpretación legal de quién puede ser reconocido formalmente como inventor. En este contexto, una opinión disidente enriquece la discusión, sugiriendo que la normativa de patentes debería evolucionar para reflejar las capacidades

58 De Rosendo, "La patentabilidad de las invenciones creadas por inteligencia artificial", 13.

59 Ibid., 17.

60 Ibid.

61 Daniel Moncayo y David Vásquez, "El derecho de la propiedad intelectual puesto a prueba: inteligencia artificial con capacidad inventiva", *La Propiedad Inmaterial*, n.º. 35 (junio de 2023): 147-75, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/8799>.

creativas de la inteligencia artificial, señalando un posible camino hacia futuras reformas legales.

4.1.2 DECISIONES EN CONTRA

La Oficina de Patentes Europea (en adelante OPE) rechazó en el año 2019 las dos solicitudes de patentes. Los rechazos en la OPE fueron confirmados al considerar que, solo un humano podría ser inventor, pues, en el sentido del convenio y el significado corriente de la palabra “inventor” hace referencia a una persona con capacidad jurídica. Por esta razón, designar una máquina como inventora no cumplía con los requisitos. En segundo lugar, la sección receptora opinó que una máquina no podía transferir ningún derecho al solicitante.

La declaración de que el solicitante era sucesor en derecho porque era propietario de la máquina no cumplía con los requisitos del artículo 81 de la Convención sobre la Patente Europea (en adelante CPE), en conjunto con los artículos 58 y 60 del mismo convenio, al no contar DABUS con una personalidad jurídica que le permita gozar de derechos y a su vez transmitirlos, por lo cual no podría existir una relación legal que permitiera a su creador figurar como sucesor o posible receptor de los derechos de este sistema de inteligencia artificial. Esta decisión fue respaldada por la Cámara de Recursos de la OPE⁶².

La Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos (en adelante USPTO) rechazó las solicitudes, argumentando que carecían de un inventor válido, pues la Ley de Patentes de Estados Unidos requiere que el inventor sea un individuo, es decir, una persona natural, por lo que la solicitud estaba incompleta. El creador de DABUS solicitó la reconsideración, pero la USPTO mantuvo su decisión⁶³.

En el año 2021, el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Virginia concluyó que, según la Ley de Patentes de estadounidense, un inventor debe ser una persona natural. La interpretación de “individual” en dicha ley se refiere a un ser humano, basándose en el uso de pronombres personales y la necesidad de que los inventores presenten una declaración jurada o declaración afirmando su inventiva⁶⁴.

En el año 2022, la Corte de Apelaciones del Circuito Federal de los Estados

62 European Patent Office, “Decisions on DABUS Patent Applications”, *European Patent Office* (2020), <https://www.epo.org/en/boards-of-appeal/decisions/j200008eu1>.

63 Reed Smith, “Sorry, DABUS: AI Cannot Be an Inventor on a U.S. Patent”, *Reed Smith Client Alerts* (agosto de 2022), <https://www.reedsmith.com/en/perspectives/2022/08/sorry-dabus-ai-cannot-be-an-inventor-on-a-us-patent>.

64 Stephen Thaler c. Katherine K. Vidal, Corte de Apelaciones para el Circuito Federal, 5 de agosto de 2022, https://cafc.uscourts.gov/opinions-orders/21-2347.OPINION.8-5-2022_1988142.pdf.

Estados Unidos confirmó la decisión del Tribunal de Distrito después de citar un precedente de vital importancia⁶⁵ y determinó que la Ley de Patentes de Estados Unidos establece que un inventor debe ser una persona natural y que el significado ordinario de *individual* es un ser humano. Esta corte expuso que, aunque no estaba decidiendo si una inteligencia artificial puede formar creencias, nada en la documentación del caso mostró que DABUS se considerara a sí misma como inventora y así lo jurara, y que precisamente fue su creador, no la inteligencia artificial, el que declaró quién creía que era el inventor original. En el año 2023, la Corte Suprema de Estados Unidos decidió no escuchar la apelación, ratificando la decisión del Circuito Federal. La Corte Suprema no emitió una opinión, pero su negativa a revisar el caso reafirma que, bajo la ley actual, solo los humanos pueden ser reconocidos como inventores en las solicitudes de patente en Estados Unidos⁶⁶.

En el caso de Reino Unido, la Oficina de Propiedad Intelectual del Reino Unido (en adelante UKIPO) rechazó inicialmente las solicitudes en diciembre de 2019, argumentando que DABUS no podía ser nombrada inventora al no ser una persona, según lo prescrito en la ley⁶⁷. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Superior y posteriormente por la Corte de Apelaciones que enfatizó el requerimiento de la legislación vigente que el inventor sea humano y que la inclusión de una IA como inventor es jurídicamente inviable⁶⁸. Finalmente, en diciembre de 2023, la Corte Suprema del Reino Unido sostuvo esta interpretación en una decisión unánime, concluyendo que el término *inventor* hace referencia a una persona natural y que las leyes actuales no contemplan a las máquinas como inventoras.

Cabe resaltar que Lord Justice Birss, magistrado de la Corte de Apelaciones de Reino Unido, mediante su opinión disidente, realizó una interesante recapitulación de la historia de la legislación de ese país en materia de patentes, en la que narra cómo el paso a la Patents Act 1997 trajo consigo como cambio que la denominación de *true and first inventor* fuera reemplazada por el *actual deviser* y que los solicitantes en esa transición dejaron de estar obligados por ley a nombrar el inventor. Simplemente deben nombrar quién creen que es el inventor y cualquier controversia que existiera frente a esta afirmación no es relevante para decidir si se garantiza la patente. Por lo tanto, este magistrado consideró que la información provista por Thaler había cumplido con los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico vigente, pues declaró que creía que ninguna persona habría sido la inventora, sino más bien una máquina, e indicó el origen del que provenía su derecho a la patente: de la

65 Ver *University of Utah v. Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, Corte de Apelaciones para el Circuito Federal, 23 de marzo de 2017.

66 Smith, "Sorry, DABUS".

67 De Rosendo, "La patentabilidad de las invenciones creadas por inteligencia artificial", 31.

68 Ibid.

creación y propiedad de esa máquina, DABUS⁶⁹.

4.1.3 DECISIONES DIVERGENTES

Cabe resaltar que para Sudáfrica, DABUS solo presentó la solicitud respecto a la segunda invención que incluye métodos para producir y proporcionar pulsos a una luz LED o lámpara a una frecuencia y una dimensión fractal altamente reconocible para los seres humanos. En este caso, la Oficina de Propiedad Intelectual de Sudáfrica (en adelante CIPC) aplicó un sistema de depósito, mismo que requiere un escrutinio menos riguroso, específico de dicha legislación, permitiendo así la concesión de la patente sin un examen sustantivo profundo. La decisión se basó en la falta de una definición específica de “inventor” en la ley de patentes sudafricana, lo que permitió interpretar que una IA podría ser reconocida como tal. La CIPC no consideró en profundidad el estado legal de la IA como inventor, enfocándose en cumplir con los requisitos formales de la solicitud⁷⁰.

En Australia se presentó la solicitud por las dos potenciales invenciones ya descritas. En julio de 2021, la Corte Federal de Australia falló a favor del creador de DABUS, determinando que una IA podía ser nombrada inventora. El juez argumentó que la Ley de Patentes de Australia de 1990 no definía explícitamente el concepto de inventor y no contenía ninguna disposición que excluyera a una IA de ser reconocida como tal y señaló que negar la patente a una invención creada por una IA sería inconsistente con el objetivo de la Ley de Patentes, que es promover la innovación. La sentencia enfatizó que las leyes de propiedad intelectual deben adaptarse a los avances tecnológicos y reconocer las nuevas realidades de las invenciones⁷¹.

Sin embargo, en abril de 2022, la Corte Federal de Apelaciones de Australia revocó esta decisión. La Corte concluyó que, según la interpretación tradicional de la Ley de Patentes, un inventor debe ser una persona natural. Argumentaron que las disposiciones de la ley y los precedentes legales implican que la invención es un acto mental que solo un ser humano puede realizar. La Corte también destacó que cualquier cambio en esta interpretación debe ser hecho por el parlamento y no por los tribunales, reafirmando la necesidad de que los inventores sean seres humanos⁷².

69 Stephen Thaler c. Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks, Royal Courts of Justice, High Court of Justice Business and Property Courts of England and Wales Intellectual Property List Patents Court, 21 de septiembre de 2021.

70 Ananaya Agrawal, “South Africa Approves World’s First Patent with AI Inventor”, *Jurist* (agosto de 2021), <https://www.jurist.org/news/2021/08/south-africa-approves-worlds-first-patent-with-ai-inventor>.

71 IPWatchdog, “DABUS Gets Its First Patent in South Africa Under Formalities Examination”, *IPWatchdog* (julio de 2021), <https://ipwatchdog.com/2021/07/29/dabus-gets-first-patent-south-africa-formalities-examination/id=136116>.

72 Ibid.

4.1.4 CONCLUSIONES PRELIMINARES

Una vez analizados los conceptos que dan origen a este documento, se precisa responder si la IA puede ser titular del derecho de patentes, para esto se resaltan esencialmente dos cuestiones. Primero, sobre el inventor: si uno de los objetivos fundamentales del derecho de patentes es la protección del inventor, cabe preguntarse si una IAG puede ser considerada inventora. La respuesta, en el contexto actual y global, es negativa, resaltando que únicamente las personas naturales o jurídicas pueden ser reconocidas como inventoras, ya que son los únicos sujetos de derechos.

En Ecuador, esencialmente, puede denominarse inventor a una persona natural, sin perjuicio de que esta persona pueda ceder los derechos de esta patente a otra persona, sea natural o jurídica. Esto plantea una cuestión crucial: ¿quién debería ser considerado el inventor? La persona que seleccionó los datos de entrenamiento, la que modificó un algoritmo para obtener un efecto técnico, aquella que identificó el problema o ¿quién? Hasta la fecha, no existen planteamientos legales definitivos sobre este tema, lo que subraya la necesidad de un debate y posibles reformas legislativas para abordar adecuadamente estas nuevas realidades tecnológicas.

Segundo, sobre la patente: la cuestión de si el contenido generado por una IAG puede ser considerado una patente se ejemplifica claramente en el caso DABUS, en el que las solicitudes fueron rechazadas debido a que la IAG no puede ser reconocida como inventora, mas no necesariamente por incumplimiento de requisitos para considerarse dicha innovación como un invento. Este análisis puede dividirse en tres elementos esenciales de una patente aplicados a la IA: novedad, capacidad inventiva y aplicación industrial.

Respecto a la novedad, en el contexto de la IAG, los resultados generados por esta tecnología podrían ser considerados novedosos si no han sido previamente divulgados⁷³. En cuanto a la capacidad inventiva, este concepto adquiere complejidad al relacionarlo con la IA, ya que lo que puede ser obvio para una máquina puede no serlo para un humano⁷⁴. Finalmente, respecto a la aplicación industrial, los resultados de una IAG cumplen claramente con el requisito, ya que las aplicaciones industriales de las invenciones generadas por IA son múltiples y variadas.

73 María Maroño, "El concepto de inventor en el derecho de patentes y los sistemas de inteligencia artificial", *Cuadernos de Derecho Transnacional* 12, n.º. 2 (octubre de 2020): 525, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/5619>.

74 La capacidad inventiva se mide generalmente utilizando el concepto de "experto en la materia", que tradicionalmente se refiere a una persona física con conocimientos medios en el campo relevante. Sin embargo, conforme la tecnología avanza, la definición de este experto puede necesitar adaptaciones, teniendo que reconsiderarse.

Se podría argumentar que la producción generada por una IAG podría ser considerada patente en cuanto a su novedad y aplicación industrial. La capacidad inventiva, como se ha discutido, se basa en el concepto de que una invención no debe ser obvia para un experto en la materia, una figura que tradicionalmente se refiere a una persona física con conocimientos en el campo relevante que, al hablar de IA, debería evolucionar.

4.1.5 CAPACIDAD INVENTIVA DE LA IA VS. LA CAPACIDAD INVENTIVA HUMANA

La capacidad inventiva, una de las características más valoradas en la innovación tecnológica y científica, ha sido tradicionalmente atribuida a la creatividad y el ingenio humanos. Sin embargo, la IA ha traído consigo un nuevo paradigma en este campo, por lo que se pretende explorar las diferencias fundamentales en la capacidad inventiva de la IA y los seres humanos, destacando aspectos clave expuestos a continuación. Aquí se presenta una tabla que ilustra las diferencias entre la capacidad inventiva de la IA y la de los seres humanos.

	IA	Humano
Capacidades analíticas y procesamiento de datos	<p>La IA tiene la capacidad de procesar y analizar grandes volúmenes de datos con una velocidad y precisión que supera con creces la capacidad humana. Esto le permite a la IA generar hipótesis, diseñar experimentos virtuales y evaluar resultados en un tiempo significativamente menor⁷⁵.</p>	<p>Aunque la capacidad humana para procesar datos es limitada en comparación con la IA, los humanos poseen una intuición y una habilidad para el pensamiento abstracto que la IA todavía no puede replicar por completo.</p> <p>La creatividad humana es compleja y está impulsada por la curiosidad, las emociones y la experiencia personal. La capacidad de pensar “fuera de la caja” y desafiar lo ya existente es una característica única de la creatividad humana⁷⁶.</p>
Colaboración, adaptabilidad y ética	<p>La IA puede colaborar con otros sistemas de IA y con humanos en entornos de trabajo híbridos y se combinan las fortalezas de ambos. La IA puede adaptarse y mejorar continuamente a través del aprendizaje automático, ajustando sus algoritmos y modelos en respuesta a nuevos datos. Sin embargo, su capacidad para la colaboración y adaptación está limitada por los algoritmos y datos disponibles⁷⁷. La IA carece de una comprensión inherente de la ética y la responsabilidad. La falta de conciencia y empatía en la IA plantea desafíos significativos en áreas donde las consideraciones morales son cruciales.</p>	<p>Los humanos son inherentemente colaborativos y pueden trabajar en equipos multidisciplinarios para abordar problemas complejos. La capacidad de adaptación humana es notable, ya que pueden ajustar sus enfoques y estrategias en respuesta a cambios en el entorno y a nuevos desafíos. Además, los humanos pueden incorporar valores éticos y juicios de valor en sus procesos de invención, algo que la IA aún no puede hacer de manera autónoma. Los inventores humanos pueden anticipar y evaluar las implicaciones éticas de sus invenciones y tienen la capacidad de actuar en consecuencia para minimizar los impactos negativos.</p>

75 Vincent Müller, “Ethics of Artificial Intelligence and Robotics”, *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (abril de 2020), <https://plato.stanford.edu/entries/ethics-ai/>.

76 Margaret Boden, *AI: Its Nature and Future* (Nueva York: Oxford University Press, 2016), 86.

77 Ibid.

4.2 ¿HAY UNA NUEVA ESPECIE EN LA TIERRA?

Según la revista *WIRED UK*, Thaler habría argumentado que el caso no se trata de sentar precedentes con la ley, sino de generar precedentes en términos de aceptación humana⁷⁸, subrayando que “hay una nueva especie aquí en la Tierra, y se llama DABUS”⁷⁹. Sin importar si por ahora una máquina es capaz de sentir o comportarse exactamente igual que un ser humano, este pronunciamiento abre la puerta a considerar una posible reinención de la propiedad intelectual y, en particular, del derecho de patentes; ahora la tecnología es capaz de, al menos, imitar el comportamiento humano. Se dice que también de actuar de manera autónoma, como lo proclamado en el caso DABUS, hecho que la autora no ha podido comprobar.

5. LAS DOS CARAS DE LA MONEDA

La humanidad se encuentra en el umbral de un cambio significativo impulsado por el progreso y la innovación tecnológica, elementos que son fundamentales en los objetivos del derecho de patentes, por lo que resulta imprescindible realizar algunas reflexiones sobre el impacto que tendría la consideración o no de una reforma respecto a la capacidad inventiva de la IA. Este análisis resulta crucial cuando se trata de adaptar el marco legal actual a las nuevas realidades tecnológicas, tal cual se ha realizado de manera histórica, garantizando que se siga promoviendo la innovación y el desarrollo sostenibles, al tiempo que se protegen adecuadamente los derechos de los inventores, ya sean humanos y quizá artificiales, y en general se preservan los objetivos del derecho de patentes.

Adicionalmente, evaluar estas implicaciones permite identificar los beneficios y desafíos asociados con la integración de las IA en el sistema de patentes y asegurar que las normativas legales respondan eficazmente a las exigencias de este siglo, considerando la facilidad con la que la tecnología avanza. Para tal efecto, se utilizará la analogía de la moneda y la pregunta será: ¿es viable generar un nuevo régimen legal para la IA? Se entenderá como “cara” de la moneda a los argumentos a favor de hacerlo y como “cruz” a aquellos en contra, con base en determinadas circunstancias que se exponen a continuación.

78 Mauricio Serfatty, “Este inventor de IA cree que su robot tiene consciencia”, *Wired UK* (agosto de 2023), <https://es.wired.com/articulos/este-inventor-de-ia-cree-que-su-robot-tiene-consciencia>.

79 Ibid.

5.1 INNOVACIÓN Y PROGRESO TECNOLÓGICO

Sobre los argumentos a favor, existen quienes defienden que reconocer a la IA como inventora puede incentivar significativamente el desarrollo de tecnologías de IA y fomentar la innovación, entendiéndose bajo este criterio el potencial de la IA de revolucionar la innovación al permitir la creación de nuevas tecnologías que serían difíciles de imaginar para los humanos. Además, se promueve la creación de incentivos financieros y legales que estimulen inversiones en el desarrollo de IA avanzada, potenciando así el ritmo de innovación tecnológica⁸⁰. A mayor inversión en IA, mayor potencial para generar nuevas invenciones.

Contrario a esta postura, permitir que la IA sea reconocida como inventora podría concentrar la innovación únicamente en el campo de la IA, afectando negativamente la innovación en otros sectores, creando un desequilibrio en innovación tecnológica⁸¹. La dependencia excesiva en IA puede crear una monocultura en este campo, reduciendo la diversidad de enfoques y soluciones necesarios para abordar problemas complejos.

Se afirma que el fomento de la innovación debe ser inclusivo y abarcar múltiples campos tecnológicos; enfocar la inversión principalmente en IA podría crear barreras para la innovación en sectores emergentes y tecnologías con potencial sin explotar. Finalmente, otorgar derechos de invención a entidades no humanas podría trivializar la creatividad humana y desviar el mérito de los inventores humanos, socavando el valor de la originalidad y la innovación humana⁸².

5.2 DIFUSIÓN DE CONOCIMIENTO

A favor, la IA puede analizar grandes cantidades de datos y generar nuevas invenciones de manera mucho más rápida que los humanos. Permitir que la IA sea reconocida como inventora podría democratizar el acceso a la innovación, pues la investigación en este tema se enriquecería con los aportes generados por estas nuevas invenciones, pudiendo fomentar un entorno más dinámico y competitivo en la investigación y el desarrollo⁸³.

80 Erik Brynjolfsson y Andrew McAfee, *The Second Machine Age: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies* (Nueva York: W.W. Norton & Company, 2014), 97.

81 Iain Cockburn, Rebecca Henderson y Scott Stern, "The Impact of Artificial Intelligence on Innovation: An Exploratory Analysis", en *The Economics of Artificial Intelligence: An Agenda*, ed. Ajay Agrawal, Joshua Gans y Avi Goldfarb (Chicago: University of Chicago Press, 2019), 145.

82 Raquel Acosta, "Artificial Intelligence and Authorship Rights", *Harvard Journal of Law & Technology (Jolt Digest)* (febrero 2012): 18, <https://jolt.law.harvard.edu/digest/artificial-intelligence-and-authorship-rights>.

83 Andreas Kaplan y Michael Haenlein, "Siri, Siri in My Hand, Who's the Fairest in the Land? On the Interpretations, Illustrations, and Implications of Artificial Intelligence", *Business Horizons* 62, n.º. 1 (enero-febrero de 2019): 15-25, https://www.researchgate.net/publication/328761767_Siri_Siri_in_my_hand_Who's_the_fairest_in_the_land_On_the_interpretations_illustrations_and_implications_of_artificial_intelligence.

En contra, la complejidad inherente de las invenciones creadas por IA podría dificultar la comprensión y la replicación de estos avances por parte de los investigadores humanos, creando una barrera adicional al flujo de información. Esto podría contravenir uno de los objetivos fundamentales del sistema de patentes, que es fomentar la difusión del conocimiento para impulsar el progreso tecnológico y la innovación en la sociedad en general⁸⁴.

5.3 ÉTICA Y TRANSPARENCIA

A favor, nombrar a la IA como inventora podría mejorar la precisión y transparencia en la atribución de las invenciones, facilitando una mayor cooperación internacional y el establecimiento de estándares éticos uniformes en el manejo de la propiedad intelectual. La documentación precisa del rol de la IA en la creación de invenciones puede mejorar la claridad y evitar malentendidos sobre el verdadero origen de las innovaciones, asegurando así una mayor transparencia y equidad en el proceso de patentes⁸⁵. Además, permitir que la IA sea reconocida como inventora puede garantizar que el sistema de patentes se mantenga relevante y adaptado a los avances tecnológicos, promoviendo un entorno regulatorio que respalde la integridad y la ética en el desarrollo tecnológico⁸⁶.

En contra, no designar a la IA como inventora puede mejorar la transparencia en el proceso de invención y atribución de patentes al asegurar que siempre exista una persona física responsable y rastreable detrás de cada invención, pues las IA carecen de intencionalidad, conciencia y capacidad moral⁸⁷ facilitando así la rendición de cuentas y la claridad en la atribución de innovaciones.

5.4 COMPETENCIA

A favor, permitir que la IA sea reconocida como inventora puede contribuir significativamente al derecho de la competencia al nivelar el campo de juego entre diferentes actores del mercado, fomentando una competencia justa y estimulando la inversión e innovación. La democratización de la capacidad de invención a través de IA podría permitir a pequeñas y medianas empresas competir con grandes corporaciones, que tradicionalmente han tenido mayores recursos para la investigación y el desarrollo.

84 OMPI, "Intellectual Property and Frontier Technologies", OMPI, https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1060.pdf.

85 Meredith Whittaker et al., *AI Now 2018 Report*, (Nueva York: AI Now Institute, 2018), 11, <https://ainowinstitute.org/publication/ai-now-2018-report-2>.

86 Ryan Abbott, "I Think, Therefore I Invent: Creative Computers and the Future of Patent Law", *Boston College Law Review* 57, n.º. 4 (septiembre de 2016): 1079-126, <https://lira.bc.edu/work/sc/39472700-d7fc-4c23-9b47-a7f631296a2e>.

87 Eli Mazour, "Clause 8: Professor Ryan Abbott on Why Patent Law Should Recognize AI Inventors", *IPWatchdog* (marzo de 2022), <https://ipwatchdog.com/2022/03/02/clause-8-professor-ryan-abbott-patent-law-recognize-ai-inventors/id=147033>.

Esta perspectiva se ve respaldada por estudios que sugieren que la IA puede reducir las barreras de entrada para nuevas empresas al proporcionar acceso a capacidades avanzadas de invención sin necesidad de grandes inversiones iniciales⁸⁸. La transparencia en la atribución de invenciones mediante el uso de IA también puede mejorar la eficiencia del sistema de patentes, asegurando que las innovaciones se reconozcan y protejan adecuadamente, lo cual es fundamental para una competencia justa⁸⁹.

En contra, permitir que la IA sea reconocida como inventora podría crear un entorno de monopolización y desventaja para los inventores humanos. Las grandes corporaciones con recursos sustanciales podrían monopolizar la innovación al utilizar IA para generar y patentar una gran cantidad de invenciones rápidamente, lo que dificultaría la entrada y competencia de pequeñas y medianas empresas⁹⁰, limitando la capacidad del mercado para adaptarse a diversos desafíos tecnológicos y sociales.

Además, la complejidad adicional en el sistema de patentes y la posible opacidad en la atribución de invenciones podrían generar incertidumbre y aumentar los costos legales, afectando negativamente la dinámica competitiva del mercado, brindando además un privilegio a quienes dispongan de esta nueva tecnología para sus invenciones⁹¹.

5.5 CAMPO SOCIOECONÓMICO

A favor, permitir que la IA sea reconocida como inventora podría generar un significativo desarrollo socioeconómico al impulsar la innovación y la eficiencia en múltiples sectores. Al automatizar la invención y el desarrollo de nuevas tecnologías, las IA pueden reducir significativamente los costos de investigación y desarrollo, permitiendo a las empresas de todos los tamaños acceder a capacidades avanzadas de innovación.

La integración de IA en el proceso de invención puede acelerar el progreso tecnológico y aumentar la productividad económica al optimizar procesos industriales y mejorar la calidad de los productos. Además, la automatización de tareas creativas y de invención podría liberar a los seres humanos para centrarse en actividades más estratégicas y de alto valor, potenciando la creación de empleos en sectores emergentes y facilitando un crecimiento económico más

88 Ibid.

89 Daniel Gervais, "The Machine as Author", *Iowa Law Review* 105, n.º. 5 (julio de 2020): 2053, <https://ilr.law.uiowa.edu/sites/ilr.law.uiowa.edu/files/2022-10/The%20Machine%20as%20Author%20.pdf>.

90 L. Thome McCarthy, "Finding the Right Balance in Artificial Intelligence and Law", en *Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence*, ed. Woodrow Barfield y Ugo Pagallo, 62 (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018), 62.

91 William Fisher, "Theories of Intellectual Property", en *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, ed. Stephen Munzer (Cambridge: Cambridge University Press, 2001), 168-200.

dinámico y sostenible⁹².

En contra, reconocer a la IA como inventora podría tener implicaciones socioeconómicas negativas, exacerbando la desigualdad económica y el desempleo⁹³. La automatización de la invención y otros procesos creativos podría desplazar a un gran número de trabajadores, especialmente aquellos en roles que pueden ser replicados por IA, lo que resultaría en una pérdida significativa de empleos.

La concentración de la capacidad de invención en IA puede llevar a una acumulación de riqueza y poder en manos de las grandes corporaciones tecnológicas que controlan estas tecnologías, aumentando la brecha económica entre las distintas capas de la sociedad⁹⁴. Esta concentración de innovación en manos de unas pocas entidades podría también limitar la diversidad de soluciones tecnológicas, afectando negativamente la resiliencia y adaptabilidad de la economía global⁹⁵.

5.6 PERSPECTIVAS LEGALES Y REGULATORIAS EN GENERAL

A favor, la innovación tecnológica implica un motor crucial del crecimiento económico, y las leyes deberían adaptarse para no frenar este progreso. La inclusión de la IA como inventora en el marco legal de patentes puede ser una respuesta necesaria para asegurar que el sistema de patentes siga siendo relevante y eficaz en un mundo cada vez más digitalizado⁹⁶. Reconocer a la IA como inventora asegura que las normativas sean suficientemente adaptables para integrar nuevas tecnologías y metodologías innovadoras⁹⁷. No obstante, se debe considerar la inherente necesidad de que para hacerlo se incluyan ciertas medidas con enfoque humano.

En contra, la introducción de la IA como inventora puede añadir una capa de complejidad al sistema de patentes, complicando el proceso de solicitud y revisión. La adaptación del sistema de patentes para incluir IA como inventoras podría ser un proceso complejo y costoso, requiriendo nuevas normas y procedimientos para manejar las particularidades de las invenciones generadas por IA. La estructura legal actual está diseñada para reconocer a individuos humanos, y adaptar esta estructura para incluir IA podría complicar innecesariamente el sistema de patentes, aumentando la carga administrativa y los costos para todos los actores involucrados⁹⁸.

92 Brynjolfsson y McAfee, *The Second Machine Age*, 145.

93 Cockburn, Henderson y Stern, "The Impact of Artificial Intelligence on Innovation", 43.

94 Brynjolfsson y McAfee, *The Second Machine Age*, 147.

95 Ibid.

96 Cockburn, Henderson, y Stern, "The Impact of Artificial Intelligence on Innovation", 45.

97 Ibid.

98 Ibid.

6. CONCLUSIONES

La IA, previamente percibida como una fantasía de ciencia ficción, ahora transforma múltiples aspectos de la vida cotidiana hasta la invención de soluciones innovadoras. Como fue expuesto, el concepto de inventor en el derecho de patentes es esencial para la protección y el reconocimiento de la creatividad técnica, estableciendo un marco que distingue entre quienes realizan una contribución inventiva significativa y quienes simplemente participan en tareas de ejecución. Este reconocimiento es inmutable y otorga derechos morales inalienables al inventor, asegurando que su papel sea reconocido perpetuamente, mientras que la titularidad de la patente permanece dinámica, permitiendo la cesión de derechos patrimoniales.

A través de la normativa internacional y regional, como la Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el COESCCI, se refuerza la necesidad de proteger los derechos del inventor, alineando estas normativas con estándares globales, como los establecidos en el Convenio de París. La legislación global es casi homogénea al establecer que un inventor solo puede ser una persona, sin dejar cabida a otras interpretaciones.

Al respecto, la intersección entre la IAG y el derecho de patentes plantea desafíos significativos que requieren una reevaluación de los marcos legales y éticos actuales respecto a la noción de inventor. El caso DABUS ilustra claramente la necesidad de revisar las definiciones y los conceptos tradicionales relacionados con la inventiva y la titularidad de las patentes. A pesar de la capacidad demostrada por la IAG para generar contenido original y técnicas innovadoras, las normativas vigentes en diversas jurisdicciones siguen considerando que solo los seres humanos pueden ser reconocidos como inventores.

Las decisiones judiciales en Estados Unidos, Reino Unido y la Oficina de Patentes Europea reflejan una interpretación estricta y tradicional de las leyes de patentes, que insisten en la necesidad de que el inventor sea una persona natural. En contraste, las decisiones divergentes en Sudáfrica y Australia sugieren que existe espacio para una interpretación más flexible, permitiendo que la IA sea reconocida como inventora bajo ciertos marcos legales.

La cuestión central reside en cómo adaptar las leyes de patentes para equilibrar la promoción de la innovación con la protección de los derechos de los inventores humanos. Las características esenciales de la patentabilidad — novedad, capacidad inventiva y aplicación industrial— son aplicables a las invenciones generadas por IAG, pero requieren una reevaluación para considerar la complejidad de la capacidad inventiva cuando se trata de máquinas.

La comparación entre la capacidad inventiva de la IA y los humanos revela diferencias fundamentales que deben ser consideradas en la evaluación de los marcos legales y éticos de la propiedad intelectual.

Luego, la reinención potencial del derecho de patentes trae consigo distintas premisas respecto al reconocimiento o no de la IA como inventora. Reconocer a la IA como inventora incentiva el desarrollo de tecnologías avanzadas y fomenta la innovación al permitir la creación de tecnologías que trascienden la imaginación humana. Empero, este reconocimiento también podría concentrar la innovación en el campo de la IA, afectando negativamente otros sectores y trivializando la creatividad humana.

Ahora bien, al ser la IAG todavía una IA débil, esta no podría entenderse como una “nueva especie” en el sentido estricto de la palabra. Sin embargo, la relación existente entre humanos y máquinas debe reinventarse, pues el simple hecho de que una máquina ya pueda imitar el comportamiento humano plantea la necesidad inherente de un reestudio y reestructuración del derecho de patentes. El debate y la reforma legislativa en materia de propiedad intelectual deben continuar, asegurando que los marcos legales evolucionen para reflejar las nuevas realidades tecnológicas sin comprometer la integridad y la equidad del sistema de patentes.

Es necesario abordar el análisis global y regional del tema y plantear una regulación novedosa, multidisciplinaria y reinventada sobre la inteligencia artificial en materia de patentes, proponiendo la creación urgente de una categoría específica de invenciones creadas o asistidas por una IA, siempre y cuando se garantice que dicho enfoque será centrado en el ser humano.

Esta nueva categoría debe establecer claramente los límites de responsabilidad de la IA y los seres humanos, asegurando una adecuada mitigación de riesgos, y considerando sanciones por omitir información sobre la participación artificial, que reconozca la contribución de la IA sin desvalorizar la inventiva humana para fomentar una innovación ética y equilibrada que beneficie a toda la sociedad. Para esto será indispensable replantear los conceptos de inventor, titularidad y patente, dando prioridad al individuo. Dada la extensa investigación que requiere este tema, la autora se limita a dar esta recomendación, que espera desarrollar en una próxima publicación.



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.
—

Justicia
presenta
Ley de
Nacional
mento



CW&A

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

www.cywlegal.com

Eficacia y límites de las cláusulas de no modificación oral en Ecuador

Effectiveness and Limits of No Oral Modification Clauses in Ecuador

JUAN JOSÉ COBO ORDOÑEZ*

Recibido / Received: 28/06/2024

Aceptado / Accepted: 25/08/2024

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3380>

Citación:

Cobo Ordoñez, J.J. “Eficacia y límites de las cláusulas de no modificación oral en Ecuador”. *USFQ Law Review* vol. 11, no. 2, noviembre de 2024, <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3380>

* Corral Rosales, asistente legal. Quito 170526, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: jjcobo@outlook.es ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2637-8725>

RESUMEN

Quienes celebran un contrato plasman en sus cláusulas la forma en que desean que se cumpla. Sin embargo, en virtud de la autonomía de la voluntad, la mayoría de contratos se pueden modificar sin formalidad alguna. Para tener certeza de la forma en que se debe cumplir el contrato, es cada vez más frecuente encontrar contratos en los que se incluyen cláusulas de no modificación oral. A través de ellas, las partes acuerdan que el contrato no podrá ser modificado si no se cumplen las solemnidades pactadas por las partes. En este trabajo se explora la naturaleza jurídica, eficacia y limitaciones de estas cláusulas en el ordenamiento Código Civil ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE

Cláusulas de no modificación oral; solemnidades voluntarias; Código Civil; autonomía de la voluntad; incumplimiento contractual

ABSTRACT

Those who enter a contract express in its clauses how they want it to be performed. However, by virtue of the autonomy of contractual will, most contracts can be modified without any formality. To have certainty as to how the contract is to be performed, it is increasingly common to find contracts that include no oral modification clauses. In these clauses, the parties agree that the contract cannot be modified if the solemnities agreed upon by them are not complied with. This paper explores the legal nature, effectiveness and limitations of no oral modification clauses in the Ecuadorian Civil Code.

KEYWORDS

No oral modification clauses; voluntary formalities; Civil Code; freedom of contract; breach of contract

1. INTRODUCCIÓN

“En los litigios modernos rara vez se presentan verdaderos problemas en el derecho de los contratos. El presente caso es la excepción”¹. Con esta frase inicia la sentencia del caso Rock Advertising Ltd c. MWB Business Exchange Centres Ltd., que se ha vuelto el máximo referente cuando se habla de las cláusulas de no modificación oral. En efecto, este tema, prácticamente ajeno a la doctrina y jurisprudencia nacional, plantea importantes y novedosos desafíos para el derecho de los contratos.

Hans Hattenhauer dijo que “las personas tienen que conectar entre sí mediante relaciones jurídicas si quieren sobrevivir”². Cuanta razón tiene. Estas relaciones pueden nacer de diversas fuentes, pero hay una que ineludiblemente se presenta en la cotidianidad: los contratos. Las personas contratan todo el tiempo para poder sobrevivir. Contratan para conseguir alimento, para tener una vivienda, para conducir sus negocios, etc.

La autonomía de la voluntad permite que las personas hagan todo aquello que no esté prohibido. Gracias a ella, las personas pueden celebrar, modificar y extinguir sus contratos a través del medio que consideren más conveniente³. Pero también a través de ella pueden restringir su libertad. Por ejemplo, cuando una persona asume una obligación limita su libertad, porque puede ser compelida a cumplirla aún en contra de su voluntad⁴. Así, volviendo a Hattenhauer, mediante las relaciones jurídicas las personas se liberan y se restringen⁵.

El fin de este artículo es analizar una manifestación específica de esa doble dimensión que tiene la autonomía de la voluntad: como libertad y como límite para sí misma. Las cláusulas de no modificación oral son el resultado de una colisión entre estas dos dimensiones. Una cláusula de este tipo implica que dos personas han celebrado un contrato, pero se han autoimpuesto limitaciones para modificarlo, renunciando parcialmente a su libertad. Por ello, se determinará cuál es la naturaleza jurídica de estas cláusulas, su eficacia y sus limitaciones en el Código Civil ecuatoriano.

2. CONCEPTO Y UTILIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE NO MODIFICACIÓN ORAL

1 Rock Advertising Limited c. MWB Business Exchange Centres Limited, Corte Suprema de Reino Unido, 16 de mayo de 2018, párr. 1 (traducción propia).

2 Hans Hattenhauer, *Fundamentos del derecho civil* (Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik, 2023), 77.

3 Ramón Meza, *De las fuentes de las obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 16.

4 Luis Díez-Picazo, *Las relaciones obligatorias* (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2008), 147.

5 Hattenhauer, *Fundamentos del derecho civil*, 77.

Los contratos son un vehículo para alcanzar determinados objetivos. Como señala De Reina, “los contratantes eligen celebrar un contrato porque quieren lograr ese fin objetivo haciendo algo en común”⁶. Las personas “son libres para celebrar los negocios que tengan por conveniente y establecer a través de ellos cauces idóneos para la realización y consecución de sus fines e intereses”⁷. Por lo tanto, definirán, a través de las cláusulas de sus contratos, la mejor forma de alcanzar ese fin y buscarán que se cumplan en los términos pactados.

Idealmente, los contratantes deben expresar con la mayor claridad posible la forma en que se debe cumplir el contrato⁸. Particularmente, en los contratos de larga duración es deseable que las partes tengan certeza de la forma en que deben cumplir sus obligaciones. Un contrato claro reduce la posibilidad de que surjan diferendos respecto de la forma en que se deben aplicar sus cláusulas y del cumplimiento de las obligaciones que de él emanan.

Ahora bien, la voluntad que las partes plasmaron inicialmente en el contrato podría no perdurar. Durante su ejecución, por diversas razones, los contratantes podrían verse en la necesidad de modificar los términos que pactaron con anterioridad⁹. Salvo que la ley requiera alguna forma específica, las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden modificar a través de cualquier medio el contenido de sus contratos¹⁰.

Esa libertad de forma, sin embargo, se puede tornar conflictiva. Aunque los contratantes hubiesen dejado por escrito su contrato, existen situaciones en que las partes han alcanzado acuerdos modificatorios oralmente o a través de su conducta. No es raro que, en casos así, se genere una falta de certeza respecto de los términos actuales del contrato y, en consecuencia, los contratantes entiendan la modificación en términos distintos o, peor aún, que solo una de ellas haya creído que se ha variado el contenido del contrato.

Lo descrito en el párrafo anterior se puede ejemplificar a través de un caso hipotético: dos personas celebran por escrito un contrato de suministro, en sus cláusulas señalan que el suministrante deberá entregar el día quince de cada mes un determinado producto y el suministrado pagarle ese mismo día. Luego de algunas entregas, el suministrante unilateralmente decide realizar sus entregas el último día de cada mes y el suministrado, así mismo, le paga

6 Gabriel de Reina, “Concepto, fundamento y principios del contrato: el caso de ‘El mercader de Venecia’”, *Revista Jurídica de Asturias*, n.º. 41 (julio de 2018): 3, <https://reunido.uniovi.es/index.php/RJA/article/download/12900/11777/26178>.

7 Luis Díez-Picazo, *Teoría del contrato* (Pamplona: Editorial Aranzadi, 2007), 74.

8 Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021), 763.

9 osé Gual, Mónica Fernández y Joaquín Acosta, “Cláusulas de modificación contractual: una alternativa para el equilibrio de los contratos a largo plazo”, *Novum Jus* 17, n.º. 2 (septiembre de 2023): 334, <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/5015/4803>.

10 Guillermo Ospina y Eduardo Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Bogotá: Temis, 2022), 229.

al momento de la entrega. Frente a un escenario de este tipo surgen algunas preguntas: ¿hubo un incumplimiento? ¿Se modificó el contrato? ¿Las partes, a través de su conducta, acordaron cambiar la fecha de las entregas y el pago? ¿Podría demandarse el cumplimiento del contrato en los términos originales?

Para evitar problemas de este tipo, es cada vez más frecuente encontrar contratos en los que se incluyen cláusulas de no modificación oral. A través de ellas, las partes pactan que el contrato no se podrá modificar salvo que se cumplan ciertas formalidades, por ejemplo, que la modificación se realice por escrito y esté firmada por las partes. El objetivo de estas cláusulas es evitar que se produzcan variaciones informales al contrato. Estas pueden generar incertidumbre y disputas respecto de la existencia de la modificación y sus términos¹¹. En definitiva, están diseñadas para dar certeza y seguridad en la ejecución de los contratos.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CLÁUSULAS DE NO MODIFICACIÓN ORAL

En el derecho de los contratos la regla general es la libertad de forma¹². Las personas gozan de libertad para definir cómo conducir sus relaciones contractuales¹³. Por ello, el acuerdo de voluntades, por cualquier vía que se exprese, normalmente es suficiente para celebrar la mayoría de negocios jurídicos.

La regla anterior, sin embargo, puede ser modificada. Las personas “no solo son soberanas para determinar el tipo, contenido y efectos del negocio jurídico que celebran, sino también para determinar la forma en que su propia voluntad deba manifestarse para producir los efectos queridos”¹⁴. En este sentido, como señala Parraguez, “[el] principio de libertad contractual permite que las partes puedan acordar la utilización de determinadas solemnidades allí donde la ley no las exige”¹⁵. De esta manera, se podría condicionar la eficacia de un negocio jurídico a la observancia de ciertas solemnidades que han sido incluidas voluntariamente por los contratantes¹⁶.

11 Ioanna Magklasi y Eleni Magklasi, “No Oral Modification Clauses to the Test: How Relevant Are They in the COVID-19 Shock and Beyond?”, *European Journal of Commercial Contract Law* 12, n.º 3 (2021): 60, <https://doi.org/10.7590/187714620X16160562091494>.

12 Ramón Domínguez, *Teoría general del negocio jurídico* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2012), 25.

13 María Martinic y Ricardo Reveco, “Las formalidades voluntarias”, *UCES Revista Jurídica*, n.º 5 (2005): 9, http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/179/Las_formalidades_voluntarias.pdf?sequence=1.

14 *Ibid.*, 17.

15 Parraguez, *Régimen jurídico*, 552.

16 Ver Martinic y Reveco, “Las formalidades voluntarias”, 11. En este sentido, anotan los autores, no existe una razón única para pactar una solemnidad voluntaria: “la finalidad, real o presunta, de las partes del contrato o del autor del acto jurídico, para pactar o establecer este tipo de formalidades, depende de diversas causas, de modo que no es posible establecer una regla general que venga a solucionar, *grosso modo*, la cuestión que se aborda”.

Las cláusulas de no modificación oral se fundamentan, justamente, en el uso de solemnidades voluntarias¹⁷. Las partes se alejan de la libertad que tienen para modificar sus contratos a través de cualquier medio e imponen ciertas formalidades para ese fin. Estas cláusulas no tienen una forma única. Su contenido puede variar entre contratos, puesto que las partes son libres de incluir requisitos más o menos exigentes para que se pueda modificar el contrato, aunque generalmente suelen ser dos: que haya un acuerdo por escrito y que esté firmado por los contratantes. Con independencia de los requisitos específicos que se impongan, lo esencial es que las cláusulas de no modificación oral constituyen un pacto a través del cual las partes se alejan de la libertad de forma e incluyen ciertas formalidades que deben observarse para modificar el contrato.

4. ¿SON EFICACES LAS CLÁUSULAS DE NO MODIFICACIÓN ORAL?

No cabe duda de que las personas pueden estipular que sus contratos solo se podrán modificar si se cumplen ciertas solemnidades. El problema radica en determinar qué ocurre cuando los contratantes no cumplen las formalidades que se autoimpusieron. Si bien, en primer lugar, se debería aplicar la consecuencia pactada por las partes, no se puede dar paso irreflexivamente a lo que hayan estipulado. Por ejemplo, existen cláusulas de no modificación oral en las que se señala que la omisión de las formalidades acarrearía la nulidad de la modificación o la imposibilidad de probarla. Estas consecuencias deben ser analizadas bajo los límites que impone el ordenamiento jurídico.

La doctrina es casi unánime en considerar que la omisión de solemnidades voluntarias no puede generar un vicio de nulidad en el negocio jurídico, toda vez que esta sanción solo puede provenir de la ley. La nulidad es uno de esos ámbitos que escapan del control de los particulares. Al respecto, Martinic y Reveco mencionan que “[e]n el caso del incumplimiento de las formalidades voluntarias [...] las nulidades no se conciben, puesto que los vicios de nulidad solo pueden ser establecidos por el legislador, y no por las partes, como es el caso de las formalidades voluntarias”¹⁸. No se puede pactar que algo que ordinariamente sería nulo no lo sea. Así, por ejemplo, no se podría acordar en un contrato la no aplicación de las normas que determinan qué es objeto ilícito. Tampoco se puede hacer lo opuesto: convertir lo que no es nulo en algo anulable. De esta manera, si el ordenamiento permite modificar válidamente los contratos a través del mero acuerdo de las partes, no se puede pactar que una modificación realizada por esa vía sea anulable.

17 Alejandra Medina, “El alcance de la autonomía contractual en la aplicación de cláusulas de no modificación oral pactadas en contratos de compraventa internacional a la luz de la buena fe”, tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia, 2022, 23, <https://bdigital.uxernado.edu.co/entities/publication/f3678da4-fa2d-460c-93bf-d2ca5f365430>.

18 Martinic y Reveco, “Las formalidades voluntarias”, 11.

Se ha planteado también que las solemnidades voluntarias pueden producir los efectos propios de una formalidad *ad probationem*. En el caso de las cláusulas de no modificación oral, esto significaría que solo a través del medio escrito (o cualquiera que se hubiese pactado) se podría probar la modificación. En este sentido, se ha señalado que las solemnidades voluntarias pueden ser utilizadas para “establecer los medios de prueba del contrato” o “limitar la aplicación de determinados medios de prueba en caso de controversia, dejando solo como medio los documentales”¹⁹. Si eso fuera cierto, se trataría de un supuesto radicalmente distinto al de la nulidad. Aceptar que la forma escrita y la firma (o cualquier otro requisito que se imponga) son únicamente necesarios para poder probar la modificación, significaría que el contrato sí se modificó válidamente, a pesar de que los contratantes hayan inobservado la cláusula de no modificación oral. La única consecuencia sería la imposibilidad de probar esta variación.

Sin embargo, la posibilidad de que se trate de una solemnidad *ad probationem* también debe descartarse. El Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 159, señala que “[p]ara demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley” (énfasis añadido)²⁰. En la justicia ordinaria, las normas procesales son imperativas²¹. Como anotan los Ospina, “las normas del derecho probatorio son de orden público y, por ello, no pueden ser derogadas ni modificadas por los particulares”²². Consecuentemente, las partes no pueden realizar acuerdos que modifiquen su alcance, ya sea para hacerlas más o menos exigentes²³.

Así, queda una última posible consecuencia: la inexistencia del negocio modificatorio. Toda vez que se ha descartado que la consecuencia pueda ser la nulidad o la imposibilidad de probar la modificación, la forma de hacer eficaz la voluntad de las partes es evitar que la modificación se perfeccione. Alessandri menciona que la omisión de las solemnidades pactadas “impide que el contrato se forme, no lo anula”²⁴. Además, el Código Civil ecuatoriano (en adelante CC) admite esta solución. Sin perjuicio del análisis y la crítica que se hará

19 Ibid., 12. Aunque luego, en sentido contrario, los mismos autores mencionan que “la doctrina, por otro lado, estima que de todas maneras quedan a salvo los demás medios de prueba para probar la existencia del negocio que ahora parece controvertido”.

20 Artículo 159, Código Orgánico General de Procesos [COGEP]. R. O. Suplemento 506 del 22 de mayo de 2015.

21 En Ecuador las normas sobre los medios probatorios tienen carácter constitucional. El artículo 76, numeral 4, de la Constitución de la República recoge el principio de libertad probatoria y señala que los límites a ella son las pruebas obtenidas “con violación de la Constitución o la ley”. Está por demás decir que un pacto entre particulares no se subsume en ese supuesto.

22 Ospina y Ospina, *Teoría general del contrato*, 233.

23 Nicola Coviello, *Doctrina general del derecho civil* (Lima: Ara Editores, 2007), 396, citado en Martinic y Reveco, “Las formalidades voluntarias”, 22. Sobre este punto, dice Coviello, “según algunos no podría privarse de los demás medios de prueba al otro contratante, ya que se trataría de disposiciones inderogables de orden público para las partes”.

24 Arturo Alessandri, *De los contratos* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 34.

posteriormente de los artículos 1741 y 1862 del CC, estos permiten que las partes pacten que el negocio “no se repunte perfecto” mientras no se haya cumplido la solemnidad voluntaria²⁵.

Martinic y Reveco mencionan que “la falta de otorgamiento de la formalidad voluntaria, suspende la perfección del contrato (existencia) e impide que este produzca los efectos que le son propios”²⁶. El texto de una cláusula de no modificación oral suele ser del siguiente tenor: “todas las modificaciones a este contrato deberán realizarse mediante acuerdo que conste por escrito debidamente formalizado por las partes”²⁷. Si los contratantes emplean esta o una fórmula similar, la consecuencia lógica de omitir las solemnidades será la inexistencia²⁸.

5. LIMITACIONES

En la sección anterior se analizaron los efectos de la inclusión y de la inobservancia de una cláusula de no modificación oral. Ahora bien, cabe cuestionarse también cuál es el límite de estas cláusulas. ¿Las partes quedan perpetuamente vinculadas por estas cláusulas? ¿Hasta cuándo son exigibles las solemnidades para la modificación?

Estas preguntas han sido contestadas en alguna medida en los países cuyo sistema jurídico es el *common law*²⁹. En cambio, la cuestión ha sido muy poco abordada en los sistemas *civil law* y, en particular, en los países que han adoptado el Código Civil de Andrés Bello. El análisis que se debe hacer para resolver estas interrogantes no es de relevancia menor. Todo lo contrario. Contestar estas preguntas implica analizar los límites de la base del derecho de los contratos: la autonomía de la voluntad.

Shaw resume la discusión del presente artículo en la frase “*contracting out of contractual freedom*”³⁰. Las partes, a través de una cláusula de no modificación oral, restringen considerablemente el margen que la autonomía de la voluntad les da para actuar³¹. Sin embargo, ese pacto no es la única limitación que los

25 Artículos 1741 y 1862, Código Civil [CC]. R. O. Suplemento 46 del 24 de junio de 2005.

26 Martinic y Reveco, “Las formalidades voluntarias”, 20.

27 Rodrigo Momberg y Gonzalo Severin, “Las formalidades convencionales en la contratación moderna: la cláusula de no modificación oral o ‘no oral modification clause’ y la doctrina de los actos propios como límite a su eficacia”, *Ius Et Veritas*, n.º 67 (diciembre de 2023): 62, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/28135/26071>.

28 Alessandri, *De los contratos*, 34.

29 Magklasi y Magklasi, “No Oral Modification Clauses to the Test”, 2.

30 Will Shaw, “Contracting Out of Contractual Freedom: No-Oral Modification Clauses and Effecting Party Intention”, *University of Otago Law Theses and Dissertations* (octubre de 2018): 1, <http://www.nzlii.org/nz/journals/UOta-LawTD/2018/30.html>.

31 Ospina y Ospina, *Teoría general del contrato*, 232. “[L]os actos jurídicos consensuales pueden quedar elevados a la categoría de actos solemnes”.

contratantes pueden encontrar. Mientras las partes usan estas cláusulas como una restricción a su autonomía de la voluntad, su eficacia también puede verse restringida por la doctrina de los actos propios y, según algunos autores, por los artículos 1741 y 1862 del CC.

5.1 LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

La buena fe exige que las personas observen una conducta leal en sus relaciones jurídicas. Sin embargo, aunque podría parecer que se trata de un concepto abstracto, la buena fe tiene manifestaciones concretas, como la doctrina de los actos propios. En virtud de ella, “nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro”³². En palabras de Ducci:

Cuando una persona suscita en otra con su conducta una confianza fundada en una determinada conducta o situación jurídica futuras deducidas de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles, por contrariar a la buena fe, toda actuación incompatible con ella³³.

Así, cabe preguntarse: ¿puede impedírsele a una persona invocar la cláusula de no modificación oral en razón de sus conductas pasadas?

Algunos cuerpos normativos limitan el alcance de las cláusulas de no modificación oral con base en esta doctrina. Los ejemplos más claros de esto aparecen en los principios UNIDROIT y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías³⁴. El artículo 2.1.18. de los principios —cuyo texto es casi idéntico al artículo 29 de la Convención— señala que:

[u]n contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos (énfasis añadido)³⁵.

32 Marcelo López Mesa, “La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación”, *Vniversitas*, n.º. 119 (julio-diciembre de 2019): 191, http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-90602009000200014.

33 Carlos Ducci, *Derecho civil: parte general* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2005), 398.

34 El artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías norma señala que: “1) El contrato podrá modificarse o extinguirse por mero acuerdo entre las partes. 2) Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos”. Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías [CISG], Viena, enero de 1988.

35 Artículo 2.1.18., Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2016 [UNIDROIT], Roma, mayo de 2016.

El artículo en mención reconoce la eficacia de las cláusulas de no modificación oral, pero impone como límite para su aplicación la doctrina de los actos propios. El estándar que impone es que se haya generado una confianza razonable de que el contrato se podía modificar libremente. En definitiva, este artículo señala que cuando una parte ha dado a entender que ya no es necesario cumplir las formalidades, no puede invocar la cláusula de no modificación oral en su favor.

El Código Civil de Bello no cuenta con una norma que aborde con la misma claridad el problema, pero eso no impide que se pueda aplicar la misma limitación que prevén los principios UNIDROIT o la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano hay normas que revelan la presencia de la doctrina de los actos propios y permiten su aplicación en las cláusulas de no modificación oral.

El artículo 1580 del CC señala que las cláusulas de un contrato se podrán interpretar “por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”³⁶. Con base en esa norma, dice López Santa María, cuando surja una controversia “el intérprete, para determinar la intención de las partes, debe considerar todas las circunstancias de la especie, aun las extrínsecas a la declaración” (énfasis añadido)³⁷. Esta norma permite a los jueces ver si las partes ejecutaron el contrato de una manera distinta a la prevista en el documento. En otras palabras, si modificaron los términos en que se debía cumplir y, al hacerlo, dejaron sin efecto la cláusula de no modificación oral.

El artículo 1580 se refiere a la ejecución que han hecho “ambas partes” o “una con aprobación de la otra”³⁸. Al aplicar esta lógica al caso de un contrato que incorpora una cláusula de no modificación oral aparecen dos supuestos aparentemente distintos: (i) que las partes efectivamente hayan acordado modificar el contrato por otros medios, por ejemplo, oralmente y (ii) que una de las partes haya variado la forma de ejecutar el contrato y la otra lo haya permitido. A pesar de esta sutil diferencia, lo determinante en ambos casos es que ha existido un entendimiento entre las partes. En uno u otro caso, los contratantes han estado de acuerdo en alejarse del texto del contrato y en ejecutarlo de una forma distinta³⁹.

³⁶ Artículo 1580, Código Civil.

³⁷ Jorge López, *Los contratos: parte general* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1986), 333.

³⁸ Artículo 1580, Código Civil.

³⁹ Parraguez, *Régimen jurídico*, 801. El autor destaca la presencia de la doctrina de los actos propios en esta norma de interpretación, puesto que “quien ha observado una conducta determinada de cumplimiento no puede pretender luego que el sentido del contrato apuntaba en [otra] dirección”.

Respecto de este método de interpretación, en la doctrina se ha señalado que “la cláusula del contrato por la cual se acordó que toda modificación del contrato debía hacerse por escrito, **puede —y debe— ser interpretada a partir de elementos extrínsecos**, como es la propia conducta de las partes” (énfasis añadido)⁴⁰. Tanta importancia se le ha dado a esta regla que se ha señalado que los hechos de los contrayentes serán la mejor explicación de la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato⁴¹.

Finalmente, el artículo 266 del Código de Comercio señala que “[l]a parte de un contrato no puede actuar en contradicción a un acuerdo celebrado con su contraparte”⁴². Así, ninguno de los contratantes podría exigir el cumplimiento del contrato en los términos iniciales —aunque hayan incluido una cláusula de no modificación oral—, cuando en la práctica han decidido ejecutar el contrato de forma distinta.

Como mencionan Momberg y Severin, citando a Pardo, la consecuencia de aplicar la doctrina de los actos propios en este escenario debe ser la inadmisión de la pretensión contradictoria⁴³. De esta manera, en un eventual litigio, un juez no puede acoger la pretensión de que el contrato se ejecute en los términos originales con base en una cláusula de no modificación oral si las partes dieron a entender que el contrato se podía modificar por otros medios y, en efecto, lo ejecutaron de forma distinta.

5.1.1 UNA PERSPECTIVA DISTINTA

Si bien en la sección anterior se ha analizado por qué la doctrina de los actos propios puede ser una limitación para las cláusulas de no modificación oral, es menester ahora hacer lo opuesto: determinar por qué podría no ser una limitación o, al menos, no ser tan tajante como parece.

En el mencionado caso *Rock Advertising Ltd c. MWB Business Exchange Centre Ltd* se analizó ampliamente la eficacia de las cláusulas de no modificación oral. A continuación se mencionan algunos de los puntos que resultan más llamativos.

En primer lugar, Lord Sumption —uno de los jueces que resolvió el caso— señaló que el hecho de que las partes intenten modificar oralmente su contrato

40 En el mismo sentido, Momberg y Severin señalan que se debe “interpretar la cláusula de no modificación oral de acuerdo con la aplicación práctica que de ella han hecho las partes”. Momberg y Severin, “Las formalidades”, 71-3.

41 Causa 63.223-J.8.R.S.D. N.º 207/07, Cámara de Apelación Civil y Comercial de Lomas de Zamora, 5 de junio de 2007, citado en Parraguez, *Régimen jurídico*, 800.

42 Artículo 226, Código de Comercio.

43 Momberg y Severin, “Las formalidades”, 70.

no constituye una contravención de la cláusula. Al contrario, es justamente el supuesto de hecho que debe verificarse para que la cláusula de no modificación oral despliegue sus efectos⁴⁴. Resulta llamativo que la doctrina se apoye en el artículo 1580 del CC, que es una norma de interpretación, para vaciar de toda utilidad y sentido a una cláusula de no modificación oral. Si el fin de la interpretación contractual es aclarar la voluntad de las partes, aplicar en la forma descrita el artículo 1580 conduce a anular la voluntad inicial de los contratantes.

Es cierto que el intérprete debe reconstruir el “significado de [las] declaraciones y **comportamientos**” (énfasis añadido)⁴⁵. Al respecto, la Corte Suprema de Chile ha argumentado que “nada puede indicar con más acierto la voluntad de las partes en esta materia que la ejecución llevada a cabo por ellas mismas”⁴⁶. Sin embargo, si lo que debe prevalecer es el comportamiento, aun frente a una cláusula de no modificación oral, no tendría sentido desde un principio incluir una cláusula de este tipo.

El fin de las cláusulas de no modificación oral es precisamente evitar que el comportamiento de las partes sea suficiente para modificar un contrato. Por lo tanto, parece absurdo enfocarse solo en la regla de interpretación a través de la conducta —que atenta directamente contra la finalidad de la cláusula— y no utilizar, por ejemplo, la interpretación literal o la de efecto útil.

Una aplicación poco juiciosa de las normas de interpretación tiende, en la mayoría de casos, a privar de eficacia a las cláusulas de no modificación oral cuando los contratantes han intentado modificar sus contratos por medios distintos. No obstante, estos intentos no deben ser vistos como una renuncia a la cláusula de no modificación oral, sino como la oportunidad, el momento preciso, para que despliegue sus efectos.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, se señaló que el *estoppel* —concepto equivalente a la doctrina de los actos propios⁴⁷— no puede ser utilizado de una manera tan amplia que destruya las ventajas de una cláusula de no modificación oral. En la sentencia se expresa que para la procedencia del *estoppel* es necesario, por lo menos, que (i) exista un intercambio de palabras o una conducta que inequívocamente den cuenta de que la modificación era válida a pesar de su informalidad y (ii) que para eso debe haber algo más que

⁴⁴ Rock Advertising Limited c. MWB Business Exchange Centre Limited, párr. 15.

⁴⁵ Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 765.

⁴⁶ Gonzalo Figueroa, *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas, Código Civil, tomo IV* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1954), 263, citado en López, *Los contratos*, 339.

⁴⁷ Luke Tattersall, “No Oral Modification Clauses: Contractual Freedom Under English and New York Law”, *Journal of International and Comparative Law* 6, n.º. 1 (junio de 2019): 130, <https://www.jicl.org.uk/journal/june-2019/no-oral-modification-clauses-contractual-freedom-under-english-and-new-york-law>.

un simple intercambio de palabras⁴⁸. En definitiva, eleva el estándar bajo el cual se debe analizar si las partes han renunciado a la cláusula de no modificación oral.

En el caso *Rock Advertising Ltd c. MWB Business Exchange Centre Ltd* no se descartó que eventualmente la doctrina de los actos propios pueda restringir la eficacia de una cláusula de no modificación oral. Sin embargo, una cosa es poner límites a dicha estipulación y otra, totalmente distinta, es privarla de toda eficacia. En resumen, como señaló Lord Sumption, “la verdadera ofensa a la autonomía de la voluntad es que las partes no puedan obligarse a sí mismas a una forma de modificación, incluso si eso es lo que pactaron” (traducción libre)⁴⁹.

El Código de Comercio ha previsto esta solución para el caso de los contratos mercantiles. En efecto, de la literalidad del artículo 301 de dicho cuerpo normativo se desprende que, aparentemente, no hay limitaciones a la eficacia de las cláusulas de no modificación oral: “[u]n contrato por escrito en el que se estipule que toda modificación deba hacerse de la misma forma, no podrá modificarse de otra forma”⁵⁰.

En el proyecto de ley del Código de Comercio sí existía una excepción. En el artículo mencionado en el párrafo anterior, existía un segundo inciso, según el cual “si las partes, o cualquiera de ellas con aceptación expresa o tácita de la otra, hubiesen efectuado modificaciones en tal ejecución, no se podrá alegar la disposición del inciso anterior”⁵¹. Esta excepción, sin embargo, no fue incluida en el texto final del Código de Comercio aprobado.

5.2 ¿SON LOS ARTÍCULOS 1741 Y 1862 DEL CÓDIGO CIVIL UNA LIMITACIÓN A LAS CLÁUSULAS DE NO MODIFICACIÓN ORAL?

Los artículos 1741 y 1862 del CC contemplan una regulación sobre las solemnidades voluntarias para los contratos de compraventa y arrendamiento. Ambos señalan que si se pacta que el negocio no esté perfecto mientras no se firme una escritura, las partes pueden retractarse mientras no se haya dado cumplimiento a esa solemnidad o mientras no haya iniciado la entrega de la cosa⁵². Se ha planteado que, en virtud de estos artículos, si los contratantes

48 *Rock Advertising Limited c. MWB Business Exchange Centre Limited*, párr. 16.

49 *Id.*, párr. 11.

50 Artículo 301, Código de Comercio.

51 Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico y Tributario y su Regulación y Control, Informe para Segundo Debate – Proyecto de Código de Comercio, 08 de mayo de 2017.

52 Estos artículos se refieren a los contratos de compraventa o arrendamiento de cosas para las que la ley no ha impuesto como solemnidad *ad solemnitatem* que se deban realizar por escritura pública o privada.

ejecutan “actos de renuncia”, como lo sería la entrega de la cosa sin haber firmado la escritura, están dejando sin efecto la solemnidad voluntaria⁵³. Así, de acuerdo con Meza Barros, cumplir el contrato “sin que se haya otorgado la escritura prevista, importa una tácita derogación de la estipulación que lo hizo solemne”⁵⁴. Estos artículos privarían de toda eficacia a las cláusulas de no modificación oral, puesto que las volverían, como máximo, de opcional cumplimiento. En términos prácticos, una sola ejecución del contrato en términos modificados implicaría una derogación de la cláusula de no modificación oral. Podría pensarse que es una manifestación de la doctrina de los actos propios, puesto que si se ejecutan actos de renuncia no se puede invocar la cláusula a la que se renunció.

Sin embargo, los efectos de estos artículos no se asemejan a la doctrina de los actos propios por una razón: el aspecto temporal. Estos artículos permiten la inobservancia de las cláusulas de no modificación oral desde el momento en que son pactadas, porque si un “principio de ejecución” genera una renuncia a la solemnidad, entonces bastaría una sola ejecución en términos distintos para que se deje sin efecto la cláusula de no modificación oral. En cambio, la prohibición de actuar en contra de los actos propios impone un límite (cuando se ha generado una confianza en las partes de que no se deben cumplir las formalidades), pero no impide que la cláusula produzca efectos en un principio. Si el negocio jurídico se perfecciona a través de un principio de ejecución, sería un sinsentido que las partes acuerden que el contrato solo se pueda modificar de una forma específica a sabiendas de que cualquier modificación generará una renuncia a la cláusula de no modificación oral. La cláusula de no modificación oral sería inútil e inexigible desde el momento de su nacimiento.

Adicionalmente, la creencia de que estas normas pueden aplicarse indiscriminadamente en todos los casos proviene de una concepción incorrecta sobre el origen de las solemnidades voluntarias. Si bien es cierto que estas normas del CC dan cuenta de que se puede pactar una solemnidad voluntaria, este tipo de formalidades se originan en la libertad de conclusión y libertad de configuración interna que tienen las partes, no en los artículos 1741 y 1862⁵⁵. Si el legislador hubiese querido que esa regla sea aplicable en cualquier caso, lo habría incluido como una disposición común a todos los contratos. No obstante, estos artículos están ubicados en los títulos XXII y XXV del libro IV del CC, que están dedicados exclusivamente a los contratos de compraventa y arrendamiento, respectivamente. Además, están previstas para una solemnidad específica: que un contrato no se perfeccione mientras no se haya

53 Momberg y Severin, “Las formalidades”, 65.

54 Meza, *De las fuentes de las obligaciones*, 44.

55 Martinic y Reveco mencionan que “en el caso de las solemnidades voluntarias, su fuente inmediata está precisamente en la voluntad de las partes de exigir [...] [la] formalidad que en el mismo acto estipulan”. Martinic y Reveco, “Las formalidades voluntarias”, 10.

otorgado una escritura pública o privada.

No cabría argumentar que estas normas se deben aplicar por analogía a la luz del artículo 18 numeral 7 del CC. Como señala Claro Solar, “[e]l argumento de la analogía [...] no es admisible cuando la disposición es excepcional”⁵⁶. En este caso, sería aplicar la ley en un ámbito en que el legislador decidió dar una amplia libertad a los particulares.

6. LA FRONTERA ENTRE UNA MODIFICACIÓN Y UN INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

Tras la exposición realizada en los párrafos anteriores sobre los límites de las cláusulas de no modificación oral, es necesario señalar algunos criterios para distinguir los casos en que es válido alegar que se modificó el contrato y los casos en que, sencillamente, se incumplió. A pesar de que la frontera entre estas situaciones es algo difusa, hay tres indicadores que pueden ayudar a aclararla.

En primer lugar, el número de partes que intervinieron en la supuesta modificación. Si una parte alega que los términos del contrato se modificaron por una vía distinta de la prevista en la cláusula de no modificación oral y no hubo tolerancia o una manifestación de conformidad de la otra parte, la ejecución del contrato con términos distintos de los que constan en el contrato escrito debe entenderse como un incumplimiento⁵⁷. Al contrario, si ambas partes expresaron, por cualquier medio, su conformidad con la ejecución del contrato de una forma distinta, entonces efectivamente se podría discutir si se dejó sin efecto la cláusula de no modificación oral y si el contrato se modificó.

En segundo lugar, la cantidad de veces que el contrato se ejecutó en términos distintos de los originales. No es lo mismo hablar de una simple tolerancia de un incumplimiento que hablar de una modificación. Si, por ejemplo, en un contrato de tracto sucesivo, una de las partes toleró en una ocasión la ejecución defectuosa de la otra parte, pero luego se siguió ejecutando en los términos originales, el contrato permanecería intacto y no cabría hablar de una modificación. En cambio, si esa ejecución defectuosa se repite en varias ocasiones y la otra parte no manifiesta su inconformidad, ya se podría admitir la posibilidad de que se haya modificado el contrato.

56 Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado: tomo primero* (Santiago de Chile: Establecimiento Poligráfico Roma: 1898), 134.

57 Resulta particularmente adecuada la definición brindada por Álvaro Vidal sobre el incumplimiento: “la falta de coincidencia entre el objeto ideal —lo inicialmente prometido por el deudor— y el objeto real —lo efectivamente ejecutado por el deudor—”. Álvaro Vidal e Íñigo de la Maza, *Derecho de los contratos* (Buenos Aires: Astrea, 2017), 154, citado en Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 682.

A pesar de que este segundo criterio pueda ser una guía para determinar si se ha modificado el contrato, atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso y del contrato de que se trate, podría ocurrir que una sola ejecución variada sea suficiente para modificar el contrato. En definitiva, a lo que se debe atender es “[a]l acto o la serie de actos, en cuanto son reveladores de un modo general de proceder o de comportarse” (énfasis añadido)⁵⁸.

En tercer lugar, debe haberse generado una certeza razonable de que se dejó sin efecto la cláusula de no modificación oral⁵⁹. Si por una circunstancia extraordinaria —por ejemplo, un escenario de caso fortuito— una de las partes cumplió sus obligaciones en una forma distinta de la pactada, no podría admitirse la alegación de que el contrato se modificó. Pero si en varias se le permitió cumplir el contrato de forma diferente y la otra parte no se pronunció al respecto, entonces se puede haber creado una razonable certeza de que ya se modificó —aun en contravención de la cláusula de no modificación oral— y, en consecuencia, la otra parte no podrá invocar dicha cláusula⁶⁰.

7. CONCLUSIONES

En los párrafos precedentes se ha buscado determinar la naturaleza jurídica, eficacia y límites de las cláusulas de no modificación oral. En virtud de lo expuesto en ellos, se puede colegir que:

1. Los contratos son un medio para alcanzar un fin. Por consiguiente, los términos que se plasmen en ellos serán, en teoría, los más idóneos para que las parte encuentren lo que buscan.
2. Salvo que la ley imponga requisitos específicos, los negocios jurídicos modificatorios se pueden celebrar a través de cualquier medio.
3. Las solemnidades voluntarias permiten a los contratantes imponer en sus negocios ciertas formalidades que no son exigidas por la ley. Con fundamento en ellas, los contratantes pueden pactar cláusulas de no modificación oral para que sus contratos solo se puedan modificar a través de un medio específico.
4. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano las cláusulas de no modificación oral son eficaces. Sin perjuicio de lo anterior, en el Código Civil hay una mayor apertura a limitar su eficacia, mientras que en el Código de Comercio,

58 Luis Díez-Picazo, *La doctrina de los actos propios* (Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1963), 195.

59 Marcelo López Mesa, “De nuevo sobre la confianza legítima como forma de declaración unilateral de voluntad”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º. 2 (abril de 2013): 2, <https://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1776/2326>.

60 Momberg y Severin, “Las formalidades”, 73.

aparentemente, tienen una eficacia absoluta.

5. El efecto de las cláusulas de no modificación oral es impedir que los negocios jurídicos modificatorios se perfeccionen si no se han cumplido las solemnidades pactadas por los contratantes. De esta manera, la modificación que se ha intentado por medios distintos de los pactados por las partes es inexistente. Si una parte ejecuta el contrato en términos distintos de los pactados originalmente, deberá demostrar que se cumplieron las solemnidades para modificar el contrato. Si ese no fue el caso, entonces su ejecución debe ser entendida como un incumplimiento contractual.

6. Un intento de modificar un contrato por otros medios no implica una renuncia a la cláusula de no modificación oral, sino que es el supuesto de hecho para que despliegue sus efectos, es decir, impedir la modificación por esa vía. El principal límite para estas cláusulas es la doctrina de los actos propios. Una parte no podrá invocar la cláusula de no modificación oral cuando ha dado a entender que el contrato se puede modificar por otros medios. Sin embargo, el análisis para determinar si se ha generado una confianza razonable de que se dejó sin efecto la cláusula debe hacerse caso por caso.

7. Los artículos 1741 y 1862 del CC no son aplicables al caso de las cláusulas de no modificación oral. En primer lugar, porque su aplicación tornaría ineficaces a estas cláusulas desde el momento en que son pactadas. En segundo lugar, porque son normas que están contempladas para dos contratos específicos y para una solemnidad determinada: que un contrato de compraventa o arrendamiento no se perfeccione mientras no se haya otorgado escritura pública o privada.

8. Existen tres criterios que ayudan distinguir un incumplimiento contractual de una modificación: (i) el número de partes que participaron en la supuesta modificación; (ii) el número de ocasiones que las obligaciones del contrato se ejecutaron en forma distinta a la pactada y (iii) la certeza razonable de que se modificó el contrato.

9. Si las partes pactaron una cláusula de no modificación oral es porque querían evitar las variaciones informales al contrato. En caso que quisieran poner fin a las formalidades, deberán utilizar el mecanismo previsto en la cláusula de no modificación oral para dejarla sin efecto y, en adelante, poder modificar sus contratos libremente.



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.

Deberes fiduciarios personalizados como medio para facilitar inversiones sofisticadas en Latinoamérica

Fiduciary Tailoring as a Framework to Facilitate Sophisticated Investments in Latin America

RODRIGO QUINTERO BENCOMO*

Recibido / Received: 27/05/2024

Aceptado / Accepted: 25/08/2024

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3333>

Citación:

Quintero Bencomo R. “Deberes fiduciarios personalizados como medio para facilitar inversiones sofisticadas en Latinoamérica”. USFQ Law Review vol. 11, no. 2, noviembre de 2024, <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3333>

* Junior Fellow, Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas. Correo electrónico: rodrigoquinteroben@gmail.com.
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-3675-4261>

RESUMEN

El *fiduciary tailoring* consiste en la personalización de deberes y obligaciones fiduciarias de los oficiales de gobierno corporativo a través de contratos entre accionistas existentes, inversionistas y la compañía, usualmente siguiendo intereses comunes de inversionistas sofisticados y la compañía. Esta tendencia es ampliamente aceptada y discutida en Delaware, donde se creó un marco funcional para su utilización. Para América Latina, sin embargo, el tema continúa siendo un campo con escasos estudios. El presente artículo demuestra que, en realidad, los derechos societarios de América Latina admiten el *fiduciary tailoring*. También se explica su utilidad para inversionistas sofisticados con particular énfasis en su aplicación ante estructuras sofisticadas de capital, activismo accionarial, salida (*exit*) o venta de la compañía e insolvencia y dificultad financiera. Se concluye que la mayoría de las legislaciones de América Latina, como la de Delaware, derivarían beneficios importantes de adoptarse un esquema de validez y eficacia de pactos parasociales que permita la introducción de mecanismos de *fiduciary tailoring* y su uso por parte de inversionistas sofisticados.

PALABRAS CLAVE

Gobierno corporativo; *fiduciary tailoring*; América Latina; inversionistas sofisticados pactos parasociales

ABSTRACT

Fiduciary tailoring involves the modification of director's fiduciary duties through contracts between existing shareholders, investors, and the corporation itself, usually finding a balance between investor's interests and those of the corporation. This trend is widely accepted and debated in Delaware, where a functional framework for its use was created. For Latin America, however, this matter has had little research. This paper proves that, in fact, corporate law in several Latin American jurisdictions admits fiduciary tailoring and make a case for its use by sophisticated investors with particular emphasis on its application before sophisticated capital structures, shareholder activism, exits, and insolvency and financial difficulty. It is concluded that most Latin American jurisdictions, like Delaware, would receive important benefits if a framework of validity and enforcement of shareholder's agreement that allows the introduction and use of various forms of fiduciary tailoring by sophisticated investors be implemented.

KEYWORDS

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

1. INTRODUCCIÓN

En una economía caracterizada por la abundancia de empresas prometedoras con productos y servicios innovadores que requieren debido financiamiento para la explotación real y completa de su potencial, en contraste con un creciente pero muy limitado mercado de firmas y fondos de inversión, *venture capital*, *hedge funds* y similares en América Latina¹, la interacción entre el derecho de los contratos y el derecho de sociedades merece una revisita para remediar con soluciones actuales los nuevos problemas de agencia que indefectiblemente surgirán entre el patrimonio y la administración de compañías financiadas.

Se ha observado que, en Latinoamérica, así como en otras latitudes, los inversionistas sofisticados tienden a abstenerse de tomar el control de la empresa, como negocio en marcha, en sustitución de los fundadores una vez culminada la ronda de financiamiento. Por cuanto la idea primigenia de negocios germinó en la mente de los fundadores y resultaría adverso, desde una posición negocial, relevar a quienes detentan un conocimiento y dominio claro de las operaciones, los recursos y el futuro financiero del proyecto². En cambio, inversionistas sofisticados como capital de riesgo, *hedge funds*, fondos de inversiones, inversionistas institucionales, fondos soberanos de inversiones y otros optan por asegurar *ex ante* garantías de gobierno corporativo, modelando los deberes fiduciarios a través de contratos de duración cierta o permanente y con múltiples partes, que distribuyen las facultades decisorias e incluso las condicionan con base en circunstancias de relevancia para los contratantes como parte del diseño acordado³. La personalización contractual de los deberes fiduciarios, en cuanto marco facilitador de inversiones, ha sido denominada *fiduciary tailoring* como postulado funcional y tópico que ocupa la presente investigación⁴. El *fiduciary tailoring* encuentra su base en el gobierno corporativo contractual o *contractarian governance*, a su vez basado en la autonomía de la voluntad de las partes contratantes como base fundamental de cualquier estructura de gobernanza empresarial. Esta personalización no es novedad en

1 Ver OECD/CAF, *América Latina y el Caribe 2019: Políticas para PYMEs competitivas en la Alianza del Pacífico y países participantes de América del Sur* (París: OECD Publishing, 2019), 25. <https://doi.org/10.1787/60745031-es>. En este estudio las entidades autoras observaron que “la gran mayoría (99,5 %) de las empresas de la región son PYMEs, y casi 9 de cada 10 compañías son clasificadas como microempresas”. También se concluyó que existen desafíos regulatorios latentes para el acceso al financiamiento de este tipo de compañías.

2 Paolo Giudici y Peter Agstner, “Startups and Company Law: The Competitive Pressure of Delaware on Italy (and Europe?)”, *ECGI Working Paper Series in Law*, n.º 471 (agosto de 2019): 10, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3433366>. No sin olvidar, como indican los autores, que fundadores e inversionistas asumen riesgos iguales en una transacción financiera que comporte el financiamiento del capital empresarial.

3 Alvaro Pereira, “The Law of Contingent Control in Venture Capital”, *Columbia Business Law Review* 2023, n.º 2 (mayo de 2023): 3-4, https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID4476737_code2524050.pdf?abstractid=4444192&mirid=1.

4 Timothy L. Fort y Cindy A. Schipani, “Corporate Governance in a Global Environment: The Search for the Best of All Worlds”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 33, n.º 2 (octubre de 2000): 11, <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1737&context=vjtl>.

Estados Unidos⁵, particularmente en Delaware donde esta proposición encuentra su origen⁶, pero sí lo es en el continente latinoamericano.

Los distintos modelos contractuales de personalización fiduciaria provenientes de Delaware prueban reducir los riesgos y costos de transacción que firmas de inversión o inversionistas individuales asumen al invertir en proyectos empresariales de alto riesgo, especialmente en el área de tecnología⁷. Sin embargo, aunque apremia reconocer la atención exhaustiva de la doctrina a los deberes fiduciarios y problemas de agencia⁸, se observa que el gobierno corporativo contractual es un área de relevancia práctica que todavía debe alcanzar a la doctrina latinoamericana para propósitos de investigaciones empíricas, política legislativa y asesoría a potenciales inversionistas en el continente.

En ese sentido, se presentará, en primer lugar, la extensión en la que el *fiduciary tailoring* es admitido en el derecho de sociedades de distintos países de Latinoamérica. En segundo lugar, los instrumentos contractuales a través de los cuales tales arreglos fiduciarios contractuales se instituyen y operan. En tercer lugar, los supuestos contractuales basados en situaciones que sociedades comerciales en el referido continente tienden a enfrentar con regularidad, a saber, estructuras de capital sofisticadas como las *dual-class shares* o acciones duales, accionistas activistas, salidas (*exits*) o ventas de la compañía como negocio en marcha o *going concern* e insolvencia o dificultad financiera. En términos prácticos, se busca dilucidar a grandes rasgos, el qué y el cómo de la personalización fiduciaria como manifestación del gobierno corporativo contractual en cuanto fenómeno bajo la óptica de distintas leyes societarias en América Latina.

2. LIBERTAD CONTRACTUAL VS. DEBERES FIDUCIARIOS. UN ANÁLISIS DE LA PRESENCIA Y EXTENSIÓN DEL *FIDUCIARY TAILORING* DE DELAWARE EN LEGISLACIONES SOCIETARIAS LATINOAMERICANAS SOBRE EL DEBER DE CUIDADO O DILIGENCIA Y DEBER DE LEALTAD

Históricamente, el análisis primordial del derecho corporativo solía regirse por lo que Klausner, siguiendo a Clark, denominó la “teoría contractual del

5 Ibid., 12. Ambos autores, admitiendo que la tendencia proviene de las leyes de Delaware, expresan que la *contractarian governance* se ha convertido en la principal tendencia de gobierno corporativo en los Estados Unidos en tanto se siguió el curso de Delaware.

6 Michael Klausner, “The Contractarian Theory of Corporate Law: A Generation Later”, *The Journal of Corporation Law* 31 (abril de 2006): 782, <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2015/06/31CorpL779.pdf>.

7 Pereira, “The Law of Contingent Control”, 3. El referido autor también sostiene, resaltando los notables riesgos de inversión en una *startup* de tecnología, que sin las garantías contractuales acordadas entre las firmas de *venture capital* y la empresa de tecnología financiadas devendría imposible convenir en capitalización alguna.

8 Ver, Paúl Noboa Velasco, “Problemas de agencia y su mitigación en el contexto societario ecuatoriano (Corporate Agency Problems and Their Mitigation in Ecuador)”, *Working Paper Series, Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas* 5 (2020): 4, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3513599>.

derecho corporativo”⁹, la cual reducía al derecho societario a la mera provisión de “un conjunto de reglas por defecto que los gerentes podrían adoptar en nombre de sus compañías, mientras se dejaba a los gerentes libres para personalizar los estatutos de sus compañías”¹⁰. Reminiscencias recientes de la hipótesis observan que la teoría contractual del derecho corporativo se resume —o, de hecho, se resumía— en la consideración de la compañía como “un nexo de contratos (incompletos) entre directores, accionistas, empleados, proveedores, clientes y otras partes”¹¹.

Aunque la teoría contractual del derecho corporativo fue irremediablemente desechada con posterioridad¹², de aquella surge la concepción hoy admitida, vigente y útil de *fiduciary tailoring*, que consiste en la personalización convencional de los deberes y las obligaciones fiduciarias de los oficiales de gobierno corporativo por parte de accionistas, inversionistas y la misma compañía a través de contratos entre los propios accionistas e inversionistas¹³. Así se desarrolló la proposición hoy generalmente aceptada en Delaware y Estados Unidos de que los deberes fiduciarios no son inmutables, sino que la compañía, directores, accionistas e inversionistas sofisticados pueden convenir en la modificación contractual —no estatutaria— de los deberes fiduciarios en interés del propósito financiero de la corporación y la alineación de los intereses de las diversas partes involucradas. El *fiduciary tailoring*, en cuanto tendencia, no solo sobrevivió a su fundamento esencial como lo fue la teoría contractual del derecho corporativo en la Ley General de Corporaciones de Delaware (en adelante DGCL, por sus siglas en inglés), sino que figura como un componente esencial del gobierno corporativo contractual o *contractarian governance* y explica una variedad de realidades inherentes al fenómeno societario¹⁴.

La concepción actual de gobierno corporativo contractual fue ampliamente modelada por la invaluable jurisprudencia de la Court of Chancery de Delaware (en adelante Corte) en interpretación de la DGCL. Así, en *Abry Partners V., L.P., et al c. F&W Acquisition LLC, et al.*, caso 1756-N, la Corte observó que, en consideración de la “sensibilidad de Delaware a la necesidad de que el comercio proceda en una manera racional y cierta”, la libertad contractual en su dimensión societaria y de gobierno corporativo entraña que a las entidades de negocio se les defiera la posibilidad de “efectuar sus propios

9 Klausner, “The Contractarian Theory”, 779-798.

10 Klausner, “The Contractarian Theory”, 780 (traducción no oficial).

11 David Gibbs-Kneller, David Gindis y Derek Whayman, “Not by Contract Alone: The Contractarian Theory of the Corporation and the Paradox of Implied Terms”, *European Business Organization Law Review* 23 (marzo de 2022): 574, <https://doi.org/10.1007/s40804-022-00241-7>.

12 Klausner, “The Contractarian Theory”, 797.

13 John A. Kupiec y Mark E. McDonald, “Chancery Court Highlights Tension Between Freedom of Contract and Corporate Fiduciary Duties”, *Harvard Law School Forum on Corporate Governance* (junio de 2023), <https://corpgov.law.harvard.edu/2023/06/06/chancery-court-highlights-tension-between-freedom-of-contract-and-corporate-fiduciary-duties/>.

14 *Ibid.*

juicios sobre los riesgos que asumirán”¹⁵.

Sin embargo, el principio de libertad contractual aplicado en el contexto de sociedades mercantiles observa limitantes. Siguiendo a Kupiec y McDonald, se encuentran prohibidas las cláusulas contractuales que intenten “modificar, limitar o exceptuar ciertos derechos normativos o de derecho común”¹⁶, como el derecho a la venta de acciones, el derecho al voto y el derecho a pedir evaluación del valor económico de las acciones detentadas. Asimismo, la Corte recientemente ha asentado que la libertad contractual en sentido societario bajo la DGCL no comprende contratos en los cuales se persiga la exoneración total de directores, oficiales y administradores por fraude intencional¹⁷ o negligencia grave¹⁸.

Tras un extenso pero disperso legajo jurisprudencial, en el año 2023 la Court of Chancery en el caso *New Enterprise Associates 14, et al. c. Rich, et al.*, caso número 2022-0406-JTL, del 2 de mayo de 2023, uniformó la tendencia de *contractarian governance* y *fiduciary tailoring*. En una opinión ya calificada como “épica”¹⁹, el vicescanciller J. Travis Laster, declarando sin lugar una moción para desestimar, observó, *inter alia*, que las leyes de Delaware permiten convenios entre accionistas, la compañía y directores, que dispongan la forma en las que los deberes fiduciarios deben ser observados por los oficiales de gobierno corporativo, notando que “[l]a [DGCL] también permite más espacio para la personalización fiduciaria (*fiduciary tailoring*) y más grandes límites a la responsabilidad fiduciaria que como es ampliamente entendido”²⁰ y advirtió que incluso “el derecho común de Delaware va más allá”²¹ en cuanto a la definición contractual del contenido de los deberes fiduciarios se refiere. La referida Corte, así, en términos no ambiguos, refrendó una vez más el gobierno corporativo contractual como una alternativa legalmente viable a la luz de las leyes corporativas de Delaware y estimó que el repertorio de posibilidades de acuerdo con el derecho contractual era aún más amplio que en el derecho corporativo.

15 *Abry Partners V., L.P., et al., c. F&W Acquisition, LLC, et al.*, Court of Chancery of the State of Delaware, 14 de febrero de 2006, 49. (traducción no oficial).

16 *Libeau c. Fox* (afirmado en la parte pertinente, revocado por otras razones por la Suprema Corte de Delaware), Court of Chancery of the State of Delaware y *Manti Holdings, LLC c. Authentix Acquisition*, Court of Chancery of the State of Delaware, citado en Kupiec y McDonald, “Chancery Court Highlights”.

17 *Express Scripts, Inc., et al., c. Bracket Holdings Corp.*, Court of Chancery of the State of Delaware, 23 de febrero de 2021, 13, afirmando en *Airborne Health, Inc. c. Squid Soap, LP*.

18 *Techview Invs. c. Amstar Pol. Prop. Fund I, L.P.*, Court of Chancery of the State of Delaware, 31 de agosto de 2021.

19 Pamela Millard, “Court of Chancery Denies Motion to Dismiss Based on Covenant Not to Sue for Breach of Fiduciary Duty, but Holds Contractual Limitations on Fiduciary Duties Are Not Facially Invalid under Delaware Law”, *Business Law Today* (mayo de 2023), https://www.americanbar.org/groups/business_law/resources/business-law-today/2023-may/may-2023-brief-corporations-llcs-partnerships.

20 *New Enterprise Associates 14, L.P., et al. c. George S. Rich, Sr., et al.*, Court of Chancery of the State of Delaware, 2 de mayo de 2023, 4. (traducción no oficial).

21 *Id.*

Ahora bien, en un contexto latinoamericano, la preocupación fundamental de este artículo no yace en la admisibilidad o no del *fiduciary tailoring* ni de los contratos que modifican deberes fiduciarios, pues se entienden amparados por la libertad contractual y el principio de autonomía de la voluntad de las partes, preceptos consagrados en todas las legislaciones contractuales de los países de América Latina, cuyo fortalecimiento “se ha convertido en un eje central”²² para la actualización y modernización del derecho societario. Por el contrario, la duda que aqueja a la presente investigación es la extensión de la permisibilidad a la compañía, accionistas o inversionistas para modificar los deberes fiduciarios estatutariamente preordenados, desde la óptica de los principios generales que rigen el gobierno corporativo de todas las tipologías societarias en el derecho de sociedades de algunos países latinoamericanos y, de existir alguna, su similitud con la apertura contractual dispuesta en la DGCL y en jurisprudencia relevante que ha modelado tal ley.

En ese sentido, son ilustrativas las normas de algunos países que tipifican los deberes fiduciarios, a saber, el deber de cuidado y el deber de lealtad.

2.1 *FIDUCIARY TAILORING* Y DEBER DE CUIDADO

En primer lugar, merece atención el deber de cuidado, que consiste en la obligación de los directores y oficiales a desempeñar sus cargos de buena fe, con el cuidado de una persona razonable y con los mejores intereses de la corporación como norte, así como la responsabilidad que por incumplimiento de aquel se origina para los administradores²³.

Ecuador es un ejemplo importante. Al decir de Noboa Velasco, el artículo 262 de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías (en adelante Ley de Modernización) preceptúa el deber de cuidado bajo la denominación “deber de debida diligencia”, disponiendo que los administradores deberán desempeñar su cargo “con la diligencia de un ordenado empresario”²⁴. También dispone la precitada disposición en su inciso tercero la denominada “regla de discrecionalidad”, mejor conocida como *business judgment rule*, que protege al administrador societario en su toma de decisiones toda vez que: (i) tome su decisión con base en información suficiente, objetiva y razonable; y (ii) su decisión obedezca a “un procedimiento adecuado”²⁵.

22 María Fernanda Vásquez Palma, “Sobre la necesidad de modernizar el derecho societario chileno a partir del fortalecimiento de la autonomía de la voluntad”, *Revista Chilena de Derecho* 43, n.º 2 (agosto de 2016): 485, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177048407006>.

23 Marjorie Fine Knowles y Colin Flannery, “The ALI Principles of Corporate Governance Compared with Georgia Law”, *Mercer Law Review* 47, n.º 1 (diciembre de 1995): 18, https://digitalcommons.law.mercer.edu/jour_mlr/vol47/iss1/2.

24 Artículo 262, Ley de Modernización a la Ley de Compañías, R. O. Suplemento 347 del 10 de diciembre de 2020, citado en Paul Noboa Velasco, “El reconocimiento de la ‘Business Judgment Rule’ en el derecho societario del Ecuador”, *Blog del Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas* (diciembre de 2020), <https://www.derechoyfinanzas.org/el-reconocimiento-de-la-business-judgment-rule-en-el-derecho-societario-del-ecuador>.

25 Ibid.

En jurisdicciones como Ecuador²⁶, con respecto al deber de cuidado o diligencia, se considera que hay lugar para el *fiduciary tailoring* precisamente en la determinación contractual de estándares de información y parámetros de gobernanza efectiva por parte de inversionistas aventurándose en empresas de alto riesgo por medio de mecanismos de control contingente. Ejemplos de estos mecanismos serían atar ciertas decisiones fundamentales de los administradores a parámetros e indicadores de desempeño que —en caso de no ser observados— resultarán en su reemplazo, suspensión o limitación de funciones, supeditar ciertas decisiones al voto de accionistas que otrora no requerirían sanción accionaria por ley, disponer la presencia mínima de representantes de inversionistas contratantes en los consejos o asambleas y juntas directiva, disposición de parámetros de gobernanza en el mejor interés de los accionistas que los administradores se vean forzados a seguir en perjuicio de su discrecionalidad, entre otros.

Otras jurisdicciones, como Argentina, presentan un panorama más desafiante en el ámbito del deber de cuidado o diligencia y específicamente sobre la responsabilidad que podría resultar de infracciones a tal deber. En desarrollo de lo dispuesto en los artículos 59, en el cual se consagra el deber de diligencia del administrador, y 274, ambos de la Ley General de Sociedades N.º 19.550 de Argentina, se dispone que los directores “responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo” así como “por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave”²⁷. La legislación de Uruguay sigue el mismo camino con el artículo 391 de la Ley N.º 16.060, pues contiene una disposición casi idéntica a la argentina²⁸. La definición de “mal desempeño de su cargo” se ha asociado en la doctrina argentina con la definición de “culpa grave”²⁹, pero la diferencia capital que las legislaciones antes referidas guardan con la DGCL de Delaware es que, a diferencia de la sección 102(b)(7) de la DGCL, las leyes examinadas no contemplan la posibilidad de exculpar a los administradores y ejecutivos de responsabilidad por sus actos y omisiones³⁰.

Ante este panorama, inversionistas interesados en incentivar una actual o saliente administración pueden asegurar contractualmente, con accionistas

26 Jurisdicción que, cabe resaltar, tiene una legislación que ha avanzado paulatinamente de un modo satisfactorio. Ver Aurelio Gurrea Martínez y César Coronel Jones, “Propuesta para la mejora y modernización de la legislación societaria en Ecuador”, *Working Paper Serie, Instituto Iberoamericano de Derecho y Finanzas* (junio de 2019): 30-1, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3383861>.

27 Artículo 274, Ley General de Sociedades N.º 19.550 de Argentina, Decreto N.º 841/84 B. O. 30 de marzo de 1984, reformada por última vez en Anexo II de la Ley N.º 26.994 B. O. del 8 de octubre de 2014.

28 Artículo 391, Ley N.º 16.060 de Uruguay, Decreto N.º 335/990 del 26 de julio de 1990.

29 Jimena I. Lértora Durand de Cassis y Luz G. Masferrer, “Responsabilidad del administrador societario a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y la Reforma a la Ley General de Sociedades”, en *XV Jornadas y V Internacional de Comunicaciones Científicas de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas-UNNE*, ed. Alba Esther de Bianchetti (Corrientes: Moglia Ediciones, 2019), 124.

30 Sección 102 (b)(7), Delaware General Corporation Law, reformada por última vez el 15 de agosto de 2023.

existentes y en adición a las posibilidades antes descritas, una cantidad importante de beneficiosos parámetros. Con frecuencia, se acuerdan lineamientos de dirección y gobierno de la sociedad, autorizaciones excepcionales a los directores para actuar en determinadas situaciones, exculpaciones ante ciertas acciones judiciales societarias e incluso el recurso a llamados *D&O insurance*, seguros para directores y oficiales que procuran la indemnidad de la administración frente a acciones sociales de responsabilidad en contra de directores por responsabilidades devenidas de errores o negligencia con culpa grave que no pudieran ser totalmente excluidas por la ley.

Conviene también destacar a jurisdicciones con una consagración tradicional del deber de cuidado o diligencia como Venezuela, Brasil y México. La tipificación del prenombrado deber fiduciario se caracteriza por una aproximación genérica con base en el estándar del denominado “buen hombre de negocio”, *homem ativo e prob*, según el artículo 153 de la Ley N.º 6.404 de Brasil del 15 de diciembre de 1976³¹ o incluso el de “persona razonable”, como prefiere la *common law* y recientemente acuñado por el derecho francés³². En ese sentido, disposiciones como el artículo 266, numeral 4 del Código de Comercio venezolano³³ y el artículo 157 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México³⁴ parecen limitar la responsabilidad derivada del deber de cuidado a áreas esenciales.

La generalidad de la ley, al describir el deber de cuidado y las responsabilidades que de este dimanar, presenta una oportunidad para los inversionistas sofisticados que consiste en un marco contractual amplio por medio del cual puede disponer de sofisticados arreglos fiduciarios cuya única limitación, que se deriva de su fundamento genético como lo es la libertad de contratación, es el orden público y disposiciones expresas de ley. En efecto, nociones como “diligencia”, “cuidado razonable”, entre otras, se beneficiarían de una especificación por medio de obligaciones afirmativas para los directores, administradores y ejecutivos con base en las necesidades específicas de la compañía y los intereses de inversionistas o nuevos accionistas que tanto la junta directiva como los socios existentes estén dispuestos a aceptar³⁵.

Principalmente y como punto conclusivo del análisis presentado con respecto a la personalización fiduciaria del deber de cuidado, los ordenamientos brasileños, venezolanos y mexicanos en esta materia también presentan una

31 Artículo 153, Ley N.º 6.404 [que dispone sobre las sociedades por acciones], Decreto N.º 6.404 del 17 de diciembre de 1976.

32 Gema Tomás Martínez, “La sustitución del ‘buen padre de familia’ por el estándar de la ‘persona razonable’”, *Revista de Derecho Civil* 2, n.º 1 (enero-marzo de 2015): 66, <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/109/89>.

33 Artículo 266, numeral 4, Código de Comercio de Venezuela, Gaceta N.º 475 Extraordinaria, 21 de diciembre de 1955.

34 Artículo 157, Ley General de Sociedades Mercantiles de México, DOF del 4 de agosto de 1934, reformada por última vez en DOF del 2 de junio de 2009.

35 Ver, Rodrigo Quintero Bencomo, “Estándares de cuidado como modelo estatutario de responsabilidad de los administradores por infracciones al deber fiduciario de cuidado”, *Revista Venezolana de Derecho Mercantil* 7, n.º 1 (diciembre de 2021), http://www.ulpiano.org/vc/revistas/bases/artic/texto/RVDM/7/RVDM_2021_7_229-253.pdf.

oportunidad a los inversionistas contratantes para ampliar, cuando fuera su intención, los poderes de los directores para tomar decisiones efectivamente fuera del marco estatutario y de la imperatividad tipológica —lo que se verá más adelante— en función de las distintas realidades nacidas de la recepción de nuevos capitales. En ese sentido, es menester destacar que la doctrina de Delaware ha entendido que la sección 141(a) de la DGCL, que famosamente dispone los poderes de los directores para la administración de la compañía, es la expresión de una “política pública” motivada por la necesidad de garantizar el “respeto por el ordenamiento privado de los arreglos de gobierno corporativo” los cuales, al decir de Sharfman, “casi siempre otorgan autoridad extensiva a la Junta para tomar decisiones de parte de la corporación”³⁶.

2.2 *FIDUCIARY TAILORING* Y DEBER DE LEALTAD

Desde la perspectiva del deber de lealtad, que postula la obligación de los directores y oficiales de actuar en consecución de los intereses de la sociedad —esto es, la creación y maximización de valor—³⁷ en anteposición de los suyos propios³⁸, el panorama para la personalización fiduciaria es prometedor y análogo al del pretérito deber de cuidado.

En una abrumadora mayoría de los ordenamientos que disciplinan el derecho societario en América Latina el deber de lealtad se tipifica en un sentido genérico que se corresponde con la concepción doctrinaria antes explicada. Así, disposiciones como el artículo 59 de la Ley General de Sociedades de Argentina³⁹ y el artículo 266⁴⁰ del Código de Comercio de Venezuela establecen tanto el contenido del deber de lealtad como las obligaciones que emanan de aquel deber y que podrían calificarse como tradicionales o perennes. Sin embargo, en América Latina destacan los ordenamientos de Brasil, Ecuador y Chile, los cuales no solo instruyen el deber de lealtad, sino que definen situaciones específicas e íntimamente relacionadas con la cotidianidad comercial de las sociedades mercantiles en las que el deber de lealtad cobra vigencia. El análisis que sigue se enfocará en ellas y en las oportunidades que brindan desde una perspectiva del presente tema.

La importancia de los términos bajo los que los derechos de sociedades de Brasil, Ecuador y Chile yace en que tales ordenamientos regulan el deber de

36 Bernard S. Sharfman, “The Importance of the Business Judgment Rule”, *New York University Journal of Law and Business* 14, n.º 27 (diciembre de 2017): 28, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2888052>.

37 Cándido Paz-Ares, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *In-Dret. Revista para el Análisis del Derecho* 4 (octubre de 2003): 3-61, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=723330>.

38 Itziar Kraus Rodríguez, *El deber de lealtad de los administradores de las sociedades de capital* (Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Comillas, 2017): 10-1, <https://repositorio.comillas.edu/rest/bitstreams/88246/retrieve>.

39 Artículo 59, Ley General de Sociedades, 1984.

40 Artículo 266.4, Código de Comercio de Venezuela, 1955.

lealtad radica con significativa similitud a la DGCL. Lo cual reporta innovaciones jurídicas que permiten que inversionistas sofisticados puedan utilizar plenamente los medios contractuales para la personalización contractual del deber de lealtad. Así, guardando una notable diferencia con otras jurisdicciones, en Brasil, Ecuador y Chile se regulan dos aspectos fundamentales del deber de lealtad de interés en esta investigación, primero, situaciones de *self-dealing* o autocontratación y, segundo, las transacciones interesadas⁴¹.

El tratamiento legislativo deferido por los tres prenombrados países —tanto a la denominada *self-dealing* o autocontratación como a las transacciones interesadas— coincide en gobernar ambas bajo una tríada de principios: revelación, autorización y abstención⁴².

Aunque en Delaware la autocontratación y las transacciones interesadas no están prohibidas directamente en tanto no todas resultan desfavorables al propósito de la compañía y podrían en realidad beneficiarle⁴³. En América Latina existe una clara tendencia imponiendo que los administradores o directores involucrados en una transacción con la compañía en la que se sitúan como contraparte contractual, o bien en la cual hallan un interés, deben revelar a la junta directiva su condición o interés. La transacción debe ser aprobada o subsanada por la junta directiva⁴⁴ y el director o administrador interesado debe abstenerse en la votación que decida la procedencia o no de la transacción en cuestión⁴⁵.

Pues bien, los principios que rigen la consagración legislativa de la autocontratación y transacciones interesadas abren las puertas, para inversionistas sofisticados, a dos posibilidades de personalización fiduciaria reconocidas en la ya citada decisión, *New Enterprise Associates 14, et al. c. Rich* por parte de la Court of Chancery de Delaware: (i) aprobaciones adelantadas por parte de inversionistas en acuerdos privados celebrados con anterioridad a su consolidación como accionistas de una corporación, lo que la prenombrada Corte y la doctrina de Delaware prefieren denominar *advance ratification* o “ratificación avanzada”; y (ii) descargos de responsabilidad que comporten la

41 Artículos 155 y 156, Ley N.º 6.404 de Brasil, 1976. Artículos 243, 261 y 261.2, Ley de Modernización a la Ley de Compañías de Ecuador, R. O. Suplemento 347 del 10 de diciembre de 2020. Artículos 42, 43 y 44, Ley N.º 18046 sobre Sociedades Anónimas de Chile, 21 de octubre de 1981.

42 Nicolás Gaitán Villaneda, “La autocontratación en el derecho de sociedades colombiano: deber de lealtad, interés social y vínculo jurídico administrador-sociedad”, *Revista e-Mercatoria* 12, n.º 2 (julio-diciembre de 2013): 43-79, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4744049>.

43 Merece aclarar, sin embargo, que la jurisprudencia de Delaware impone que las cortes evalúen la transacción no bajo el imperio de la *business judgment rule* o regla de discrecionalidad, sino bajo el *entire fairness standard* o llamado “estándar de estricta ecuanimidad” en Colombia, el cual entraña un escrutinio incrementado sobre la autocontratación o transacción interesada. Ver *Nixon c. Blackwell*, Supreme Court of the State of Delaware, 22 de junio de 1993, 1375.

44 Ver, en concatenación, artículos 243, numeral 3, y 261, Ley de Modernización a la Ley de Compañías de Ecuador, R. O. Suplemento 347 del 10 de diciembre de 2020. Artículo 156, Ley N.º 6.404, 1976. Artículo 44. Ley N.º 18046 sobre Sociedades Anónimas de Chile, 21 de octubre de 1981.

45 Ver, por ejemplo, el artículo 243, numeral 3, Ley de Modernización a la Ley de Compañías de 2020.

eliminación total o parcial de los administradores por potenciales infracciones al deber de lealtad en situaciones definidas⁴⁶.

La *advance ratification* o ratificación avanzada consiste en la aprobación que la junta directiva o inversionistas efectuarán de “potenciales” transacciones interesadas, antes de que aquellas ocurran⁴⁷. En Latinoamérica, la doctrina se enfoca en ratificaciones posteriores de una operación interesada⁴⁸, mientras que la ratificación adelantada, más propia en la *common law*⁴⁹, parece permanecer ajena a los estudios recientes. En Delaware, como lo demostró la opinión en el caso *New Enterprise Associates 14, et al. c. Rich*, la ratificación avanzada de transacciones interesadas opera por medio del establecimiento, a través de medios contractuales, de una “fórmula predecible” de situaciones en las que las transacciones interesadas se entienden aprobadas. Así, el más claro ejemplo señalado por la Corte se halla en el establecimiento por parte de los directores de su propia compensación⁵⁰. La consecuencia directa de una ratificación avanzada es la subordinación del escrutinio judicial sobre la transacción interesada a la *business judgment rule*.

Ahora bien, existe lugar para un argumento a favor de las ratificaciones avanzadas de transacciones interesadas por medio de contratos de personalización fiduciaria⁵¹, a pesar de una aparente ausencia de codificación positiva. Citando a Cebriá, es una premisa establecida que al administrador le incumbe *ex ante* “la adopción de las medidas necesarias para evitar incurrir en [situaciones] de conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad”⁵². En ese sentido, los accionistas tienen el derecho, y procuran, una administración desinteresada⁵³. De ahí que, como lo sugiere la Corte al pactar los inversionistas, en uso de su libertad contractual, fórmulas predecibles de transacciones y actos en los que directores y administradores pueden involucrarse o sobre los cuales pueden decidir con refrenda accionaria anticipada⁵⁴ no producen sino la consecución directa de tal propósito.

Por otro lado, desde un punto de vista puramente legislativo y en pleno acuerdo con las premisas antes señaladas, figura como un estándar invariable en el contenido del deber de lealtad la obligación de los directores de evitar incurrir en conflictos de intereses dispuesta por el artículo 262.1, literal e) de la Ley

46 *New Enterprise Associates c. Rich, et al.*, 71.

47 *Id.*

48 Gaitán Villaneda, “La autocontratación”, 66.

49 En el ámbito de compensación de directores, ver John Calma, et al. c. Mark B. Templeton, et al., Court of Chancery of the State of Delaware, 30 de abril de 2015, 22.

50 *New Enterprise Associates c. Rich, et al.*, 71.

51 Sin excluir, sin embargo, la posibilidad de efectuar tales autorizaciones en los estatutos de las compañías.

52 Luis Hernando Cebriá, “La configuración estatutaria del deber de lealtad: sus relaciones con el régimen de retribución de los administradores y con el mercado de capitales”, *ADC LXXVI*, n.º II (abril-junio de 2023): 449, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2023-20044300518.

53 Gaitán Villaneda, *La autocontratación*, 58.

54 *New Enterprise Associates c. Rich, et al.*, 71.

de Modernización a la Ley de Compañías de Ecuador⁵⁵ y el artículo 262.2 *ejusdem* o, más genéricamente, los artículos 155 y 156 de la Ley N.º 6.404 de Brasil que dispone sobre las sociedades por acciones⁵⁶. La obligación es naturalmente amplia, pues el deber de lealtad dispone, a su vez, de un contenido que prohíbe y penaliza la deslealtad. Por ello, interpretando las disposiciones legales en un sentido amplio, observamos que las ratificaciones adelantadas son consistentes con el interés general de prevenir una administración interesada en cuanto parte del contenido del deber de lealtad se inscribe dentro de la referida norma, e inversionistas sofisticados pueden recurrir a esta figura en cuanto expresión del *fiduciary tailoring* por medio de la definición contractual de una fórmula predecible de transacciones que obedezcan a distintos criterios y que, de surgir la oportunidad, acuerdan su aprobación⁵⁷.

En otro orden de ideas, se observa que las pretéritas legislaciones también permiten los descargos de responsabilidad o acuerdos limitativos o extintivos de responsabilidad de los administradores —siempre que la aprobación provenga de accionistas no interesados, como dispone el artículo 262.6 de la Ley de Modernización a la Ley de Compañías ecuatoriana—⁵⁸, pues resultan consistentes con las referidas normas al prevenir *ex ante* la existencia de conflictos de interés que aquejen a la administración social. Asimismo, su justificación doctrinaria, al decir de Paz-Ares, comparte los mismos argumentos pragmáticos principales que los *D&O insurance* o seguros de directores y oficiales⁵⁹, es decir, el incentivo a los administradores en la asunción de riesgos, la cobertura de las consecuencias patrimoniales, la atracción de talento individual y, como bien señala López y García de la Serrana, una “reducción de la elevada aversión al riesgo del administrador”⁶⁰. Legislativamente, los descargos de responsabilidad o acuerdos limitativos o extintivos de responsabilidad encuentran su base en la autonomía de la voluntad y libertad contractual de los inversionistas que acuerden, privadamente, no ejercer acciones de responsabilidad en contra de los administradores, toda vez que no existe texto positivo en las referidas legislaciones que prohíba tales acuerdos siempre que resulten ejecutables sobre una base razonable de tiempo, espacio y alcance⁶¹.

55 Artículo 262.1, literal e), Ley de Modernización a la Ley de Compañías de 2020.

56 Artículos 155 y 156, Ley N.º 6.404, 1976.

57 *New Enterprise Associates c. Rich, et al.*, 109-10.

58 Artículo 262.6, literal e), Ley de Modernización a la Ley de Compañías, 2020.

59 Paz-Ares, “La responsabilidad”, 45.

60 Javier López y García de la Serrana, “El seguro de R. C. de los directivos y administradores (seguro D&O)”, *Revista de Responsabilidad Civil, Circulación y Seguro* 1, n.º 1 (enero de 2007): 6, <https://www.hispacolem.es/wp-content/uploads/documents/pdf/El%20seguro%20de%20R%C3%A9gimen%20de%20los%20directivos%20y%20administradores.pdf>.

61 *New Enterprise Associates c. Rich, et al.*, 111.

3. EL FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DEL *FIDUCIARY TAILORING* COMO EXPRESIÓN DEL GOBIERNO CORPORATIVO CONTRACTUAL: LOS PACTOS PARASOCIETARIOS Y SU EFICACIA Y DESEABILIDAD PARA INVERSIONISTAS SOFISTICADOS

La dimensión práctica del gobierno corporativo contractual y su expresión fundamental, el *fiduciary tailoring*, se caracterizan por la utilización de los pactos parasociales en cuanto acuerdos privados entre accionistas, o entre aquellos y la propia sociedad, que regulan las relaciones privadas entre los suscriptores, se encuentran al margen de los estatutos de la compañía⁶² y que originan obligaciones contractuales en cabeza de sus partes, sin resultar oponibles a la sociedad⁶³. La doctrina conviene en la existencia de tres tipos de pactos parasociales: (i) pactos de atribución, que disponen un derecho o ventaja para la compañía; (ii) pactos de relación, reguladores del vínculo entre los socios; y (iii) pactos de organización, que establecen parámetros *inter pares* orientados al gobierno y la administración de la sociedad mercantil⁶⁴.

Con frecuencia, socios o futuros inversionistas de una compañía recurren a los pactos parasociales para normar sus relaciones privadas frente a la propia compañía a fin de “imponer orden en el negocio de la corporación y regular la conducción de sus asuntos”⁶⁵. Puesto que los acuerdos entre accionistas tienden a regular una variedad de situaciones y relaciones *inter pares* claves para la compañía como la transferencia de acciones (p. ej., *lock-up provisions*, preferencias ofertivas), el voto en las asambleas (p. ej., sindicación de acciones), venta de la compañía como *going concern* (p. ej., *drag-along*, *tag-along*, fórmulas predecibles de posibles transacciones para la venta del activo social) y otros, su importancia se ha equiparado funcionalmente con los estatutos sociales⁶⁶.

A los efectos del tema que ocupa a esta investigación, los pactos parasociales son de vital importancia, pues, a través de estos instrumentos, los inversionistas sofisticados, accionistas existentes, fundadores y, en ocasiones, la propia compañía acuerdan los arreglos privados pertinentes que acarrear la personalización de los deberes fiduciarios de los directores y oficiales en un número determinado de situaciones⁶⁷.

62 Cándido Paz-Ares, “La cuestión de la validez de los pactos parasociales”, *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez Extra* 1, n.º 1 (enero de 2011): 252-6, <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3216/documento/art32.pdf>.

63 Paúl Noboa Velasco, “Oponibilidad de los pactos parasociales bajo el ordenamiento ecuatoriano (Shareholders Agreements and Their Enforcement Under the Ecuatorian Companies Act)”, *SSRN Electronic Journal* 1, n.º 1 (mayo de 2018): 9, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3182072>.

64 *Ibid.* 5-9.

65 D. Gordon Smith, Matthew Wright y Marcus Kai Hintze, “Private Ordering with Shareholder Bylaws”, *Fordham Law Review* 80, n.º 1 (enero de 2011): 127-8, <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol80/iss1/4>.

66 *Ibid.* 130.

67 Marco Ventrizzo, “Why Shareholders’ Agreement are Not Used in U.S. Listed Corporations: A Conundrum in Search of an Explanation”, *Legal Studies Research Paper* 42, n.º 1 (enero de 2013): 1-8, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2246005.

Ahora bien, en el hemisferio continental bajo examen, el uso de medios contractuales para concretar acuerdos de tal importancia parecería, *prima facie*, cuestionable. La práctica comercial indica que se acostumbra a consagrar los cambios que persiguen efectuar estos pactos directamente en los estatutos sociales. Además, a los pactos parasociales los aqueja una problemática perenne en las discusiones académicas de estas figuras, la cual es su cumplimiento forzoso o *enforcement*. En efecto, los accionistas tienen vedado demandar el cumplimiento específico de estos pactos por su inoponibilidad *erga omnes*⁶⁸, por lo cual el accionista afectado por el incumplimiento de su contraparte del acuerdo debe conformarse con una indemnización sin poder demandar la nulidad de decisiones asamblearias con base en estos pactos parasocietarios⁶⁹.

Sin embargo, a las prenombradas dificultades se le oponen numerosas ventajas jurídicas que propugnan su uso frecuente como el vehículo fundamental para el gobierno corporativo contractual⁷⁰, muchas de las cuales aplican en la latitud latinoamericana.

La principal ventaja de los pactos parasociales a los efectos prácticos del *fiduciary tailoring* es, siguiendo a Paz-Ares, su regulación bajo la denominada imperatividad sustantiva⁷¹, es decir, las disposiciones de orden público aplicables a todos los contratos y no la imperatividad tipológica o reglas de orden público que el legislador dispone para regular los distintos tipos de sociedades comerciales, pues los pactos parasociales buscan normar las relaciones particulares entre sus partes y no la modificación del tipo societario.

Como corolario de lo anterior, es factible argumentar que prohibiciones que se ciernen sobre los estatutos corporativos contempladas en algunos ordenamientos de la región, como cualesquiera que pudieran limitar la transacción de acciones, excluir o limitar la responsabilidad de los administradores⁷², entre otras, devienen inaplicables a los pactos parasociales por su naturaleza contractual.

Es de particular interés que, con base en el anterior análisis, la prohibición dispuesta por el artículo 41 de la Ley N.º 18046 sobre Sociedades Anónimas de Chile⁷³ acerca de convenios estatutarios que dispensarían a los administradores por violaciones al deber de cuidado también resultaría inaplicable. Esto significa que inversionistas sofisticados pueden acordar tales exenciones

68 Vázquez Palma, "Sobre la necesidad", 96.

69 Noboa Velasco, "Oponibilidad de los pactos parasociales", 14.

70 Mihaela Braut Filipovic, "How Can Shareholders' Agreements Shape Corporate Governance and Directors' Liability?", *Intereulaweast* IX, n.º 2 (marzo de 2022): 194-222, <https://hrcak.srce.hr/file/424618>.

71 Paz-Ares, "La cuestión de la validez", 252-6.

72 Por ejemplo, la prohibición dispuesta por el artículo 41 de la Ley N.º 18046 sobre Sociedades Anónimas de Chile del 21 de octubre de 1981, sobre convenios estatutarios que dispensarían a los administradores por violaciones al deber de cuidado.

73 Artículo 41, Ley N.º 18046 sobre Sociedades Anónimas del 21 de octubre de 1981.

en obsequio a los administradores por violaciones al deber de cuidado y así motivar a la junta directiva a asumir riesgos razonables para la consecución del objeto social.

Asimismo, los pactos parasocietarios en cuanto expresión fundamental del gobierno corporativo contractual y *fiduciary tailoring* dan origen a otra variedad de ventajas prácticas con ramificaciones para el tema bajo estudio.

Para inversionistas, los pactos parasociales constituyen herramientas para implementar una estrategia de administración de riesgos y costos de la transacción que aseguren sus objetivos de rentabilidad⁷⁴, pues disponen el establecimiento de las condiciones que predicen la inversión de capital y que a su vez modifican los deberes fiduciarios de los directores por medio de obligaciones afirmativas de proceder en determinadas situaciones, como las cláusulas *slicing pie stocks*, *tag-along* y *drag-along*, entre otras⁷⁵.

Igualmente, los pactos parasocietarios no solo permiten a inversionistas procurar el ambiente jurídico necesario para asegurar sus inversiones y futuras ganancias, sino que también les provee del medio necesario para influenciar y, en varios casos, efectivamente determinar las decisiones de la junta directiva, que implementarán la voluntad accionaria para, entre otras razones, mitigar los riesgos de responsabilidad personal⁷⁶.

Ahora bien, un argumento inveterado en contra del uso de los pactos parasociales y con significativo arraigo en la doctrina societaria de países latinoamericanos yace en la inoponibilidad absoluta y presunta ineficacia de estos convenios⁷⁷, en tanto obligan únicamente a las partes que los suscriben⁷⁸. En principio, mientras que en otras jurisdicciones se han propuesto algunas soluciones de interés⁷⁹, el pretérito argumento no carece de validez en países de América Latina, en los cuales el principio de relatividad de los contratos constituye ya una tradición jurídica y presente en la vastísima mayoría de los ordenamientos civiles. Sin embargo, en el contexto de recepción de nuevas inversiones, el problema parece encontrar una solución pragmática.

74 Hernán Alonso Bañico, “Términos, cláusulas y condiciones para la incorporación de capital de riesgo”, *Revista de la Facultad de Ciencias Económicas-UNNE*, n.º 17 (noviembre de 2016): 32, https://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/116357/Documento_completo.pdf?sequence=1.

75 Jordi Gisbert Beguer, *La financiación de startups en España: agentes, contratos y cláusulas en los pactos parasociales* (Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2022): 31-2, <https://repositori.upf.edu/bitstream/handle/10230/53936/TFGDRET22GISBERTFinan.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

76 Cf. Aurelio Gurrea-Martínez, “Re-Examining the Law and Economics of the Business Judgment Rule: Notes for Its Implementation in Non-US Jurisdictions”, *Journal of Corporate Law Studies* 18, n.º 2 (enero de 2016): 8, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2720814.

77 Vázquez Palma, “Sobre la necesidad”, 96.

78 Pereira, “The Law of Contingent Control”, 18.

79 Por ejemplo, la *Model Business Corporation Act* o Ley Modelo de Corporaciones Mercantiles, adoptada por algunos estados de Estados Unidos, propugnaba la posibilidad de forzar el cumplimiento específico de pactos parasociales atinentes al voto, por lo cual se revertirían votos en las asambleas efectuados en violación a pactos parasociales. Cf. Ventruzzo, “Why Shareholders Agreements”, 2.

En efecto, por el auge de inversionistas sofisticados, se procura la eficacia de los pactos parasociales para eludir el ocasionalmente costoso e inconveniente registro de modificaciones estatutarias considerando la “condición cambiante de las empresas”⁸⁰ y por las consecuencias económicas —gastos considerables en honorarios profesionales, expensas de litigio y otros— y reputacionales que violaciones a estos acuerdos acarrearían para la empresa receptora de capital⁸¹, lo cual complicaría las habilidades de captar capital para compañías en América Latina en medio de un ambiente en el cual las dificultades son amplias y conocidas⁸². Por ello, los pactos parasociales resultan deseables para nuevos inversionistas, pues dan origen a un título contractual de importantes ramificaciones financieras para determinar *ex ante* los designios de la compañía tras el depósito de su inversión.

En conclusión, los pactos parasociales son la dimensión práctica del *fiduciary tailoring* en cuanto expresión fundamental del gobierno corporativo contractual y consagran los cambios acordados entre inversionistas sofisticados, el accionariado existente y, en ocasiones, la propia compañía para la definición del contenido de los deberes fiduciarios de los directores societarios.

3. LA ACTUACIÓN PRÁCTICA DE LA PERSONALIZACIÓN DE LOS DEBERES FIDUCIARIOS EN SITUACIONES FUNDAMENTALES ENFRENTADAS POR LA COMPAÑÍA

Examinada la admisión del gobierno corporativo contractual y el *fiduciary tailoring* a la luz de legislaciones societarias actuales en América Latina así como su funcionamiento práctico a través de pactos parasocietarios celebrados por socios, futuros inversionistas e incluso con la propia compañía, resulta apropiado descender a estudiar determinadas situaciones en que las sociedades mercantiles tienden a enfrentar a aceptar inversiones de capital por parte de inversionistas sofisticados, análisis que arroja luces sobre las formas y situaciones que potencialmente surgirían para directores e inversionistas sofisticados en el empleo de la personalización fiduciaria en América Latina.

3.1 ESTRUCTURAS DE CAPITAL SOFISTICADAS

80 Bafico, “Términos cláusulas y condiciones”, 33.

81 Klausner, “The Contractarian Theory”, 797.

82 Entre otros, la falta de conocimiento de los emprendedores, marcos legales desfavorables, reticencia de los inversionistas a aceptar condiciones de inversionistas, escasa calidad de proyectos, entre otras dificultades. Ver, Daniel Toro Uribe, *Incidencia del capital del riesgo inteligente, como motor de innovación y de generación de bienestar social y económico* (Medellín: Universidad EAFIT): 33, <https://repository.eafit.edu.co/servet/api/core/bitstreams/f5e77c86-6a7e-4771-be44-abd60588cbda/content>.

Es sabido que, rutinariamente, las compañías recurren a procurar el financiamiento necesario para la realización de proyectos en avance del objeto social, lo cual resulta en acuerdos concretos entre los nuevos inversionistas y los accionistas actuales para procurar el gobierno corporativo de la compañía tras el ingreso de nuevo capital.

El financiamiento por parte de inversionistas sofisticados fuera del capital accionario existente representa un momento culminante para sociedades comerciales en América Latina, pues el ingreso de capital de inversionistas sofisticados: (i) entraña la dilución de la propiedad en compañías de un continente en el que predomina un alto índice de concentración accionaria en uno o pocos accionistas⁸³ y (ii) obliga a la compañía a explorar nuevas estructuras de capital en forma de nuevos tipos de acciones, lo cual origina asuntos importantes para la compañía⁸⁴.

En efecto, en una época caracterizada por el auge de inversionistas sofisticados con importante poder financiero, información sobre el mercado y expectativas de rápida creación y maximización de valor es frecuente que rondas de financiamiento resulten en una reestructuración del capital accionario y la creación de tipos de acciones que acarrearán consigo —o no— derechos y obligaciones específicos y diferenciados⁸⁵, adoptando una estructura compuesta por lo que la doctrina ha denominado *dual class shares*⁸⁶ o acciones de clase dual⁸⁷.

Asimismo, las acciones de clase dual representan una innovadora manera tanto de distribuir la propiedad accionaria de una forma más conveniente para los accionistas, inversionistas y junta directiva como de separar la propiedad de la administración⁸⁸. Las acciones de clase dual usualmente aseguran la distribución desproporcionada del derecho al voto, creando clases de acciones poseedoras de derecho al voto y otra clase que bien no posee derecho al voto sino solamente derecho a dividendos y otros derechos de índole pecuniaria, bien posee un derecho al voto limitado con respecto a los accionistas de distintas clases⁸⁹.

83 Fernando Lefort, "Ownership Structure and Corporate Governance in Latin America", *Revista ABANTE* 8, n.º. 1 (abril de 2005): 32, <https://citeseerx.ist.psu.edu/document?repid=rep1&type=pdf&doi=45dc655de615a819492802d5a96fa-d4c4fd08249>.

84 Geeyoung Min, "Governance by Dividends", *Iowa Law Review* 107, n.º. 117 (noviembre de 2021): 138, <https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-107-issue-1/governance-by-dividends>.

85 Lefort, "Ownership Structure and Corporate", 63.

86 Min, "Governance by Dividends", 120.

87 Marisela Santiago Castro, Cynthia J. Brown y Aníbal Báez-Díaz, "Prácticas de gobierno corporativo en América Latina", *Revista Latinoamericana de Administración*, n.º. 43 (enero de 2009): 26-40, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=71612112003>.

88 María del Mar Alonso Almeida y Juliano da Silva, "Códigos de Buen Gobierno Corporativo en Iberoamérica: Análisis Comparativo entre Brasil y México", *Revista de Administração e Contabilidade da Unisinos* 7, n.º. 1 (enero-marzo 2010): 67, <https://www.redalyc.org/pdf/3372/337228641006.pdf>.

89 Aviner Augusto Silva Manoel, *Three Essays on Cash Holdings and Corporate Governance* (São Paulo: Universidade de São Paulo, 2020): 29, https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/96/96133/tde-03092020-152315/publico/AvinerAS-Manoel_Original.pdf.

El uso de las acciones de clase dual está documentado. En los Estados Unidos de América, los casos de reconocidas empresas como CBS Corporation y Google son notorios en este sentido, pues sus juntas directivas acordaron implementar planes de acciones de clase dual tanto para redistribuir más convenientemente el derecho al voto ante accionistas mayoritarios —caso CBS Corporation— como para asegurar que, a las puertas de una *initial public offering* u oferta pública inicial (IPO, por sus siglas en inglés), los fundadores de la compañía retuvieran el control ante el capital masivo que inminentemente ingresaría —caso Google—⁹⁰.

En América Latina, investigaciones recientes arrojan luces sobre la viabilidad de este tipo de acciones en el continente, pues, pese a la arraigada concepción de que cada acción otorga al accionista derecho a un solo voto⁹¹, la evidencia empírica presentada en una valiosa investigación de Lefort sugiere que en países como Brasil, Chile y Argentina las acciones de clase dual son una herramienta de uso frecuente para compañías, incluso en aquellas en las que un conglomerado de accionistas preserva para sí el derecho al voto⁹².

Pues bien, la interacción entre las acciones de clase dual y el tema que ocupa esta investigación resulta de capital importancia. En tanto los directores son deudores de deberes fiduciarios hacia todos los accionistas sin distinción de tipo o clase, la junta directiva se enfrenta a la singular situación de tener que tomar decisiones en beneficio de una estructura de capital en la que cada tipo de accionista posee tanto distintos derechos como intereses contrapuestos⁹³.

En cuanto a estructuras de capital se refiere, como quiera que cada clase de acción contiene distintos derechos políticos o pecuniarios, los derechos de cada clase de accionistas entrañarán una determinación fáctica y específica del contenido de los deberes fiduciarios de los directores por vía de acuerdos entre accionistas en los que la compañía sea parte. En otras palabras, el tipo de acción especificará la forma en la cual los directores deben ejercer sus deberes fiduciarios con respecto a cierto tipo de accionista. Así, en compañías en las que existan acciones de clase dual, los directores se encontrarían sujetos a honrar una plétora de obligaciones como ejecutar acciones de acuerdo con prestaciones específicas de distribución de dividendos que pudieran limitar la discreción conferida a directores a ese efecto⁹⁴ y obligaciones que se analizarán

90 Min, “Governance by Dividends”, 121-2.

91 Aurelio Gurrea-Martínez, “Theory, Evidence, and Policy on Dual-Class Shares: A Country-Specific Response to a Global Debate”, *European Business Organization Law Review* 3, n.º. 22 (abril de 2021): 475-515, https://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/3923.

92 Lefort, “Ownership Structure and Corporate”, 65-6. Especialmente Brasil, pues, como lo observa el autor, casi el 90 % de las 459 compañías brasileñas que reportan a ECONOMATICA tienen acciones sin derecho al voto representando el 120 % del capital votante.

93 Juan Antonio Gaviria Gil, “La responsabilidad de los administradores frente a los accionistas de diferente clase con intereses contrapuestos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º. 40 (enero-junio de 2021): 363-92, <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n40/0123-4366-rdp-40-363.pdf>.

94 Min, “Governance by Dividends”, 125.

en las siguientes secciones.

Finalmente, y no menos importante, el panorama de cumplimiento de los deberes fiduciarios por parte de los administradores cambia sustancialmente al existir los denominados *equal treatment agreements* o acuerdos de tratamiento equitativo, los cuales estipulan la obligación de tratar a los accionistas sin distinción de clase, y que fueron acuñadas por primera vez por Google⁹⁵. En ese sentido, ante la existencia de acuerdos de tratamiento equitativo, reconocidos como un elemento perenne de buen gobierno corporativo⁹⁶, los deberes fiduciarios de la junta directiva deben orientarse a procurar condiciones satisfactorias de los parámetros específicos de igualdad o equidad para los accionistas, como precios favorables —y no necesariamente iguales pero justos y proporcionales— para todos los accionistas ante una oportunidad de *exit* o venta de la compañía, evento de liquidación o disolución, entre otros.

3.2 ACCIONISTAS ACTIVISTAS (*SHAREHOLDER ACTIVISM*)

La marcada proliferación de inversionistas sofisticados en la actualidad empresarial dio origen a una tendencia denominada “activismo de los accionistas” o *shareholder activism*, por su término en inglés, que largamente consiste en la intervención activa de un sector de accionistas minoritarios para lograr, y en ocasiones forzar, el cumplimiento de objetivos alineados a sus intereses en la compañía⁹⁷.

En este fenómeno protagonizado principalmente por los fondos de capital privado y emprendedor, así como los fondos de inversión y otros inversionistas institucionales⁹⁸, los accionistas activistas despliegan ofensivamente los derechos inherentes a su “estatus” en la compañía⁹⁹ para lograr cambios sustanciales en la estructura corporativa, como el relevo y reemplazo de miembros de la junta directiva, la venta de activos fundamentales, ramas del negocio o de la misma compañía y procurar ventajas para sí, siempre dependiendo de la concepción bajo la cual interpreten sus roles como accionistas¹⁰⁰.

95 Caley Petrucci, “Equal Treatment Agreements: Theory, Evidence & Policy”, *Yale Journal on Regulation*, n.º. 40 (enero de 2023): 620-87, https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20_500.13051/18299/Caley%20Petrucci%20Equal%20Treatment%20Agreements%20Theory%20Evidence%20%20Policy.pdf.

96 Jill E. Fisch y Steven Davidoff Solomon, “Dual Class Stock”, *Law Working Paper, European Corporate Governance Institute*, n.º. 715 (2023): 22, https://www.ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/dualclassstock_0.pdf.

97 Dario Laguado y María Isaza “Del activismo de los accionistas al ‘re-activismo’ de los accionistas: una visión desde Colombia y América Latina”, *SSRN Electronic Journal*, (noviembre de 2014), <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2591576>.

98 Roberto J. Santillán Salgado y Norma A. Hernández Perales, “Generalidades sobre los fondos de capital privado y de capital emprendedor: una visión actualizada de la industria y de su entorno en México”, *Munich Personal RePEc Archive* (2011), <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/27815>.

99 Tullio Ascarelli, *Principios y problemas de las sociedades anónimas* (Ciudad de México: Imprenta Universitaria, 1951), 46-47.

100 Simone Alvaro, Marco Maugeri y Giovanni Strampelli, “Institutional Investors, Corporate Governance and Stewardship Codes”, *Quadernici Giuridici*, n.º. 19 (enero de 2019): 3-78, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3393780.

El activismo accionarial se consolida en la actualidad como una característica de los mercados financieros¹⁰¹ que permite reestudiar el alcance de la teoría de agencia y gobierno corporativo. Su importancia en la actualidad es indiscutible y parece derivar de cuatro principales razones de índole práctica: (i) la implementación —o no— de sus iniciativas acarrea usualmente consecuencias financieras significativas que podrían comprometer tanto la relación entre accionistas y directores como la vida misma de la compañía; (ii) sus iniciativas son precedidas por un profundo análisis financiero de mercado¹⁰², lo cual atrae a otros accionistas votantes en las asambleas e incrementa las posibilidades de implementación; (iii) aspiran y priorizan iniciativas que generarían significativo valor a corto plazo¹⁰³; y (iv) cuentan con los recursos para litigar en favor de sus intereses, aun ante los costos considerables y desafíos legales en jurisdicciones¹⁰⁴.

Ahora bien, los accionistas activistas frecuentemente recurren a contratos celebrados tanto con la compañía como con el resto o parte de los socios con el propósito de facilitar el desempeño de su comportamiento activo en la sociedad mercantil, lo cual ocurre antes de invertir en la compañía¹⁰⁵. La anticipación de garantías contractuales para un inversionista activista es de capital importancia para este, y las usualmente significativas cuantías de sus inversiones junto con circunstancias societarias como la necesidad de capital les permitirán efectivamente imponer tales garantías como condición imperativa antes de su ingreso formal como accionistas de la compañía. Asimismo, puesto que los inversionistas sofisticados en su mayoría se consolidan como accionistas de una compañía en condición de minoría, sus garantías contractuales se combinan con las normas de protección a los accionistas minoritarios en contra de abusos de la mayoría. En consecuencia, un inversionista activista detenta un amplio poder para influenciar los asuntos de la compañía¹⁰⁶.

Las cláusulas contractuales negociadas y efectivamente celebradas en obsequio de los accionistas activistas, tanto por la validez jurídica de los contratos como por la influencia determinante de un accionista activista, aparejan un refuerzo de las obligaciones inherentes a la relación de agencia entre los directores de la compañía y el accionista activista, en tanto aquellas obligaciones fiduciarias encuentran una determinación fáctica en situaciones específicas que involucren al accionista activista.

101 *Ibid.*, 11.

102 Laguado e Isaza, “Del activismo de los accionistas”, 5.

103 Fisch y Solomon, “Dual Class Stock”, 9.

104 Cf., David Núñez y Diego Pardow, “¿Por qué no demandan los accionistas? El problema de las costas en la acción derivativa”, *Estudios Públicos*, n.º 118 (agosto de 2018): 229-82, <https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/404>.

105 Alvaro, Maugeri y Strampelli, “Institutional Investors”, 17.

106 Laguado e Isaza, “Del activismo de los accionistas”, 7.

Como corolario de lo anterior, pactos parasocietarios celebrados entre un accionista activista y la compañía u otros accionistas ordinariamente estipularán cláusulas que dispongan la limitación de discreción de los directores y la sustituyan por una obligación de someter decisiones a consideración de asambleas de accionistas; derechos para el accionista activista a nombrar, relevar y reemplazar miembros de la junta directiva; otorgamiento al accionista activista de la posibilidad de convocar asambleas extraordinarias; derechos de voto preferente para el inversionista activista; derechos de votos; primas preferentes ante la posibilidad de venta del activo social; derechos de preferencia que permitan al socio activista la adquisición de acciones que la compañía planea emitir para captar capital; derecho del accionista activista al veto de modificaciones estatutarias adversas —llamadas *special containment clauses*—¹⁰⁷, entre otros.

3.3 SALIDA (*EXIT*) O VENTA DE LA EMPRESA COMO NEGOCIO EN MARCHA O *GOING CONCERN*

Sin duda alguna, uno de los momentos más culminantes y representativos para una compañía, su junta directiva y accionistas es la presentación de oportunidades de venta del activo social en su totalidad, como negocio en marcha o *going concern*. Nótese la referencia a la presentación de oportunidades de venta, pues es este el momento en el que los mecanismos societarios y los convenios contractuales suelen ponerse en funcionamiento por las partes interesadas.

Doctrina reciente resume la aproximación al estudio de los deberes fiduciarios según tres momentos fundamentales: (i) la fase de tratos preliminares, con los deberes de información, confidencialidad y de “no abandonar injustificadamente las negociaciones”; (ii) la fase denominada “preparatoria” del contrato, en la cual se reafirman los deberes anteriores y se añaden otros deberes como *due diligence*, que consiste en un examen jurídico y contable de las circunstancias del caso, activos del negocio y patrimonio social de la compañía *target* al momento de la adquisición¹⁰⁸; y (iii) la fase tras la firma del contrato de adquisición¹⁰⁹. En Delaware, en toda transacción que comporte la venta o cambio de control en la compañía, la junta directiva debe observar los llamados deberes *Revlon* o *Revlon duties*, que largamente imponen la maximización

107 Alvaro, Maugeri y Strampelli, “Institutional Investors”, 17.

108 Rodolfo G. Papa, “La estructuración de “fusiones y adquisiciones” en la industria de la moda”, *Cuadernos, Centro de Estudios en Diseño y Comunicación*, n.º. 181 (2023/2024): 243, <https://dspace.palermo.edu/ojs/index.php/cdc/article/view/9247>.

109 Santiago Hierro Anibarro y Alejandro Martín Zamarriego, “Los deberes de los administradores de las sociedades implicadas en operaciones de M&A”, *InDret* 1, n.º. 2024 (enero de 2024): 21 y ss, <https://indret.com/los-deberes-de-los-administradores-de-las-sociedades-implicadas-en-operaciones-de-ma>.

de valor de la compañía al negociar una transacción de aquella naturaleza¹¹⁰.

Sin embargo, en ofertas hostiles de adquisición o *hostile takeovers*, prevalentes en los mercados de valores y que Armour y Skeel denominan “la amenaza nuclear de derecho corporativo, el más dramático de los mecanismos de gobierno corporativo”¹¹¹, los deberes fiduciarios cambian drásticamente desde la óptica de dos importantes tendencias: la americana y la británica.

En Estados Unidos, y principalmente siguiendo la línea jurisprudencial de Delaware, desde el criterio precursor dispuesto por la célebre decisión de la Corte en el caso *Unocal c. Mesa Petroleum Co.* del año 1985, las juntas directivas tienen la prerrogativa de desplegar mecanismos de defensa única que observen dos reglas: (i) que la medida sea en respuesta a la amenaza de una oferta de adquisición que perciba peligrosa para la empresa; y (ii) que la medida de retaliación sea razonable según las circunstancias¹¹², por ejemplo, la búsqueda de una nueva y más favorable oferta de adquisición (*white knight offer*).

En el Reino Unido, sin embargo, prefiriendo un modelo de autorregulación, se elabora la llamada “regla de pasividad” o *board neutrality rule*, seguida por el derecho colombiano, la cual prohíbe a los directores “adoptar medidas que puedan frustrar el éxito de la OPA [oferta pública de adquisición]”¹¹³.

Indudablemente, los estudios en torno a los deberes fiduciarios de los administradores en el contexto de una fusión o adquisición hasta la actualidad se centran, naturalmente, en compañías cotizadas en mercados bursátiles. Sin embargo, en la temática que ocupa la presente investigación, a saber, la personalización contractualmente predefinida de los deberes fiduciarios de los administradores, inversionistas sofisticados fuera del mercado de valores recurren ordinariamente a convenios para asegurar sus derechos al momento de una *exit* o venta de la empresa, y del mismo modo configuran los deberes fiduciarios de los administradores.

En general, para la preservación de sus derechos, los inversionistas sofisticados procurarán derechos especiales ante eventos de *exit*, como el pago de primas especiales e incluso primas de control¹¹⁴, lo cual impone que los directores

110 William M. Lafferty, Lisa A. Schmidt y Donald J. Wolfe Jr., “A Brief Introduction to the Fiduciary Duties of Directors Under Delaware Law”, *Dickinson Law Review* 116 (enero de 2012): 825, <https://www.pennstatelawreview.org/print-issues/articles/a-brief-introduction-to-the-fiduciary-duties-of-directors-under-delaware-law>.

111 John Armour y David A. Skeel Jr., “Who Writes the Rules for Hostile Takeovers, and Why? The Peculiar Divergence of US and UK Takeover Regulation”, *The Georgetown Law Journal* 95 (enero de 2007): 1733, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=928928.

112 *Unocal c. Mesa Petroleum Co.*, Supreme Court of Delaware, 10 de junio de 1985.

113 Sergio Carreño Mendoza, “Adquisiciones hostiles y el rol de los administradores: La regla de la pasividad en el derecho colombiano”, *Universitas Juridica* 72 (agosto 2023): 4, <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/37518>.

114 Laguado e Isaza, “Del activismo de los accionistas”, 4.

deban activamente asegurar el pago de las referidas primas en un contexto potencialmente desafiante, ante otros accionistas que probablemente cobrarían menos que el accionista beneficiado. Esto podría incluso desmotivar a la junta directiva de recomendar la venta de la compañía a sus accionistas, si esa fuera la agenda del inversionista sofisticado.

Asimismo, también los accionistas, y particularmente aquellos tenedores de acciones preferidas, utilizan cláusulas de preferencia en la liquidación para recibir dividendos acumulados no cobrados más el precio pagado¹¹⁵, lo cual nuevamente constituye una parte del contenido de los deberes de los directores que no solo pudieran comprometer sus relaciones con el resto del accionariado, sino que también pudiera poner en riesgo la misma transacción, pues el pago de dividendos de acuerdo con una cláusula de preferencia en la liquidación necesariamente afectará los activos líquidos y el flujo de caja de la compañía, de capital importancia para el comprador.

Otras cláusulas prevalentes en acuerdos entre accionistas para eventos de potencial venta de la compañía son las denominadas *drag-along* y *tag-along*. Las cláusulas *drag-along* permiten a un accionista, usualmente mayoritario o controlante, “forzar a los accionistas a vender sus acciones al mismo precio y bajo los mismos términos”¹¹⁶ según los cuales el accionista vendedor enajena sus acciones, mientras que las cláusulas *tag-along*, más orientadas a accionistas minoritarios como la extensa mayoría de inversionistas sofisticados, ofrecen al accionista ejercitante la oportunidad de adherirse a una transacción de venta de acciones propuesta por otro accionista bajo los mismos términos, condiciones y precio que el accionista vendedor¹¹⁷.

La situación, nuevamente, es de particular desafío para los directores de compañías con estructuras de capital que incorporen distintas acciones con diferentes derechos. Ante tal escenario, en nuestra opinión, los directores poseen dos alternativas destacables para satisfacer sus deberes bajo tales convenios: (i) alcanzar un acuerdo con los accionistas e inversionistas sobre un precio común para todo el accionariado y factible para el comprador; o (ii) lograr que el comprador acepte pagar un precio unitario y acuerde los mismos términos para todas las clases de accionistas.

3.4 INSOLVENCIA O DIFICULTAD FINANCIERA

115 Bafico, “Términos, cláusulas y condiciones”, 44.

116 The Corporation Law Committee of the Association of the Bar of the City of New York, “The Enforceability and Effectiveness of Typical Shareholders Agreement Provisions”, *The Business Lawyer* 65, n.º. 4 (agosto de 2010): 1182, <https://www.jstor.org/stable/25758511>.

117 Ibid.

La situación final bajo la cual examinaremos el comportamiento práctico de los contratos tendientes a originar un contenido personalizado de los deberes de los directores es la insolvencia o dificultad financiera, situación de frecuencia indiscutible en compañías que se enfrentan a mercados volátiles. A efectos de la presente investigación, entenderemos la palabra *insolvencia* en un sentido amplio que incluya, sin limitación, la falta de liquidez, cesación de pagos, insuficiencia de activos para la satisfacción de obligaciones, entre otras acepciones¹¹⁸.

Para la preservación de los derechos de los acreedores, diferentes jurisdicciones emplean una estrategia consistente en, siguiendo a Gurrea-Martínez, la imposición de deberes especiales a los directores que variarán de acuerdo con la situación financiera de la compañía: (i) cuando la compañía es solvente; (ii) cuando la compañía permanece solvente, pero comienza a enfrentar o prever problemas financieros; (iii) cuando la compañía se encuentra insolvente, pero sin encontrarse inmersa en un procedimiento formal de insolvencia; y (iv) cuando la compañía se halla sujeta a un procedimiento formal de insolvencia¹¹⁹.

En cuanto a los deberes específicos de los directores de compañías en situación de insolvencia, el panorama cambia según la familia jurídica a la cual pertenezca el sistema analizado. En jurisdicciones de *common law*, los directores de una compañía insolvente se encuentran sometidos a un deber general de actuar en favor de los acreedores, que fue creado por la amplia jurisprudencia o *case law* al efecto y, según Keay, comporta un “viraje de la naturaleza de las obligaciones de los directores al punto en el cual deben considerar los intereses de los acreedores”¹²⁰ cuando la compañía está en estrés financiero. Esta tesis la suscribe moderadamente el Estado de Delaware con las decisiones por parte de los tribunales en los casos Guth c. Loft, Inc. en 1939 y Adlerstein c. Wertheimer en 2022¹²¹.

En Latinoamérica, sin embargo, se ha preferido el llamado “deber de recapitalizar o liquidar”, el cual impone a los directores la búsqueda de financiamiento para la reposición del capital perdido o la liquidación del activo social para la

118 Para una muy útil evolución del concepto de *insolvencia* según las propuestas de sistemas jurídicos en el derecho comparado y Colombia, ver Gustavo Gómez Cuberos, “Insolvencia: evolución de un concepto”, *Revista de Derecho Privado* 34 (enero de 2005): 27-54, <https://repositorio.uniandes.edu.co/entities/publication/19d6643f-07a9-4887-8a23-b17a-5d4a51d4>.

119 Aurelio Gurrea-Martínez, “Towards an Optimal Model of Directors’ Duties in the Zone of Insolvency: An Economic and Comparative Approach”, *Journal of Corporate Law Studies* 21, n.º. 1 (abril 2021): 3, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14735970.2021.1943934>.

120 Andrew Keay, “The Shifting of Directors’ Duties in the Vicinity of Insolvency”, *International Insolvency Review* 24, n.º. 2 (junio de 2015): 145-6, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/iir.1236>.

121 Schmidt y Wolfe, “A Brief Introduction”, 841.

satisfacción de las obligaciones¹²², mientras que la administración se sujetará a una contraloría exhaustiva en caso de iniciar un procedimiento formal de insolvencia.

Ahora bien, en cuanto al *fiduciary tailoring* se refiere, su interacción con las leyes de insolvencia y los derechos de los acreedores en jurisdicciones de América Latina enfrenta un panorama particular. Al concurrir los acreedores y sus intereses en la determinación de los deberes fiduciarios de los directores de una sociedad insolvente, la junta directiva en efecto es deudora de deberes fiduciarios tanto a los accionistas como a los acreedores. En consecuencia, las garantías en caso de insolvencia que inversionistas sofisticados aseguren para sí *ex ante* —por ejemplo, preferencias prenegociadas, modos de pago, etc.—, aun con la displicencia e incluso promoción de los directores, podrán observar su propósito frustrado ante la concurrencia de acreedores ejerciendo sus intereses.

Se arriba a la pretérita conclusión sin olvidar que aquellas garantías *ex ante* son procuradas por los inversionistas sofisticados por medio de contratos y, específicamente, pactos parasociales. Sin embargo, dada la tendencia actual por parte de nuevas leyes de insolvencia en América Latina¹²³ y guardando una similitud con alguna jurisprudencia en jurisdicciones de *common law*, el régimen de insolvencia es “inmune de interferencia por parte de acuerdos privados porque [los procedimientos de insolvencia] afectarían derechos de terceros”¹²⁴.

Es en situaciones de insolvencia, ya previsible o efectiva, en las que la consagración de garantías *ex ante* para inversionistas sofisticados por medio de cláusulas que comportarían modificaciones a los deberes fiduciarios de los directores resulta menos efectiva que en el resto de las situaciones examinadas.

4. CONCLUSIÓN

Al introducir el presente tema se propuso dilucidar largamente el qué y el cómo del *fiduciary tailoring* según la perspectiva latinoamericana. En ese sentido, la personalización contractual de los deberes fiduciarios precisamente en cuanto manifestación fundamental del *contractarian governance* o gobierno corporativo contractual, aunque extraña a la doctrina continental, es un fenómeno que encuentra un lugar en jurisdicciones de América Latina tanto

122 Aurelio Gurrea-Martínez, “The Myth of Debtor-Friendly or Creditor-Friendly Insolvency Systems: Evidence from a New Global Insolvency Index”, *Singapore Management University Yong Pung How School of Law Research Paper* 4/23 (agosto de 2023): 36, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4557414>.

123 Gurrea-Martínez, “The Myth of Debtor-Friendly”, 36-38.

124 Rita Cheung, “Shareholders’ Agreements: Shareholders’ Contractual Freedom in Company Law”, *Journal of Business Law*, n.º. 6 (enero de 2012): 515, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2606645.

por la libertad contractual que reviste las relaciones particulares como por la abstracción del derecho societario, el cual necesariamente invita a las partes a normar sus relaciones privadas dentro de la sociedad y sin perjuicio a los derechos de terceros.

La más importante conclusión de este trabajo se resuelve sobre la idea de que, en Latinoamérica, guardando cierta similitud con las leyes de Delaware, el contenido de los deberes fiduciarios de los administradores es dinámico y cambiante en función de distintas realidades de la compañía sobre las cuales inversionistas sofisticados pueden contratar.

Al intervenir inversionistas sofisticados, sus demandas se traducirán en manifestaciones contractuales que definirán el contenido de los deberes fiduciarios de los directores ante situaciones específicas y, en consecuencia, su responsabilidad. En efecto, hemos puesto en evidencia que el contenido abstracto de la consagración normativa de los deberes fiduciarios de cuidado y lealtad permite a inversionistas sofisticados recurrir a pactos parasocitarios para la determinación de su contenido y, sobre todo, las obligaciones específicas que recaen sobre los directores ante situaciones contractualmente predeterminadas.

Ahora bien, a pesar de la justificación teórica y deseabilidad práctica antes explicadas del presente tema para inversionistas sofisticados, así como el significativo riesgo financiero y reputacional que padecería una compañía que incumple convenios con sus inversionistas, la eficacia de los pactos parasociales en América Latina continúa, como las anteriores líneas resaltan, en disputa.

Contrario a las soluciones propuestas por la DGCL, consistente en el reconocimiento de la validez y eficacia de los pactos parasociales entre accionistas, en América Latina el tema de la personalización contractual de deberes fiduciarios continúa como una asignación pendiente.

Específicamente en Ecuador, por ejemplo, aún después de las importantes enmiendas a la Ley de Compañías y a pesar del válido argumento en que el artículo 1 de tal cuerpo normativo contempla a los “convenios de las partes” como una fuente de derecho societario¹²⁵, el texto expreso de la ley en la actualidad impide la sugerencia o inferencia de la permisibilidad de los pactos parasociales, tendencia a la cual se adscriben, sin sorpresa alguna, virtualmente la mayoría de los ordenamientos jurídicos societarios en América Latina. El auge de las sociedades por acciones simplificadas, aunque actualmente sujetas a un amplio y oportuno análisis jurídico y presentando ventajas prácticas en

125 Artículo 1, Ley de Modernización a la Ley de Compañías, 2020.

simplicidad y eficiencia registral¹²⁶, en ausencia de información estadística verificable en este particular, no nos parece persuasivo en cuanto a validez, eficacia y oponibilidad de los acuerdos parasocietarios a partes no suscribientes o a la misma sociedad sin distinción en función del tipo.

En consecuencia, entre tanto la eficacia y validez de los pactos parasociales se encuentre en juicio y sin una solución legislativa aceptada por una cuantiosa mayoría de países en el continente, la práctica más conveniente para inversionistas sofisticados es acaso la enmienda estatutaria o también inclusión de la compañía como parte del acuerdo de accionistas y depositaria de una copia de este.

Negar la dimensión jurídica contractual del gobierno corporativo y la posibilidad de definir contractualmente las obligaciones fiduciarias inherentes a los deberes de los directores sería, a criterio del presente artículo, un error que redundaría en la efectiva limitación a las posibilidades conferidas a inversionistas sofisticados para administrar, distribuir y asumir los riesgos inherentes a las operaciones comerciales y no podría sino resultar en la pérdida de valor de compañías. La mayoría de las legislaciones de América Latina derivarían beneficios importantes de adoptarse un esquema de eficacia y validez de pactos parasociales que permita la introducción de mecanismos de *fiduciary tailoring* para la armonización de las relaciones entre accionistas, inversionistas sofisticados y la junta directiva, así como la mitigación de los problemas de agencia que enfrentan con particular riesgo las compañías en Latinoamérica.

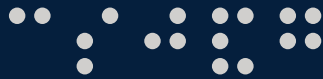
126 Paúl Noboa Velasco y Esteban Ortiz Mena, "Elementos característicos de las sociedades por acciones simplificadas en Ecuador", *SSRN Electronic Journal* (abril de 2020) <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3582137>.



**Contribuimos a
que el derecho**

recupere su posición
honorable, académica y
admirable en la sociedad.

www.csjglaw.com



**Charry Sáenz
Jácome & Galarza**

Estudio Jurídico

Av. 12 de Octubre N26 - 97 y Abraham Lincoln, Torre 1492, piso 16, Of. 1601. Quito - Ecuador.
T. (593) 2 223 7516 • www.csjglaw.com



Luzuriaga & Castro

A b o g a d o s

luzuriagacastro.com



RANKED IN



IP STARS



Luzuriaga&CastroAbogados

Fundamentos, aplicación y futuro de la regulación jurídica de plataformas digitales de pronósticos deportivos en Ecuador

Foundations, Application, and Future of Legal Regulation of Digital Sports Betting Platforms in Ecuador

SANTIAGO JAVIER ALBÁN SÁNCHEZ*
ANA MARGARITA EGUIGUREN CHIRIBOGA**
MATEO SEBASTIÁN SEMINARIO VÉLEZ***

Recibido / Received: 24/06/2024
Aceptado / Accepted: 25/08/2024
DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v11i1.3196>

Citación:

Albán Sánchez, S.J. “Fundamentos, aplicación y futuro de la regulación jurídica de plataformas digitales de pronósticos deportivos en Ecuador “. USFQ Law Review vol. 11, no. 2, noviembre de 2024, <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3371>

* Heka Law Firm, Abogado, Edificio MOKAI, Paúl Rivet N30-54, Quito 170523, Pichincha, Ecuador. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, Ecuador. Correo electrónico: salban@heka.com.ec. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0009-8618-9724>

** Heka Law Firm, Abogada, Edificio MOKAI, Paúl Rivet N30-54, Quito 170523, Pichincha, Ecuador. Abogada por la Universidad de las Américas, Ecuador. Correo electrónico: aeguiguren@heka.com.ec. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0002-1786-8378>

*** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: mateo-semi@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-1914-9262>

RESUMEN

En general, el desarrollo empresarial busca satisfacer las necesidades económicas de una población. Sin embargo, ciertas actividades, como los pronósticos deportivos, se enfrentan a un debate debido a que involucran posibles impactos negativos y se confunden con el juego de azar, que está prohibido en Ecuador. A pesar de tener raíces históricas longevas y operarse ahora principalmente mediante plataformas digitales, los pronósticos deportivos no deben equipararse al juego de azar bajo la legislación ecuatoriana. Esta distinción es esencial, especialmente tras la consulta popular de 2011 que prohibió juegos de azar como casinos y salas de juego. En Ecuador, los pronósticos deportivos han emergido como una actividad económica, reconocida por la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar que estableció un impuesto único para los operadores. La Procuraduría General del Estado ha clarificado que los pronósticos deportivos, basados en el conocimiento y análisis deportivo, no constituyen juegos de azar según la ley penal, lo que permite su regulación y operación bajo supervisión fiscal. A nivel internacional, mientras la Unión Europea no regula de manera macro al *gambling*, incluyendo los pronósticos deportivos, países como Reino Unido y Francia han establecido marcos legales específicos, como la creación de organismos de control. En América Latina, Colombia ha implementado un modelo exitoso de regulación con COLJUEGOS, que supervisa y regula las actividades de juego incluyendo pronósticos deportivos, generando ingresos significativos destinados a la salud pública. En resumen, los pronósticos deportivos representan una forma legítima de actividad económica en Ecuador, sujeta a regulaciones específicas que diferencian claramente estas prácticas del juego de azar. Con un marco legal adecuado y la supervisión correspondiente, esta industria puede contribuir positivamente a la economía local mientras se protegen los intereses públicos y se previenen impactos negativos asociados al juego irresponsable.

PALABRAS CLAVE

Pronósticos deportivos; deportes; protección al consumidor; apuestas deportivas; regulación; tributación

ABSTRACT

Business development aims to meet the economic needs of a population, but certain activities like sports predictions face debate due to potential negative impacts and its confusion it with gambling, which is prohibited in Ecuador. Despite having longstanding historical roots and now primarily operating through digital platforms, sports predictions should not be equated to gambling under Ecuadorian law. This distinction is crucial, especially following the 2011 referendum that banned gambling activities such as casinos and gaming halls. In Ecuador, sports predictions have emerged as a growing economic activity, recognized by the Law for the Strengthening of Family Economy, which established a single tax for operators. The

Office of the Attorney General has clarified that sports predictions, based on sports knowledge and analysis, do not constitute gambling under criminal law, thereby allowing for its regulation and operation under fiscal supervision. Internationally, while the European Union does not regulate gambling broadly, including sports predictions, countries like the United Kingdom or France have established specific legal frameworks, including the creation of regulatory bodies. In Latin America, Colombia has implemented a successful regulatory model with COLJUEGOS, overseeing and regulating gambling activities, including sports predictions, generating significant revenue allocated to public health. In summary, sports predictions represent a legitimate form of economic activity in Ecuador, subject to specific regulations that clearly differentiate these practices from gambling. With appropriate legal frameworks and corresponding oversight, this industry can positively contribute to the local economy while safeguarding public interests and preventing negative impacts associated with irresponsible gambling.

KEYWORDS

Sports predictions; sports; consumer protection; sports betting; regulation; taxation

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo empresarial de una nación se compone de la diversificación de actividades económicas en múltiples giros de negocio, lo que permite solventar sus necesidades. Sin embargo, ciertas actividades han creado un intenso debate en su ejercicio y difusión debido a que han sido catalogadas como dañinas para la sociedad o porque generan efectos negativos a largo plazo en la salud pública. En este sentido, es preciso iniciar el análisis hacia los pronósticos deportivos (en adelante pronósticos). Está claro que han hecho presente su actividad e influencia en Ecuador, a tal punto que las compañías que operan dicha actividad se han posicionado como organizaciones emergentes por su rentabilidad y alta tasa de crecimiento de usuarios anuales.

Los pronósticos no son una actividad de corta data. Por el contrario, se ha practicado por milenios. Actualmente, son operados por plataformas digitales que han permitido la interacción internacional y la ejecución de un sinnúmero de transacciones. Sin embargo, se suele incurrir en el error de relacionar a los pronósticos con el juego de azar, el cual está penado en múltiples legislaciones, incluyendo la ecuatoriana, bajo la justificación de que estos representan una amenaza a la salud pública.

Este texto hace un análisis sobre la legalidad en la operación de plataformas digitales de pronósticos deportivos y su regulación en Ecuador. Sobre todo por su reconocimiento como actividad económica sujeta al pago de tributos en el país con la adopción de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar¹. La metodología de investigación aplicada en el trabajo será el método deductivo e interpretativo a partir de la utilización de legislación ecuatoriana vigente y resoluciones administrativas. Además, se revisará el derecho comparado, especialmente de la región andina, junto con el sustento técnico que respalda la diferenciación de los pronósticos con el juego de azar en el marco normativo ecuatoriano. Finalmente, se enfatizará en la consulta popular del año 2011, en la cual se planteó la pregunta sobre la operación de casinos y juegos de azar, de tal manera que se revisa su evolución a partir de una consulta realizada a la Procuraduría General del Estado y la publicación de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar.

2. HISTORIA Y DEFINICIONES RELEVANTES

Los pronósticos tienen su origen en la antigua Grecia, donde era muy común la práctica de deportes como las carreras de cuadrigas, el tiro con arco, entre otros. Los aficionados, con base en su conocimiento en el deporte y la valía de

1 Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar, R. O. Suplemento 335 del 20 de junio de 2023.

sus participantes, apostaban dinero mientras los animaban². Siglos después, esta práctica se replicó en el Imperio romano, en donde se dirigía a las luchas de gladiadores que se enfrentaban a las fieras en el Coliseo³. Poco a poco, esta actividad se adaptó a la evolución de las civilizaciones europeas, sobre todo en Inglaterra. La nación inglesa tenía especial afición por las carreras de caballos, que, en la década de 1790, dio paso a la construcción de lugares especializados en apuestas dentro de los principales hipódromos de la nación⁴. Tras la colonización de América, los pronósticos deportivos fueron introducidos en la cultura de las colonias. Incluso, en el siglo XX, las grandes casas editoriales y periodísticas empezaron a imprimir secciones de pronósticos deportivos en sus publicaciones. Actualmente, esta actividad económica se realiza bajo muchas modalidades. Principalmente se han popularizado los pronósticos utilizando plataformas de Internet, un hecho que atrajo a múltiples operadores a este mercado emergente⁵.

Bajo este contexto, los pronósticos han experimentado un proceso evolutivo. La actividad que ejercen los operadores responde a una práctica común de la cultura deportiva y a la necesidad humana de contar con actividades de ocio. Es preciso analizar la operación de los pronósticos desde una óptica jurídica y práctica, en concordancia con el giro de negocio que ha nacido a partir de la tendencia de la afición a realizar predicciones sobre los resultados de un determinado encuentro o competencia y generar lucro de ello.

En búsqueda de validar la operación de plataformas digitales de pronósticos deportivos en Ecuador, es necesario anticipar la definición de los siguientes tres términos: i) juego de azar, ii) pronóstico deportivo y iii) apuesta. En el lenguaje común, estas palabras son confundidas como sinónimos. Sin embargo, su definición técnica en el marco jurídico ecuatoriano las hace muy distintas.

Según Roberto del Valle, el juego de azar representa una línea que refleja una realidad binaria: el éxito y el fracaso. En este sentido, el azar no permite conocer todas las variables que influyen en una línea de acontecimientos y no cuenta con un elemento elegido a voluntad, sino que la naturaleza misma del juego lo impone. En síntesis, más allá de una estadística, en los juegos de azar no existe una forma de controlar los resultados del juego a ciencia cierta. Por lo tanto, es difícil determinar el resultado. Las habilidades del jugador apenas pueden intervenir en este. Por ejemplo, en un juego de bingo o ruleta, una persona no podrá conocer si el instrumento utilizado se detendrá en el

2 Pablo Bustillo, “Machine learning aplicado a las cuotas en las apuestas deportivas”, tesis de grado, Universidad de Barcelona / Universidad Politécnica de Cataluña, 2018, 11, <http://hdl.handle.net/2117/123942>.

3 Ibid.

4 Ibid., 12.

5 Ibid., 13.

número con el que se está jugando. Para el jugador, el resultado es imprevisible, siendo absolutamente azaroso⁶.

La legislación ecuatoriana, específicamente el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), considera a la operación de casinos, salas de juego, casas de apuestas o cualquier negocio que promueva juegos de azar como un delito contra los derechos de los consumidores⁷. Esto se encuentra prescrito en el artículo 236 del COIP: “la persona que administre, ponga en funcionamiento o establezca casinos, salas de juego, casas de apuestas o negocios dedicados a la realización de juegos de azar, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”⁸.

Por su parte, el pronóstico deportivo —también llamado por la academia como juego deportivo— se plantea como una situación de enfrentamiento de acciones motrices que está codificada por múltiples variables. Las reglas solo determinan una lógica interna del jugador, mas no el resultado. En este sentido, es preciso analizar los elementos descritos en el enunciado anterior.

En primer lugar, la motricidad implica el accionar físico y corporal del individuo. Es decir, la forma en la que interactúa dentro del campo. En segundo lugar, las reglas son las que prerregulan y pre ordenan la acción de los jugadores. En tercer lugar, la competición o el enfrentamiento establece el criterio que evalúa el resultado entre el éxito o el fracaso de una parte del juego⁹. Ahora, la actividad económica centrada en el juego deportivo es un bien o servicio bajo algunas corrientes de consumo que se han popularizado en el mundo, dada la extensa participación y gasto por parte de los usuarios¹⁰. El Acuerdo Modificatorio del 18 de diciembre de 2018 emitido por Empresa Industrial y Comercial del Estado Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar (en adelante COLJUEGOS), institución encargada de regular el juego en Colombia, define a los pronósticos deportivos de la siguiente manera: “apuestas sobre eventos reales deportivos son aquellas en las que los pronósticos recaen sobre acontecimientos o competiciones deportivas o sobre hechos o circunstancias que forman parte o se desarrollan en el marco de tales eventos”¹¹.

Con base en lo planteado, la actividad económica de pronósticos deportivos se

6 Roberto San Salvador del Valle, “Ocio, juegos de azar y apuestas deportivas”, *Documentos de Estudios de Ocio*, n.º. 40 (julio de 2010): 42, <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/ocio/ocio40.pdf>.

7 Juan Manuel Benalcázar Sánchez, “La desproporcionalidad de la sanción en el delito de juego de azar en el código orgánico penal”, tesis de grado, Universidad de las Américas, 2015, 53, <http://dspace.udla.edu.ec/handle/33000/4372>.

8 Artículo 236, Código Orgánico Integral Penal [COIP], R. O. Suplemento 180 del 10 de febrero de 2014.

9 Raúl Martínez-Santos, “Juegos, reglas y azar: sobre la naturaleza de los juegos deportivos”, *Retos*, n.º. 26 (julio de 2014): 143-8, <https://doi.org/10.47197/retos.v0i26.34417>.

10 Levi Pérez Carcedo, “El mercado de apuestas deportivas”, en Alberto Palomar Olmedo, coord., *Las apuestas deportivas* (Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2010), 13-33, <http://hdl.handle.net/10651/13157>.

11 Acuerdo 5, Empresa Administradora del Monopolio Rentístico de los Juegos de Suerte y Azar [por medio del cual se define la naturaleza del pronóstico deportivo], Diario Oficial de Colombia 50814 del 18 de septiembre de 2018.

enmarca claramente en los resultados del juego deportivo, ya que los elementos que lo componen no son determinados por la realidad binaria del azar.

3. PROHIBICIÓN DE JUEGOS DE AZAR EN ECUADOR

El 7 de mayo de 2011 se celebró un referéndum-consulta popular en Ecuador en el que los ciudadanos tuvieron la oportunidad de participar directamente en la toma de decisiones frente a temas de índole económico, social, laboral, minero, entre otros. En este evento, los ecuatorianos ejercieron su derecho al voto para determinar su decisión sobre diez preguntas presentadas por el entonces presidente de la república, Rafael Correa. Por un lado, las primeras cinco preguntas estaban relacionadas con enmiendas a la Constitución, caracterizando así el evento como un referéndum. Por otro lado, las cinco preguntas restantes abordaban cuestiones de relevancia pública y se enmarcaban en el contexto de una consulta popular. Para efectos de la presente investigación jurídica, dentro del alcance metodológico y conceptual previsto, es preciso analizar la pregunta siete de la consulta popular en cuestión. Misma que se formuló del siguiente modo: “¿Está usted de acuerdo que en el país se prohíban los negocios dedicados a juegos de azar, tales como casinos y salas de juego?”¹². El resultado fue el siguiente:

Opción	%	Total	Votos hombres	Votos mujeres
SÍ	52	3 951 787	1 931 672	2 020 115
NO	48	3 599 093	1 792 259	1 806 834

Tabla 1: Resultados de Consulta Popular 2011.

A partir de este evento, al haber ganado la opción del “Sí” con el 52 %, sin ser un resultado abrumador, y mucho menos atado a una real voluntad del alcance de la pregunta como se describe en este artículo, el COIP amplió el texto de su artículo 236 a lo que hoy es: “la persona que administre, ponga en funcionamiento o establezca casinos, salas de juego, casas de apuestas o negocios dedicados a la realización de juegos de azar, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”¹³.

Sumado a esto, en el mismo artículo se incluye un agravante al tipo penal en el cual se establece que “la persona que con afán de lucro lleve a cabo las actividades señaladas en el inciso anterior, simulando que las efectúa sin fines de

12 Centro de Capacitación Judicial Electoral, “Ecuador: referéndum-consulta popular 2011”, *Nota Informativa del Tribunal Electoral*, mayo 2011, https://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/nota_info_ecuador.pdf.

13 Artículo 236, COIP.

lucro, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”¹⁴. Bajo este contexto, la incursión en cualquiera —sin tener un anexo ni base de descripción del alcance de la pregunta, como sí ha sucedido en otros referéndums y preguntas— de los mencionados giros de negocio se considera como un delito contra los derechos de los consumidores y contra la salud pública¹⁵.

La justificación contemplada para la prohibición de estas actividades económicas se encuentra en el riesgo exponencial que significaban los casinos y casas de apuestas en delitos económicos como el lavado de activos. También en la degeneración de la actividad desde simple ocio hasta una patología clínica como la ludopatía. En una entrevista realizada previa al referéndum de 2011, José Cisneros, ex director nacional de Investigaciones de la Fiscalía General del Estado, mencionó que:

Hay áreas de la economía que podrían estar contaminadas, por ejemplo, el mercado inmobiliario, el sector de la construcción y también los casinos y salas de juego [...]. Nos hemos dado cuenta de que los lavadores utilizan cooperativas pequeñas y otros negocios para sortear los controles de la Superintendencia de Bancos¹⁶.

En este sentido, es preciso enfatizar que la incursión por parte de los operadores de casinos y casas de apuestas en actividades ilícitas, como delitos económicos, no tuvieron una base científica atada a la pregunta que avale los argumentos de lavado de activo o un estudio serio sobre el aumento de la ludopatía. Además, se confundieron los juegos de azar, los pronósticos deportivos y las apuestas con las diferentes aristas que han sido ya expuestas.

El sistema de salud pública identificó que los juegos de azar y su propensión a generar trastornos ludópatas pueden estar en contra del derecho a la integridad personal psíquica, amparados como una extensión a los derechos de libertad establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de San José. Ambos establecen políticas de prevención e incluso financiamiento por parte de reguladores del juego que destinan parte del recaudo del impuesto al juego a prevención o atención de salud, como es el caso de Colombia. Estos instrumentos respaldan el respeto al derecho a la vida, haciendo énfasis en el desarrollo integral de la misma, siendo fundamental trabajar también en la prevención de la ludopatía, o su tratamiento, bajo la crítica que debe destinarse un monto específico y especializado proveniente de una actividad que *de facto* se realizará, con o sin regulación nacional, ya que la

14 Ibid.

15 Benalcázar Sánchez, “La desproporcionalidad de la sanción en el delito de juego de azar, 53.

16 Nicanor Benítez, “Luchar contra las causas, no contra los efectos”, *Boletín Ciudad Segura*, n.º. 43 (2011): 2, <http://hdl.handle.net/10469/6473>.

permeabilidad del Internet vuelve un imposible fáctico detenerla en la red¹⁷.

4. OPERADORES DE PRONÓSTICOS DEPORTIVOS EN EL MUNDO

Los operadores de pronósticos deportivos tienen una regulación especial en regímenes como la Unión Europea, y su legislación encasilla a estos dentro de una macrocategoría llamada *gambling*, que también incluye casinos, máquinas tragamonedas, póker y loterías. Pese a que el organismo supranacional controla un sinnúmero de actividades económicas y comerciales en el mercado europeo común, el juego de azar y los operadores de pronósticos deportivos dependen de las decisiones que cada país adopta con base en su interés individual e impacto social respecto al tema¹⁸.

En este sentido, es preciso mencionar algunos casos. Primero, Reino Unido reconoce a las apuestas deportivas, cuya regulación depende de la *UK Gambling Commission*. El caso del país inglés es interesante, ya que reconoció a los operadores de pronósticos deportivos, junto con los juegos de azar mediante la *Gambling Act* adoptada en 2005 bajo la iniciativa del Departamento de Cultura, Medio de Comunicación y Deportes. La legislación habilita la creación de la *UK Gambling Commission*, encargada de supervisar el desarrollo de las actividades de juego y otorgar licencias a los participantes de la industria. Además, este organismo tiene la responsabilidad de aplicar acciones correctivas en relación con dichas actividades. Esta comisión también tiene la capacidad de emitir sanciones, advertencias formales, adendas a las licencias o actos administrativos sancionadores que afecten las finanzas de los operadores en caso de incumplimiento a sus disposiciones¹⁹.

Segundo, Francia regula al *gambling* mediante la *Autorité Nationale des Jeux* (en adelante ANJ), que permite el funcionamiento de pronósticos deportivos, póker y carreras de caballos, pero prohíbe de manera expresa a los casinos por internet. Lo anterior se asemeja mucho a la distinción que hace Ecuador entre juegos azarosos, que no dependen de otro factor más que la suerte, y los que dependen de variables físicas y de intelecto. Bajo este contexto, es preciso enfatizar que un elemento común en la Unión Europea es la creación de organismos especializados en el control de esta actividad económica con el fin de mitigar los efectos negativos que se analizaron ante el abuso por parte de los individuos.

17 Henry Cadena, “El derecho a la integridad psíquica y la seguridad jurídica en los pronósticos deportivos en la legislación ecuatoriana”, Tesis de grado, Universidad Regional Autónoma de los Andes, 2023, <https://dspace.uniandes.edu.ec/handle/123456789/17420>.

18 Anastasios Kaburakis, “European Union Law, Gambling, and Sport Betting: European Court of Justice Jurisprudence, Member States Case Law, and Policy”, en *Sports Betting: Law and Policy*, eds. Paul Anderson, Ian Blackshaw, Robert Siekmann y Janwillem Soek (La Haya: T.M.C. ASSER PRESS, 2011): 32, https://doi.org/10.1007/978-90-6704-799-9_4.

19 David Miers, “Implementing Great Britain’s Gambling Act 2005: The Gambling Commission and the Casino Question”, *Gaming Law Review* n.º. 10 (octubre de 2006): 472-81, <http://doi.org/10.1089/glr.2006.10.472>.

En Latinoamérica, dependiendo del país, las plataformas de pronósticos deportivos aún poseen cierto estigma por su presunta incursión en actividades de azar. Existen naciones que han logrado regular de manera eficiente a los pronósticos. En tales casos, el Estado ha podido reconocer e incentivar la explotación de la actividad económica, ofrecer facilidades a sus operadores y convertir a la industria en una fuente muy importante de recaudación de impuestos. Es el caso de Colombia que, con COLJUEGOS, recauda cerca de USD 140 millones destinados a la salud²⁰.

Como se puede notar, la legislación colombiana se ha adaptado a la realidad del juego en línea. Sobre todo con enfoque en el juego deportivo. La Ley 643 de 2001 fue el pilar fundamental para que ese Estado sea capaz de administrar el monopolio rentístico de los juegos de suerte y azar en el país, así como el reconocimiento del juego. Además de ello, se estableció de manera taxativa prohibiciones a los operadores. En este sentido, esta ley define a los juegos de azar y suerte como:

Para los efectos de la presente ley, son de suerte y azar aquellos juegos en los cuales, según reglas predeterminadas por la ley y el reglamento, una persona, que actúa en calidad de jugador, realiza una apuesta o paga por el derecho a participar a otra persona que actúa en calidad de operador, que le ofrece a cambio un premio, en dinero o en especie, el cual ganará si acierta, dados los resultados del juego, no siendo este previsible con certeza, por estar determinado por la suerte, el azar o la casualidad²¹.

Este hito normativo estableció el camino hacia la regulación por parte del Estado de los centros de juego, así como la despenalización general de la apuesta. Sin embargo, también estableció limitantes para el ejercicio de estas actividades. Entre estas limitaciones, la Ley 643 de 2001 impuso prohibiciones expresas a los juegos de azar como “el ofrecimiento o venta de juegos de suerte y azar a menores de edad y a personas que padezcan enfermedades mentales que hayan sido declaradas interdictas judicialmente”²². Una década después, mediante el Decreto 4142 de 2011, Colombia siguió el ejemplo europeo y creó COLJUEGOS como el órgano estatal encargado de regular el juego en el país, sumado a que este posee una facultad de control sobre la actividad económica. COLJUEGOS ha desempeñado un papel fundamental en dar lineamientos diferenciados a los operadores de pronósticos deportivos. El Acuerdo Modificatorio del 18 de diciembre de 2018 diferenció de manera expresa a los juegos de azar y a los eventos de naturaleza deportiva.

20 Ministerio de Hacienda de Colombia, Boletín 001 [por el cual, se transparenta el valor recaudado por COLJUEGOS] del 24 de enero de 2023.

21 Artículo 2, Ley 643 de 2001 [por la cual se fija el régimen propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar], Diario Oficial de Colombia 44.294 del 17 de enero de 2001.

22 Id.

5. OPERADORES DE PRONÓSTICOS DEPORTIVOS EN ECUADOR

En Ecuador, los operadores de pronósticos deportivos no se encontraban reconocidos expresamente en el ordenamiento jurídico hasta la aprobación y publicación de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar. En materia tributaria, esta ley creó el Impuesto a la Renta Único a los Operadores Deportivos (en adelante IRUPD), el cual, mediante reforma a la Ley del Régimen Tributario Interno (en adelante LRTI), impone un régimen gravado sobre los ingresos percibidos por cualquier persona natural o jurídica cuya actividad central sean los pronósticos deportivos²³. Esto contempla a los operadores que funcionan por medio de Internet o cualquier otro medio físico o electrónico. Mediante esta normativa, el Servicio de Rentas Internas quedó a cargo de la administración y recaudación de este tributo. Con esto dicho, es preciso hacer un recorrido a los hitos normativos que han dado paso a que estos operadores económicos ingresen al mercado ecuatoriano y preguntarse si es necesario entrar nuevamente a regular los juegos de azar y de destreza en Ecuador.

5.1 PRONUNCIAMIENTO DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

En el año 2019, el entonces director de la Junta de Beneficencia de Guayaquil elevó a consulta ante la Procuraduría General del Estado la inteligencia de la norma con el siguiente texto:

¿Debe entenderse que la prohibición resultante de la Consulta Popular del 7 de mayo de 2011 y el tipo penal contemplado en el art. 236 del Código Integral Penal se entienden [sic] a TODAS las casas de apuestas, salas de juego o negocios con fines de lucro, dedicados a la realización de juegos de azar, que funcionan en el Ecuador?²⁴.

La Procuraduría General del Estado, siendo la institución del Estado que, por ley, puede absolver este tipo de dudas, analiza la consulta planteada sobre el alcance e inteligencia de la norma descrita como continúa:

Se concluye que, por el principio de legalidad que rige en materia de infracciones penales, como garantía de los derechos de las personas la prohibición de establecer negocios dedicados a la realización de “juegos de azar” resultante de la consulta popular del 7 de mayo de 2011 y el tipo penal contemplado en el artículo 236 del COIP, debe ser entendida en

²³ Artículo 4, LOFEF.

²⁴ Oficio 07017, Procuraduría General del Estado [por el cual se hace excluye a los pronósticos deportivos de la prohibición de juegos de azar], 13 de diciembre de 2019.

sentido literal, esto es, referida a los negocios dedicados a la realización de juegos cuyos resultados se definen, en forma exclusiva, por la suerte. En consecuencia, dicha prohibición no se puede extender a actividades económicas no comprendidas expresamente en la ley penal y que, por el contrario, están reguladas por el ordenamiento jurídico y sujetas a la obtención de permisos y licencias de funcionamiento, que deben ser otorgadas por las autoridades públicas competentes, como aquellas sujetas a LT y el COOTAD²⁵.

Este análisis definió que los pronósticos deportivos no son juegos azarosos y requieren de un conocimiento del jugador. Por lo tanto, no pueden extenderse a una actividad económica prohibida, pero, por su parte, los juegos de casino que se encuentran dentro de la prohibición expresa al ser juegos azarosos, y por esta razón fueron cerrados años antes, así como casas de juego de diversa índole. Con todo esto, desde 2019 se ha podido observar la entrada de un número considerable de operadores de pronósticos deportivos que han ganado significativa importancia en las actividades de ocio de los ecuatorianos, sobre todo de los grandes fanáticos del fútbol nacional e internacional, así como de deportes como fórmula 1, básquetbol, artes marciales mixtas, entre otros, sin tener un panorama claro de cómo operar, abriendo una ventana para el fisco de recaudar millones de dólares anuales con la regularización de esta actividad económica en el país. De hecho, se proyecta que el tamaño del mercado mundial de juegos en línea alcanzará los 153 570 millones de dólares para 2030.

5.2 PROYECTO DECRETO-LEY ÓRGANICA PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA ECONOMÍA POPULAR

El 17 de mayo de 2023, el presidente de la república Guillermo Lasso, tras declarar la muerte cruzada y disolver la Asamblea Nacional, presentó el proyecto de Decreto-Ley Órgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar, el cual en su artículo cuarto, por primera vez, proponía expresamente que los operadores de pronósticos deportivos sean sujetos a un impuesto especial, que sería nombrado “impuesto único a los operadores de pronósticos deportivos”²⁶. Al ser un proyecto de decreto-ley, este debía ser analizado por la Corte Constitucional del Ecuador, la cual decidió emitir dictamen favorable. Bajo este contexto es preciso analizar varias consideraciones que tuvo la Corte Constitucional frente a la creación del impuesto único que, por su naturaleza, deja en duda si es un impuesto a los pronósticos deportivos *per se* o un impuesto a la renta con otra naturaleza.

25 Id.

26 Artículo 4, LOFEF.

5.3 CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

El Dictamen 1-23-UE/23, cuya ponencia estuvo a cargo de la jueza constitucional Alejandra Cárdenas Reyes, recibió varios *amicus curiae* que resaltaban que los operadores económicos estarían sujetos al pago de un impuesto único que se basaría en un evento generador con diversas bases imponibles. Así mismo, se indicó que, como resultado de esta diferenciación, se afectaría directamente los principios tributarios de equidad y progresividad en su implementación.

La Corte determinó que, de acuerdo con el artículo 4 del decreto-ley, la base imponible para los operadores residentes consistirá en los ingresos totales generados (incluyendo comisiones) menos los premios pagados en el mismo período, siempre y cuando se haya retenido el impuesto correspondiente al momento del pago del premio según los porcentajes establecidos. Además, para los operadores no residentes, la base imponible será el total de los valores pagados (ingreso bruto) por el usuario en cada transacción. Sin embargo, la Corte señala que, cuando un operador obtiene ganancias de actividades realizadas a través de plataformas ubicadas fuera de Ecuador, existe una dificultad práctica que limita la capacidad de la administración tributaria para controlar a los contribuyentes no residentes en el país. Esta situación no se presenta en los casos en los que el operador tiene su domicilio fiscal en el país y la administración dispone de información sobre sus transacciones y activos²⁷.

También se introdujeron, mediante *amicus curiae*, las consideraciones sobre supuestas barreras de entrada normativas que traería consigo la adopción del impuesto sobre pronósticos deportivos y que este limitaría la libre competencia y el libre desarrollo de la actividad económica. También se expresa la dificultad que el impuesto traería a la sostenibilidad de la actividad económica, ya que impediría la generación de ingresos suficientes para su operación, siendo un incentivo perverso el de buscar operar ilegalmente desde fuera del territorio ecuatoriano, limitando el cobro del impuesto y volviendo imposible el control de la actividad.

La Corte Constitucional fue enfática en afirmar que, para evaluar el impacto de un impuesto en la competencia económica, es esencial analizar y sopesar tanto los aspectos positivos como los negativos desde una perspectiva económica y de eficiencia. Se debe tener en cuenta que la competencia no es un valor absoluto y debe equilibrarse con otros principios en juego para evitar posibles inconstitucionalidades. En este sentido, inicialmente, este órgano no percibe una limitación a la competencia libre y justa en sí misma.

²⁷ Caso n.º 1-23-UE, Corte Constitucional del Ecuador, 16 de junio de 2023, párr. 108.

5.4 RESOLUCIÓN DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS

El 31 de julio de 2024, mediante Resolución n.º NAC-DGERCGC24-00000029 del Servicio de Rentas Internas, se establecieron los plazos, la forma de declaración y el proceso de registro en el RUC, necesarios para la aplicación del IRUPD. El Servicio de Rentas Internas indica que la fórmula de cálculo del IRUPD, cuya tarifa legal es del quince por ciento, es la siguiente:

$$\text{IRUPD} = (\text{Vp} + \text{Cp} - \text{Pg}) \times 0,15$$

- Vp: Valores utilizados para un pronóstico deportivo recibidos del jugador cuando no haya acertado.
- Cp: Valores cobrados al jugador vinculados directamente con un pronóstico deportivo (comisiones u otros rubros semejantes).
- Pg: Valor de los premios ganados por los jugadores durante el período, sobre los que se hubiere efectuado retención en la fuente²⁸. En este sentido, la retención del impuesto a la renta sobre los premios del jugador de pronósticos deportivos deberá efectuarse cuando nazca el derecho a recibir el premio a favor del jugador. No obstante, el Servicio de Rentas Internas indica en dicha resolución que son los premios pagados a los jugadores los que están sujetos a la retención en la fuente²⁹.

6. REGULACIÓN ESPECIALIZADA

A pesar de que los pronósticos deportivos han sido reconocidos expresamente por la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Popular, lo que ha dado paso a su libre operación en Ecuador, el Legislativo ecuatoriano aún no ha considerado crear una norma especializada para que los operadores tengan seguridad jurídica sobre los límites a los que puede llegar su giro de negocio. Bajo esta lógica, ¿es necesario implementar una norma especial o delegar a un organismo de control la legitimación y el reconocimiento a los operadores de pronósticos deportivos existentes y futuros? Pues es preciso ponderar entre la libre iniciativa privada y el poder de policía que tiene el Estado en múltiples actividades económicas. Por un lado, los operadores de apuestas deportivas están proliferando en el país y generan rendimientos cuantiosos, lo que se

28 Resolución n.º NAC- DGERCGC24-00000029, Servicio de Rentas Internas [por el cual se establecen los plazos y formas de declaración, reglas de emisión de comprobantes de venta y retención y requisitos para la inscripción en el registro único de contribuyentes para la implementación del impuesto a la renta único a los operadores de pronósticos deportivos], 31 de julio de 2024.

29 Id.

refleja en un mayor dinamismo económico que se vería desincentivado por la excesiva regulación que suele tener el Estado ecuatoriano. Por otro lado, el poder de policía debería ser aplicado en cuanto los pronósticos deportivos generen efectos negativos que sobrepasen los derechos individuales y vulneren los colectivos, lo cual no es tangible en la actualidad³⁰.

No se descarta que Ecuador siga el ejemplo europeo y de su vecino Colombia e implemente una institución que reconozca, regule y permita el funcionamiento de los operadores en un futuro. Sin embargo, existe la posibilidad de generar un desincentivo a largo plazo para las inversiones relacionadas a esta actividad, ya que el monopolio rentístico del giro de negocio podría concentrarse en el Estado, que puede disminuir los rendimientos percibidos por estas compañías, lo que a su vez puede provocar la suspensión o cancelación de actividades en el país.

Al existir dos posiciones contrapuestas es preciso referirse a un caso de éxito de regulación. La República de Colombia en 2023 contabilizó un total de catorce operadores de pronósticos deportivos, los cuales tienen que regirse estrictamente bajo las disposiciones de COLJUEGOS y, a pesar de la alta regulación, se ha denotado un ecosistema cargado de seguridad jurídica, lo cual ha permitido la proliferación de la actividad económica³¹. Uno de los operadores exponentes en este país es RUSHBET, una plataforma de apuestas deportivas en línea operada por la compañía estadounidense *Rush Street Interactive*, con sede en Bogotá, Colombia. Su propuesta en el mercado de apuestas deportivas *online* incluye una amplia gama de opciones de apuesta en disciplinas como el fútbol, además de enfocarse en eventos populares en Estados Unidos, como la NBA. También ofrece una oferta atractiva para los aficionados al tenis³².

Según lo establecido y recabado a lo largo de la presente investigación, se considera que Ecuador ha tenido un proceso de regulación desordenado, ya que, en principio, un pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado clarificó que el funcionamiento de los operadores de pronósticos deportivos en el país no es ilegal tras la demarcación de la distinción entre estos y los juegos de azar. Después, la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar introdujo el impuesto único a los operadores de pronósticos deportivos sin establecer en un primer momento los límites y reglas aplicables a la operación en sí misma de estas entidades. Actualmente, la regulación solo se

30 Mayra Estrada, “¿Es necesario regular?: análisis del marco legal de los juegos de azar y apuestas en el Perú”, *Ius et Veritas* 23, n.º. 46 (julio de 2013): 350-61, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iuserveritas/article/view/11975>.

31 Germán Pérez Escobar y Diego Velásquez Delgado, “Aproximación al fenómeno de las apuestas deportivas desde una óptica sociológica y econométrica: análisis de escenarios prospectivos del sector y modelos fácticos de inversión del capital en las plataformas de apuestas *online*”, tesis de grado, Universidad Antonio Nariño, 2023, <http://repositorio.uan.edu.co/handle/123456789/9319>.

32 Andrea Grandas López y Diego Romero Murillo, “Corredor Empresarial S. A.”, tesis de maestría, Universidad Externado de Colombia, 2019, <https://doi.org/10.57998/bdigital.handle.001.2570>.

ha limitado al campo tributario, mas no ha hecho énfasis en ser precisa sobre el marco regulatorio de la actividad en sí misma, hecho que ha llenado de incertidumbre a las compañías que ya han iniciado sus operaciones dentro del país. Sin duda alguna, la creciente demanda por hacer pronósticos deportivos en el país ha hecho de Ecuador un mercado interesante para que, por lo menos, sesenta compañías hayan abierto sus operaciones en el país en tan solo cuatro años. Por lo que la regulación es solo el camino natural que debe tomar la legislación ecuatoriana para regularizar los juegos de destreza en los que anualmente se mueven miles de millones de dólares en el mundo y que continúa en crecimiento exponencial.

7. CONCLUSIONES

El desarrollo empresarial de una nación es un proceso complejo pero necesario que involucra la diversificación de actividades económicas para satisfacer las necesidades de la población. Sin embargo, algunas de estas actividades, como los pronósticos deportivos, han generado controversia debido a su posible impacto negativo en la sociedad y en la salud pública a largo plazo que, en el caso de Ecuador, no ha sido debidamente sustentado en las varias decisiones de política pública esgrimidas en esta investigación. En el caso específico de Ecuador, la legalidad y regulación de las plataformas de pronósticos deportivos ha sido tema de debate y definición, especialmente en relación con la distinción entre juegos de azar y pronósticos deportivos. Los pronósticos deportivos tienen una larga historia que se remonta a la antigua Grecia y el Imperio romano, pero su modalidad ha evolucionado hasta alcanzar plataformas digitales en la actualidad. A pesar de esta evolución, persisten confusiones sobre su relación con los juegos de azar.

Mientras que los juegos de azar dependen exclusivamente de la suerte, los pronósticos deportivos implican un conocimiento del deporte y de sus participantes, lo que los diferencia legalmente con una base estadística de las diferencias entre el mero azar y la capacidad de realizar un pronóstico. En Ecuador, la prohibición de los juegos de azar, incluyendo casinos y casas de apuestas, se estableció en una consulta popular en 2011 que devino en una prohibición expresa en el COIP. Sin embargo, la distinción entre juegos de azar y pronósticos deportivos no estaba claramente definida en la legislación ecuatoriana hasta la promulgación de la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar, lo que abrió el debate sobre el principio de legalidad que rige en materia de infracciones penales. Específicamente sobre la aplicación del artículo 236 del COIP en actividades que no son meramente de casualidad o suerte, sino de aquellas en las que el jugador requiere destreza o habilidad para llevar a cabo. Por lo que queda claro que el pronóstico deportivo es una combinación ganadora de esta destreza que se relaciona con el

resultado final de un cierto evento deportivo, por lo que es necesario plantearnos la necesidad de regular la actividad económica y dejar de lado el tabú de las mal llamadas “apuestas”.

La regulación de los operadores de pronósticos deportivos en Ecuador ha experimentado un proceso evolutivo significativo desde la consulta inicial sobre la interpretación de la ley hasta la aprobación y aplicación de normativas específicas, como la Ley Orgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar. Este proceso ha involucrado la intervención de diversas instituciones estatales, como la Procuraduría General del Estado, la Corte Constitucional y el Servicio de Rentas Internas, para definir el alcance y los requisitos legales aplicables a esta actividad económica.

La determinación de que los pronósticos deportivos no constituyen juegos de azar ha sido fundamental para su reconocimiento como una actividad económica legítima y su inclusión en el marco regulatorio tributario. Sin embargo, la creación del impuesto único a los operadores deportivos ha generado debate en torno a su impacto en la equidad y progresividad del sistema tributario, así como en la competencia económica y la sostenibilidad de la actividad.

El proceso regulatorio de los operadores de pronósticos deportivos en Ecuador destaca la importancia de encontrar un equilibrio entre la promoción de la actividad económica, la protección de los derechos de los consumidores y la garantía de una tributación justa y equitativa. Este caso también ilustra la necesidad de un enfoque integral y colaborativo entre los distintos actores gubernamentales y la sociedad civil para desarrollar regulaciones efectivas que fomenten el crecimiento económico y la estabilidad jurídica. Esta ley introdujo el impuesto a la renta único a los operadores deportivos (IOD), que gravaba los ingresos percibidos por las personas o empresas cuya actividad principal fueran los pronósticos deportivos. Esta medida representó un reconocimiento explícito de los pronósticos deportivos como una actividad económica sujeta a regulación y tributación en Ecuador, permitiendo al Estado recaudar los tributos sin antes tener una normativa clara sobre su operación del día a día.

Sin embargo, la regulación de los pronósticos deportivos en Ecuador no estuvo exenta de controversias. La interpretación de la prohibición de los juegos de azar en la consulta popular de 2011 llevó a consultas a la Procuraduría General del Estado para esclarecer sobre la inteligencia de la norma, y si esta prohibición se aplicaba a todas las actividades relacionadas con los juegos de azar. La conclusión fue que la prohibición se refería exclusivamente a juegos cuyos resultados dependieran exclusivamente de la suerte, lo que excluía a los pronósticos deportivos. Dudas que hasta la actualidad persisten y son motivos de debate. ¿Cuál es su alcance? ¿Están atadas a juegos de azar? Si es así, es necesario plantearse cuánto tiempo debe pasar para que una industria en constante

crecimiento tenga un panorama legal claro para operar.

La regulación de los pronósticos deportivos en Ecuador y el mundo es un tema que requiere un equilibrio entre la libertad económica y la protección de los consumidores. Si bien es importante reconocer los posibles riesgos asociados con estas actividades, también es fundamental garantizar un marco legal claro que fomente la transparencia y la responsabilidad por parte de los operadores en el que subsistan las necesidades actuales del mercado.

La conclusión que se puede extraer de este análisis es que, si bien Ecuador ha permitido la operación de plataformas de pronósticos deportivos mediante la Ley Órgánica para el Fortalecimiento de la Economía Familiar, la falta de una regulación específica ha generado incertidumbre para los operadores de este mercado y, aunque la normativa tributaria ha sido implementada, no existen lineamientos claros sobre los límites y las reglas que deberían guiar la actividad, lo que podría desincentivar tanto a los operadores actuales como a posibles inversionistas. En este contexto, surge la necesidad de valorar la implementación de un marco regulatorio especializado o la creación de un organismo de control para legitimar y regular la actividad de los operadores de pronósticos deportivos. Sin embargo, debe encontrarse un equilibrio entre garantizar seguridad jurídica y evitar una regulación excesiva que pueda afectar el dinamismo económico. El ejemplo de Colombia, que ha logrado un ecosistema regulado y seguro para los operadores sin limitar su crecimiento económico, podría servir como referencia para Ecuador.

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

¿Es posible una indemnización por la ruptura unilateral de un noviazgo en Ecuador?

Is Compensation Possible for the Unilateral Breakup of a Courtship in Ecuador?

LILIANA MISHEL CHUGCHILAN TIGASI*

Recibido / Received: 23/06/2024

Aceptado / Accepted: 25/08/2024

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3367>

Citación:

Chugchilan Tigasi, L. M. “¿Es posible una indemnización por la ruptura unilateral de un noviazgo en Ecuador?”. *USFQ Law Review* vol. 11, no. 2, noviembre de 2024, <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3367>

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: lilimishel139@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-8248-7825>

RESUMEN

Este trabajo desarrolla, inicialmente, la controversia sobre el matrimonio como contrato y determina que, aun cuando sus obligaciones no tienen contenido patrimonial, parte de la doctrina y el propio Código Civil lo reconocen como tal. De este reconocimiento se desprende que, como es común en este ámbito, existe una fase precontractual, que en el caso del matrimonio se reconoce a través de la figura del noviazgo.

De ahí que, al contar con una fase de negociaciones, sean de imperativo cumplimiento los deberes como la protección y custodia de la cosa, información, confidencialidad y —el enfoque en este trabajo— el de no abandono de las negociaciones sin justa causa. Así, de verificarse este último, se está frente a un supuesto de responsabilidad precontractual, cuya indemnización prosperará siempre que se reúnan los siguientes requisitos: justa expectativa, rompimiento sin causa, daño y nexos causal entre el primero y el daño.

Por lo tanto, en un noviazgo que, según las actuaciones de las partes (novios o enamorados), pueda considerarse como tratamientos preliminares para un matrimonio es posible solicitar una indemnización por los daños ocasionados, ya sean patrimoniales o morales. Especialmente si se considera que la buena fe objetiva debe verificarse en cada una de las fases de un contrato desde sus tratativas hasta su conclusión.

PALABRAS CLAVE

Noviazgo; ruptura unilateral; tratamientos preliminares; responsabilidad precontractual; terminación sin justa causa

ABSTRACT

This paper explores the controversy surrounding marriage as a contract and establishes that, although its obligations do not have patrimonial content, part of the doctrine and the Civil Code itself recognize it as such. This recognition shows that, as is common in this field, there is a pre-contractual phase, which in the case of marriage is acknowledged through the concept of courtship.

Thus, with a phase of negotiations in place, there are imperative duties to fulfill, such as the protection and custody of property, information, confidentiality, and —this work's focus— not to abandon negotiations without just cause. Therefore, if the latter is not verified, one is faced with a case of pre-contractual liability, whose compensation will prosper provided that the following requirements are met: a legitimate expectation, rupture without just cause, damage and a causal link between the first and the damage.

Consequently, in a courtship that, according to the actions of the parties (partners or lovers), can be considered as preliminary negotiations for marriage, it is possible to request compensation for the damage caused, whether patrimonial or moral. Especially if good faith must be verified in each of the phases of a contract from its negotiation to its conclusion.

KEYWORDS

Courtship; unilateral rupture; preliminary treatments; pre-contractual liability; termination without just cause

1. INTRODUCCIÓN

La figura del noviazgo, dada su aparente poca relevancia jurídica, no ha sido desarrollada en profundidad en la legislación ecuatoriana. ¿Qué ocurre con la terminación unilateral de un noviazgo? ¿Es en realidad una figura que no genera efecto jurídico alguno en Ecuador? Y, de ser así, ¿cuáles serían esos efectos?

La respuesta a estas interrogantes tendrá como base dos consideraciones que son fundamentales en este análisis: el matrimonio es un contrato y, en consecuencia, tiene una fase precontractual. En esta fase precontractual es dable una indemnización a raíz de la ruptura injustificada en las tratativas. Pero ¿cuáles son las tratativas de un matrimonio? Un noviazgo. En términos generales, esta institución social se conforma por una pareja cuya vinculación obedece a propósitos conjuntos¹.

Si de este vínculo interpersonal se generan consecuencias apreciables en el patrimonio de los involucrados, ¿el Derecho tendría que hacer caso omiso de aquello? Evidentemente no. Sin embargo, pese a que estos supuestos son frecuentes en las relaciones interpersonales, todavía se trata de un tema que ha estado en el limbo jurídico desde siempre. He aquí la relevancia de la discusión: el aporte de una nueva perspectiva jurídica sobre el noviazgo.

El presente artículo desarrollará, de forma inicial, la figura del matrimonio como un contrato *sui generis*, para luego analizar la responsabilidad precontractual y los deberes que se desprenden de la buena fe objetiva y, finalmente, aterrizar estos conceptos específicamente sobre el noviazgo como tratativas de un matrimonio. Al final, se concluye que, en efecto, es procedente una indemnización por la terminación unilateral de un noviazgo sin justa causa, reclamable por vía extracontractual (cuando se configura la responsabilidad precontractual).

Para el efecto, el concepto de noviazgo que se manejará a lo largo del artículo engloba aquellas relaciones cuyas partes tengan como objetivo real y apreciable el matrimonio. Si bien se trata de un fin cuya consolidación es mayormente incierta (por la subjetividad e indeterminación innegables en las relaciones interpersonales), es necesario descartar —con objeto de la responsabilidad precontractual— a aquellos noviazgos que no buscan celebrar un futuro matrimonio, porque, entonces, no se está frente a un supuesto reclamable en el *iter* contractual. Esto se explicará con mayor detalle en los siguientes apartados.

¹ Marisol Morales Rodríguez y Damaris Díaz Barajas, “Noviazgo: evolución del significado psicológico durante la adolescencia”, *Uaricha Revista de Psicología* 10, n.º. 22 (mayo-agosto de 2013): 21, <http://www.revistauaricha.umich.mx/index.php/urp/article/view/96/379>.

2. DESARROLLO

Para iniciar, a efectos de encontrar una posibilidad para reclamar indemnización por daños y perjuicios en un noviazgo cuyo objetivo (matrimonio) no se pudo consolidar dada la ruptura unilateral, cabe mencionar brevemente la discusión existente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano sobre el matrimonio como un contrato.

2.1 SOBRE EL MATRIMONIO COMO UN CONTRATO

De la doctrina civilista se desprenden argumentos a favor y en contra de reconocer al matrimonio como un contrato. Se dice del matrimonio que, más que un contrato, es una institución que goza de protección jurídica. Afirmar lo contrario deviene en una serie de excepcionalidades que requieren “modificación” o “adaptación” en la legislación actual. Sin embargo, la institucionalidad del matrimonio no está en tela de duda². De hecho, Larraín lo explica someramente de la siguiente manera:

Toda la legislación positiva sobre el matrimonio es una constante excepción a las características y noción misma de los contratos, mientras que es una confirmación, también constante, de que ella cumple con todos y cada uno de los elementos básicos de la institución³.

En esta línea, las regulaciones del matrimonio, en su forma institucional,—cobran un carácter imperativo, por lo tanto, las consecuencias personales que pueda generar escapan de la voluntad de las partes (contrayentes)⁴. Esta limitación sobre la libre configuración contractual entre los contratantes hace del matrimonio un contrato *sui generis*, esto es, diferente de los otros contratos, pues los derechos, las obligaciones y los deberes no nacen de una convención o acuerdo de voluntades, sino que son contenido de la ley civil⁵.

Específicamente sobre el contenido de este “contrato”, el libro IV título V parágrafo 1 del Código Civil (en adelante CC) deja en manifiesto algunas de las “obligaciones” que derivan del matrimonio, que son la obligación de los cónyuges de guardarse fe⁶, la de socorrerse⁷, la de ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida⁸, la de suministrarse mutuamente lo necesario

2 Hernán Larraín, “Matrimonio, ¿contrato o institución?”, *Revista de Derecho* 9, n.º. 1 (diciembre de 1998): 153-60, <https://revistaderechovaldivia.cl/index.php/revde/article/view/994/685>.

3 Ibid.

4 Farith Simon, *Manual de derecho de familia* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021), 84.

5 Darío Rojas, “Caracterización del matrimonio: ¿es o no un contrato?”, *Nuevo Derecho* 7, n.º. 9 (julio-diciembre de 2011): 28, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=669770719003>.

6 Artículo 136, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 46 del 24 de junio de 2005, reformado por última vez R. O. 46 del 14 de marzo de 2022.

7 Id.

8 Id.

en aras del mantenimiento del hogar común⁹, entre otras.

Todas las “obligaciones” mencionadas anteriormente ¿son realmente obligaciones en estricto sentido? He aquí otro punto débil sobre el carácter contractual del matrimonio. Según Abeliuk, estas no son obligaciones propiamente, pues su contenido moral y afectivo las despoja de la posibilidad de ejecución forzosa o indemnización de perjuicios¹⁰, que son facultades que gozan los contratantes en caso de incumplimiento contractual¹¹. En su lugar, y por su naturaleza, se tratan de deberes específicos en materia de familia, a los que erróneamente el legislador denomina como obligaciones. Este autor defiende que la mejor denominación para estas es la de deberes, justamente por lo que se analiza a continuación.

Según el análisis, el concepto clásico de obligación es el que predomina en la doctrina y legislación actuales: obligación es “la relación entre los patrimonios, pero a través de las personas de sus titulares”¹². Aquí aparece un componente sustancial: la patrimonialidad. De ahí que los sujetos de una obligación sean acreedor y deudor. Por un lado, el acreedor con un crédito o derecho personal y, por otro, el deudor con una obligación (como dos caras de una misma moneda)¹³. Bajo este planteamiento, parecería que las “obligaciones” que nacen del matrimonio carecen de este rasgo patrimonial y, en consecuencia, no son técnicamente obligaciones.

Ahora, conviene precisar la definición de contrato. Según Parraguez, contrato es una convención que crea obligaciones¹⁴. Con esto en mente, ¿podría decirse que aquello que no crea obligaciones es realmente un contrato? Es decir, si las obligaciones —deberes— estipuladas —impuestas— en el matrimonio tienen origen en la ley¹⁵, ¿cuáles son aquellas que se crean debido al contrato? Aparentemente no existen. *Ergo*, el matrimonio no debería considerarse un contrato.

No obstante, el reconocimiento del matrimonio como contrato encuentra sus luces en la literalidad del CC. En norma expresa (artículo 81), el CC indica que el “[m]atrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente” (énfasis añadido)¹⁶. Aquí dos puntos destacables: el matrimonio es un contrato y sus obligaciones no son necesariamente patrimoniales. De hecho, de una breve lectura del CC

9 Artículo 138, CC.

10 René Abeliuk, *Las obligaciones: tomo I* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1993), 18.

11 Artículo 1505, CC.

12 Abeliuk, *Las obligaciones*, 19.

13 *Ibid.*, 9.

14 Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2021), 81.

15 De acuerdo con el artículo 1453 del CC, otras fuentes de las obligaciones, además de la contractual, son: los cuasicontratos, delitos, cuasidelitos o la ley.

16 Artículo 81, CC.

se desprende que existen obligaciones que no tienen carácter patrimonial y están reconocidas como tal en la norma: las obligaciones de no hacer.

Una obligación de no hacer consiste en la abstención de mantener determinada conducta¹⁷. Piénsese en alguna obligación de no hacer que tenga carácter patrimonial. Están por ejemplo, la obligación de no gritar, no correr, no pintar, no vender, etc. Si bien todas ellas pueden tener como contraprestación un pago o una obligación patrimonial, *per se*, no tienen rasgos patrimoniales; aun así, el CC las reconoce como obligaciones. De esto se infiere que para el legislador, la patrimonialidad no parece ser un requisito *sine qua non* en las obligaciones. Es decir, existen obligaciones no patrimoniales.

Dicho esto, conforme lo manifestado por Parraguez, para la existencia de un contrato únicamente se requiere de los siguientes requisitos generales: consentimiento, objeto y causa¹⁸. En un contrato de matrimonio, el consentimiento se manifiesta por los comparecientes al momento de la firma frente a la autoridad competente del Registro Civil. El objeto tiene que ver con las consecuencias jurídicas que las partes se proponen, es el para qué de una relación contractual. La causa es la justificación detrás del contrato¹⁹. Luego, es evidente que, si los novios/comprometidos manifiestan su consentimiento, con el objeto de ayudarse mutuamente (y demás “obligaciones” afines) y con una causa a su discreción, es dable reconocer la existencia de un contrato. Más aún si se considera que la patrimonialidad de las obligaciones no es una exigencia.

En esta misma línea se han pronunciado autores como Hernán Larraín y Darío Rojas. El primero afirma que “[e]l matrimonio es, en efecto, un acuerdo de voluntades productor de obligaciones. Es un contrato en la forma y en su desarrollo”²⁰. El segundo manifiesta lo siguiente: “es claro que todo contrato acarrea o conlleva a las partes a instituir unas obligaciones, y para el matrimonio son específicamente la cohabitación, la fidelidad, el socorro, y la ayuda mutua”²¹.

Así, se ignora a cabalidad la exigencia de la patrimonialidad o, si se quiere, se otorga un entendimiento conceptual amplio al término jurídico “obligación”, lo que hace que incluya contenido no patrimonial. El enfoque se centra en que existe, efectivamente, un acuerdo de voluntades cuyo objeto tiene componentes afectivos y morales y cuya causa depende totalmente de la subjetividad de cada pareja, pero que, en principio, está orientada a la creación de una familia. Luego, reuniéndose los requisitos de existencia de un contrato

17 Real Academia Española, “Obligación de no hacer”, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, consultado el 29 de agosto de 2024, <https://dpej.rae.es/lema/obligaci%C3%B3n-de-no-hacer>.

18 Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 298-9.

19 *Ibid.*

20 Larraín, “Matrimonio, ¿contrato o institución?”, s. n.

21 Rojas, “Caracterización del matrimonio”, 30.

(voluntad, objeto y causa) y considerando que los “deberes”²², que nacen del contrato matrimonial son, en sentido laxo, obligaciones, la respuesta es clara: el matrimonio es un contrato.

Esta postura no desconoce la complejidad que existe al extender el concepto netamente patrimonial de una obligación, su laxitud obedece a la caracterización de las relaciones personales o no patrimoniales: al no ser materiales (sino morales) generan una dificultad mayor para el legislador de regular a detalle sus efectos y especificaciones²³.

Luego de la explicación que antecede, de aceptarse que el matrimonio es un contrato, cabe analizar algunas consecuencias relevantes que derivan de este reconocimiento y, que son cruciales para el desarrollo del tema central en este texto: la buena fe en el *iter* contractual y la responsabilidad precontractual.

2.2 LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Se trata de la fase previa a la propiamente contractual, aquella que antecede a la oferta y, por tanto, carece de un vínculo obligacional entre las “partes” (que, en realidad, son negociantes). Diversos criterios han salido a la luz para sustentar este tipo de responsabilidad, entre los que se encuentran: “un abuso del derecho, una manifestación de la prohibición de *venire contra factum proprium*, una aplicación de la noción *culpa in contrahendo* y, por último, una infracción al deber de comportarse de buena fe durante las negociaciones”²⁴.

Lo que sí cabe aclarar es que la responsabilidad precontractual no tiene sus bases en el simple incumplimiento del deber genérico de no dañar a otro (*neminem ledere*), pues, además, se deben reunir ciertos requisitos para su configuración, que son:

- a) La suposición de una razonable situación de confianza respecto de la celebración del contrato.
- b) El carácter injustificado de la ruptura de los tratamientos preliminares o la inobservancia culpable del deber de información.
- c) Un resultado dañoso para una de las partes.
- d) La relación de causalidad entre el daño producido y la confianza que la conducta precontractual había generado²⁵.

22 Alberto Ballesteros, *El deber jurídico* (Murcia: Editum, 1993), 8.

23 Antonio Silva Sánchez, Julie Marcela Daza Rojas y Dalia Perkumiené, “La regulación de los derechos y obligaciones de carácter no patrimoniales entre los cónyuges en la jurisprudencia española, colombiana y lituana”, *Derecho Global: Estudios Sobre Derecho y Justicia* 5, n.º. 14 (agosto de 2020): 20, <https://doi.org/10.32870/dgedj.v5i14.309>.

24 Lilian San Martín, “Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones”, *Revista Chilena de Derecho* 40, n.º. 1 (2013): 319, https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372013000100012&script=sci_arttext&tlng=en.

25 Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 862-3.

Los mismos están pensados en el último de los fundamentos que reconoce la Corte Suprema de Chile .país cuya legislación es muy similar a la ecuatoriana— para este tipo de responsabilidad: la existencia de un deber de negociar de buena fe²⁶. En el universo jurídico, la buena fe conforma un principio fundamental que orienta la mayor parte, si no todo, del mundo transaccional en materia precontractual y contractual. Pese a ello, el CC ecuatoriano peca de impreciso o incompleto.

En su artículo 1562 dicta: “[l]os contratos deben ejecutarse de buena fe”²⁷. Así, parecería que la exigencia de una conducta leal y honesta se limita únicamente a la ejecución de un contrato; sin embargo, la doctrina coincide en que los contratos no solo deben ejecutarse de buena fe, sino que su preparación y conclusión deben también seguir esta línea²⁸. Esto es, la buena fe debe verificarse en todo el *iter* contractual.

2.3 BUENA FE EN EL *ITER* CONTRACTUAL

La buena fe se recoge como una máxima en el Derecho contractual que lleva en sí la implicación de actuar conforme a la verdad. Eso la hace el antecedente o fuente de deberes jurídicos, pues, conforme a ella, una persona tiene el deber de respetar sus compromisos²⁹. Esta acepción es la que se reconoce como buena fe objetiva.

Sobre esta, la Corte Nacional de Justicia (en adelante CNJ) la explica en los siguientes términos: “presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad y responsabilidad, ella es una guía, una pauta que conduce a un destino objetivo la conducta de las partes, procediendo con un deber de lealtad y cabalidad”³⁰. Tal es su significancia que es preciso que se verifique en todo el *iter* contractual, es decir, en cada una de sus etapas, desde las negociaciones (también denominadas tratativas, tratos preliminares o fase precontractual) hasta la ejecución del contrato.

2.4 BUENA FE EN LAS TRATATIVAS

Según lo define Parraguez, las tratativas son “meras conversaciones, aproximaciones encaminadas a definir los términos de una futura relación negocial, [...] no tienen carácter vinculante, en el sentido de que no dan derecho para

26 San Martín, “Responsabilidad precontractual”, 319.

27 Artículo 1562, CC.

28 Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 121.

29 Resolución n°. 00105-2021, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil, 5 de octubre de 2021, pág. 35.

30 Resolución n°. 0199-2014, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil, 10 de noviembre de 2014, pág. 47.

exigir el cumplimiento de lo conversado³¹. Estos primeros acercamientos, cuya función es preparar el camino en aras de una próxima celebración de un contrato, permiten a los negociantes discutir aspectos jurídicos y económicos sin que exista todavía un vínculo obligacional³².

Así, aun cuando no se trate de comportamientos propiamente obligatorios, los negociantes igualmente tienen el deber de mantener un comportamiento leal y honrado. Esta buena fe objetiva se manifiesta en una serie de deberes, que son (i) el deber general de información, (ii) el deber de secreto y confidencialidad, (iii) el deber de protección y conservación y (iv) el deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa. La ruptura unilateral de un noviazgo y sus posibles efectos jurídicos se derivan de este último deber. Pero antes se explicará brevemente en qué consiste cada uno de ellos.

Sobre el deber general de información, se precisa la necesidad de poner en conocimiento del otro negociante todas las condiciones y detalles tanto objetivos como subjetivos que rodearán el futuro cuerpo contractual. Esto es importante puesto que determina si finalmente existirá un acuerdo de voluntades que, probablemente, no podría existir de no haberse omitido “algún tipo de información sobre el objeto, la calidad o identidad del mismo, o incluso del oferente”³³. De este modo, por ejemplo, un negociante estaría obrando de buena fe si, desde sus primeras aproximaciones, deja en claro que determinado inmueble no podrá venderse sino hasta inicios del próximo año porque, solo entonces, será propietario legítimo de la cosa.

Ahora, el deber de secreto y confidencialidad tiene su fundamento en el nivel de exposición de información al que se puede llegar dado el contexto de las negociaciones. Puede una de las partes³⁴ dejar en manifiesto “detalles técnicos, de producción, de mercadeo, industriales, etc., para explotar el interés contractual de la otra y conocer los alcances del futuro acuerdo”³⁵. En este escenario, es imperativo que la información expuesta sea utilizada dentro de los límites en que fue confiada. Un comportamiento que se aproveche de la información compartida en beneficio propio o perjuicio de quien la expuso sería contrario a la buena fe y lealtad negocial³⁶.

Con esto en mente, también se consideraría contrario a la buena fe que uno de los negociantes adquiriera secretos a través de espionaje o similares³⁷, pues este comportamiento se escapa del círculo negocial de información que la

31 Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato*, 863.

32 Jorge Oviedo, “Tratos preliminares y responsabilidad precontractual”, *Universitas*, n.º. 115 (enero-junio de 2008): 87, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/vniversitas/article/view/215/0>.

33 *Ibid.*, 97.

34 Aunque técnicamente no es parte todavía (porque no existe contrato todavía), sino negociante.

35 Oviedo, “Tratos preliminares”, 98.

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*

otra parte pone a disposición. Ello sin perjuicio de las sanciones a que hubiera lugar según otras normas.

Sobre el deber de protección, este involucra asumir la custodia o conservación de los bienes objeto de la negociación para prevenir daños patrimoniales que se generen como derivación de las tratativas; incluso para proteger a las personas vinculadas en el futuro negocio de daños personales que pudieren ocurrir³⁸. Tal deber se refleja en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, con ocasión de las tratativas, en el mandato. Pues, de acuerdo con el artículo 2029 del CC, “[a]un cuando se excusen del encargo”³⁹, (es decir, aun cuando no existe contrato de mandato), quienes hubieren sido mandatarios “deberán tomar las providencias conservativas urgentes que requiera el negocio que se les encomienda”⁴⁰. Esto es, tendrán el deber de conservar y proteger el objeto del contrato que finalmente no se llevó a cabo.

Sobre el deber de no abandonar las negociaciones sin justa causa, se explicará a detalle en el siguiente apartado en qué consiste, cuál es el momento oportuno en el que el abandono se vuelve irrevocable y cuáles son las consecuencias de su inobservancia, esto con el fin de aterrizar la indemnización por los daños generados a raíz del incumplimiento.

2.5 EL DEBER DE NO ABANDONAR LAS NEGOCIACIONES SIN JUSTA CAUSA

En virtud de la libertad contractual, los negociantes, desde sus primeros acercamientos, tienen el deber de no generar falsas expectativas en torno a la celebración de un futuro contrato. Y, aun así, de encontrarse razones que incentiven no elevar sus tratativas a una verdadera oferta o a un contrato, este deber impone, además, prudencia al momento de apartarse de las negociaciones⁴¹. La prudencia que se exige implica una justificación legítima en consideración con las expectativas generadas en el otro negociante.

Como se indicó con anterioridad, las tratativas configuran negociaciones no vinculantes para las “partes”, por lo que conviene precisar hasta qué momento determinadas aproximaciones entre negociantes son reales compromisos que no admiten retracciones a la luz de la buena fe. Según lo citado por San Martín en sus comentarios a una sentencia de la Corte Suprema chilena sobre responsabilidad precontractual:

[L]os negociantes son libres para decidir arbitrariamente si celebrar o no el contrato que están negociando, pero solo mientras no hayan generado

38 Ibid., 99.

39 Artículo 2029, CC.

40 Id.

41 Oviedo, “Tratos preliminares”, 101.

en el otro negociante la *razonable confianza* de que concluirán el proceso de negociación positivamente. Arribados a este punto, los negociantes dejan de tener libertad absoluta para decidir si concluirán o no el contrato y el retiro unilateral solo es legítimo cuando resulte justificado, es decir, cuando hayan razones que autoricen la ruptura de las negociaciones; en caso contrario, surge la responsabilidad precontractual⁴².

De aquí se desprende un punto de no retorno en las tratativas: una vez que se ha generado una justa expectativa en el negociante, el otro podrá apartarse del supuesto contrato a celebrar de forma unilateral solo cuando esté plenamente justificado. Ello no implica que las partes, en autonomía de su voluntad, puedan decidir en conjunto si concluir o no el contrato. Sin embargo, el panorama se vuelve sensible cuando esta ruptura es unilateral e injustificada.

Este último supuesto es una situación recurrente en noviazgos que, estando a pasos de concretarse en un matrimonio, resulta en una separación por razones que no son suficientes para reparar los daños que se han generado a raíz de la expectativa de la otra persona. Se ha de admitir que el “punto de no retorno” es una base que da cabida a la subjetividad en demasía, porque es perfectamente posible que una relación de noviazgo cuya duración sea de un año se encasille en los tratos preliminares de un matrimonio, mientras que una que lleva cinco años no lo haga. El punto de partida será, con la mayor objetividad posible, que, habiendo justa expectativa, la otra parte decida terminar sin consideración alguna con las tratativas que, eventualmente, serían un matrimonio.

En este punto se vuelve necesario acotar lo que se aceptaría como “justa causa” o “justificación” para la terminación de las tratativas. Una terminación justificada o con justa causa, según lo manifiesta Díez-Picazo, se presentaría cuando, frente a una situación objetiva del mercado o cualquier otra circunstancia, surge la oportunidad de concretar un negocio más favorable o se presenta una oferta superior⁴³. En suma, los motivos deben basarse en circunstancias objetivas y razonables que hagan inviable continuar con la relación. No existe una regla sobre qué es “causa justificada” en la ruptura de tratativas; esto dependerá de un análisis caso a caso. En jurisprudencia española, por ejemplo, se ha señalado que la ruptura en estas circunstancias no requiere de una justa causa, sino que se trate de consecuencias que no han observado un comportamiento honesto y leal, de acuerdo con cánones éticos imperantes⁴⁴.

Aunque, de nuevo, esperar una “justa causa” como razón para la ruptura unilateral de un noviazgo es, con obviedad, una situación cuya arbitrariedad puede

42 San Martín, “Responsabilidad precontractual”, 321.

43 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial I* (Madrid: Civitas, 2007), 323.

44 Sentencia n.º. 305/2007, Tribunal Supremo de España, 22 de marzo de 2007.

significar un riesgo colosal para la seguridad jurídica. Lo ideal sería esperar un comportamiento justificable en la contraparte (o novio/a si se quiere) cuyas acciones se deriven de la honestidad, lealtad y sensatez de la relación desde una perspectiva objetiva (como un tercero medianamente diligente y racional y lo que se esperaría de él en circunstancias similares).

Para evitar la desprotección en escenarios análogos es que se impone a las partes actuar de buena fe durante todo el trayecto contractual e incluso, en la fase que precede a su celebración. Este deber de negociar de buena fe “exige someter el juego puramente estratégico, caracterizado porque cada parte procura su propio interés, a los límites de los deberes mínimos de lealtad que se pueden esperar de un contratante honesto”⁴⁵. En esta misma línea se ha pronunciado la CNJ manifestando que, en los tratos preliminares, es menester mantener coherencia en las actuaciones; mientras se mantengan las negociaciones, la buena fe y lealtad negocial deben prevalecer en todo momento⁴⁶. Así, se estaría cumpliendo también con el principio de no dañar al otro (*alterum non laedere*).

Una vez explicados los deberes que deben verificarse en las actuaciones de los negociantes, se explicará a continuación el remedio que prosperará ante el incumplimiento de alguno de estos: indemnización por responsabilidad precontractual.

2.6 SOBRE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN ECUADOR

Durante las tratativas, se espera de las partes una conducta leal en las negociaciones. Esta lealtad —buena fe objetiva— se refleja en cada uno de los deberes descritos en la sección 2.4. y, por su puesto, en la terminación con justa causa (sección 2.5.). Sin embargo, conviene realizar la siguiente precisión. El mero hecho de faltar a este deber —cualquiera de los descritos— no es causa suficiente que respalde la indemnización por responsabilidad precontractual, pues, para hacerlo, es necesario que concurran los requisitos expuestos en la sección 2.2.

Se requiere probar que existe una justa expectativa de celebración de un contrato (punto de no retorno), que la ruptura de las tratativas sea injustificada, que exista un resultado dañoso para una de las partes y que exista causalidad entre la primera y la tercera. Todo eso, dado que “[n]o es indemnizable la mera ruptura intempestiva o injustificada [...]”⁴⁷. Dicho esto, es momento de

45 Id., 319.

46 Resolución n°. 0199-2014, párr. 46.

47 Delia Iñigo, “Daños y perjuicios entre convivientes con motivo de la ruptura de la unión”, *Revista Jurídica* n°. 4 (noviembre de 2001): 35, https://dspace.uces.edu.ar/jspui/bitstream/123456789/418/1/Da%C3%B1os_y_perjuicios_entre_convivientes.pdf.

desarrollar cómo funcionaría esta responsabilidad en Ecuador.

El régimen de responsabilidad ecuatoriano tiene dos vertientes: contractual y extracontractual. ¿Y en cuál de ellas se ubica la responsabilidad precontractual? Hay varias teorías al respecto.

Pero la más acertada parece decir que, definitivamente, el régimen contractual no podría aplicarse a esta responsabilidad en específico, puesto que, por el momento del *iter* en el que se encuentran los deberes, todavía no existe contrato perfeccionado ni obligaciones jurídicas⁴⁸. En su lugar, la doctrina mayoritaria presenta una inclinación a la tesis de la responsabilidad extracontractual. En tal sentido, se ha pronunciado el doctrinario chileno Enrique Barros al señalar:

Si las partes regulan sus negociaciones mediante acuerdos en principio u otras convenciones preliminares, los deberes recíprocos devienen en obligaciones contractuales, en los términos de esos acuerdos. A falta de esos contratos, los deberes de cuidado que las partes deben emplear en la negociación están impuestos por el derecho, y no por la convención, de modo que **la responsabilidad precontractual es extracontractual** (énfasis añadido)⁴⁹.

Esta misma línea es la que ha tomado la CNJ en el caso Merck Sharp & Dohme al tratar la responsabilidad precontractual por vía extracontractual⁵⁰. Podría decirse que es un caso único, pues no existe mayor desarrollo sobre esta temática en otras resoluciones en Ecuador.

Respecto a legislaciones de *Civil Law*, se encuentran países como España o Colombia que han optado por la misma vía. Por ejemplo, el Tribunal Supremo español ha mantenido una línea sobre los tratos preliminares, manifestando que de ellos puede y debe derivarse una cierta responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo* y dicha responsabilidad tiene carácter extracontractual⁵¹. En Colombia, en vista de que la responsabilidad precontractual está inscrita en el marco de la responsabilidad por culpa aquiliana, esta también pertenece al “universo extracontractual”⁵².

En este escenario, parece lógico concluir que, en virtud de la seguridad jurídica,

48 Para mayor información, ver Bernarda Haro, “La reparación del daño precontractual: un acercamiento al sistema civil ecuatoriano”, Tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, 2021, <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/11460>.

49 Enrique Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 1003.

50 Ver, Resolución n°. 0199-2014, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil, 10 de noviembre de 2014, 47.

51 Sentencia del 16 de mayo de 1988, Tribunal Supremo de España, Sala Primera de lo Civil, citado en Juan Carlos Burguera, “¿Existe la responsabilidad precontractual?”, *Burguera Abogados*, 2014, <https://www.burgueraabogados.com/existe-la-responsabilidad-precontractual>.

52 Gustavo Marín, “La responsabilidad precontractual en Colombia”, *Opinión Jurídica* 3, n°. 5 (2004): 61, <http://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1324>.

la vía judicial para reclamar la responsabilidad precontractual será bajo el régimen de responsabilidad extracontractual. Ahora, se vuelve necesario delimitar el alcance del daño indemnizable. ¿Serán únicamente indemnizables los daños patrimoniales? ¿O existe alguna posibilidad de reclamos por daños extrapatrimoniales? Se intentará contestar a estas interrogantes en el siguiente apartado.

2.7 SOBRE LOS DAÑOS POR INOBSERVANCIA A LOS DEBERES EN LAS TRATATIVAS

Hasta este punto queda claro que los deberes que deben verificarse en los tratos preliminares de un contrato son de tal interés que su inobservancia acarrearía una serie de consecuencias con relevancia jurídica. Sobre todo porque, en consideración al principio *in contrahendo*⁵³, quien genera daños a raíz de las tratativas estará obligado a repararlos⁵⁴.

En principio, el concepto de culpa *in contrahendo* se le fue atribuido a Ihering, pero se limitaba a los perjuicios que ocurrían desde la oferta hasta la formación del contrato. Luego, Gabrielle Faggela sostuvo —de forma más acertada— que la responsabilidad precontractual abarcaría no solo lo ocurrido desde la oferta, sino a todo el período anterior al contrato y su perfeccionamiento, es decir, incluyendo las tratativas⁵⁵.

Ahora, para determinar los daños indemnizables, según lo exponen Oviedo y San Martín, la doctrina concuerda con limitarlo al interés negativo. Este interés busca compensar la pérdida producida por las expectativas generadas en la conclusión de un contrato (que finalmente no se celebra) e incluso, en uno que es declarado nulo⁵⁶. Pero ¿cuál es el ilícito cometido? La inobservancia de los deberes que derivan de la buena fe contractual. Entonces la responsabilidad precontractual no se funda en la resistencia del otro negociante a celebrar el contrato, sino en haberlo negociado de mala fe y con desconsideración grave respecto a los intereses del otro⁵⁷.

La indemnización precontractual cubre el interés negativo, mientras que la contractual, el positivo. Es una especie de línea del tiempo que, de ser previo

53 Según el Diccionario panhispánico del español jurídico, *culpa in contrahendo* se refiere a la responsabilidad civil por una conducta contraria a lo exigible durante la formación del contrato. Real Academia Española, “Culpa in contrahendo”, *Diccionario panhispánico del español jurídico*, <https://dpej.rae.es/lema/culpa-in-contrahendo>.

54 Oviedo, “Tratos preliminares”, 102.

55 *Ibid.*, 103.

56 Oviedo indica que la nulidad cobra un rol significativo en este tema dado que sus efectos son retroactivos, lo que implica que la violación a algún deber en los tratos preliminares es una conducta que orienta a la conclusión del contrato. Y, de no haber existido tal violación, se habrían evitado causales de ineficacia. *Ibid.*, 109.

57 San Martín, “Responsabilidad precontractual”, 322.

a la conformación del contrato, protege la confianza generada en su probable conclusión o, de haberse celebrado las obligaciones, alcanza su cumplimiento⁵⁸.

Por lo tanto, el fin que se busca es el de indemnizar los daños ocasionados por las expectativas no consolidadas estando en un punto de no retorno en el *iter* contractual. Esto es, colocar al negociante perjudicado por el incumplimiento en la situación en la que se hallaría sin estos ilícitos cometidos⁵⁹. Aquí cabe una aclaración, la indemnización que se pretenda cubrirá no el beneficio que el contrato le habría reportado de haberse celebrado⁶⁰, sino los daños que son consecuencia del ilícito propiamente: los costos de negociación y los que se deriven de la confianza generada (interés negativo).

Luego, existe una discusión latente sobre el alcance de esta indemnización. Según lo comentado por San Martín, se admite que “en el interés negativo [vaya] incluido también el lucro cesante derivado de la pérdida de una oportunidad, como lo sería una oferta rechazada a causa de las negociaciones”⁶¹. El único límite sería el no colocar a la parte perjudicada en una mejor posición que en la que habría quedado de celebrarse el contrato⁶². No obstante, Oviedo manifiesta que, aun cuando sea posible indemnizar la pérdida de oportunidades, lo que no es dable es el reclamo sobre una devolución a la posición correspondiente de haberse celebrado el contrato⁶³.

En el CC ecuatoriano, artículo 1572, se especifica que la indemnización por perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante⁶⁴, lo que se desarrolla con ocasión de un incumplimiento contractual. Según análisis recientes, la pérdida de oportunidad puede ser determinada bajo los conceptos de daño emergente y lucro cesante que se prevén en esa norma⁶⁵. En la doctrina, la discusión sobre la indemnización o no de la pérdida de oportunidad es latente. Quienes están a su favor reconocen la dificultad de determinar a qué oportunidades en concreto alcanzaría o la tenue distinción que habría con un interés positivo. En cualquiera de los casos, lo cierto es que, si existe causalidad entre un daño generado en sede precontractual y la confianza de la contraparte, se está frente a un daño indemnizable⁶⁶.

Verbigracia, Rigoberto estuvo en negociaciones avanzadas con Laurel para la celebración de un contrato de compraventa sobre su casa. Para Rigoberto

58 Patricia Verónica López Díaz, “Los supuestos y el alcance de la indemnización de daños como medio de tutela precontractual en el Código Civil chileno y su eventual confluencia con la indemnización por incumplimiento contractual”, *Ius et Praxis* 24, n.º 1 (2018): 245, <https://www.scielo.cl/pdf/iustep/v24n1/0718-0012-iustep-24-01-00243.pdf>.

59 Ibid.

60 Que es lo que se conoce como interés positivo.

61 San Martín, “Responsabilidad precontractual”, 323.

62 Porque entonces estaríamos en el plano de enriquecimiento sin causa.

63 Oviedo, “Tratos preliminares”, 112.

64 Artículo 1572, CC.

65 Ver Haro, “La reparación del daño precontractual”.

66 López Díaz, “Los supuestos y el alcance de la indemnización de daños”, 253.

resultó urgente que el contrato se celebrara, puesto que requería de ese dinero para “ir a mejor vida” en tierras británicas. Un tercero razonable también habría pensado que ese contrato finalmente se celebraría. Desde su confianza legítima, Rigoberto rechazó otras oportunidades de negocio con interesados que proponían precios llamativos. Llegado el día, Laurel argumenta que desiste. ¿Qué ocurre con las oportunidades que Rigoberto perdió siendo un negociante que actúa desde la buena fe?

Según analizan en la doctrina chilena, en la pérdida de la oportunidad de un negocio más ventajoso no existe una causalidad entre la confianza en la conclusión del contrato y el daño generado, puesto que la confianza se predica con relación al negocio que se proyectaba con quien defrauda la negociación y no contra aquel negocio que podría o no haberse celebrado (aún más conociendo que no existe certeza de que este negocio se hubiera concluido). La ausencia de la relación causal explica que se excluyan como indemnizables aquellos desembolsos realizados sin el asentimiento de la persona con la que se proyectó contratar⁶⁷.

Luego, los daños patrimoniales generados con ocasión del incumplimiento de deberes en los tratos preliminares no son los únicos daños que se pueden presentar. También se encuentran los daños extrapatrimoniales, específicamente los morales. Al respecto, cabe mencionar un tema controvertido en la legislación ecuatoriana. Hasta la actualidad, no está claro si corresponde o no la indemnización por daños morales dado un incumplimiento contractual. Pues, tras la lectura del artículo 1572 del CC, parecería que los daños morales serán indemnizables solo en el caso de delitos y cuasidelitos civiles, mas no con ocasión de un incumplimiento a obligaciones contractuales.

Si bien es discutible la indemnización por daño moral derivado del incumplimiento del contrato de matrimonio, lo cierto es que sus tratativas están en un escenario previo al contrato y ese es un punto clave en este análisis. Esto es, de faltarse a algún deber que no observe la buena fe y ello genere daño apreciable en uno de los negociantes (novios/as) es dable la indemnización por daño moral (porque no se está frente a un contrato todavía).

La máxima de “quien puede lo más puede lo menos” es universalmente admitida (vale decir, con ciertas excepciones), dado que se funda en el principio de la autonomía de la voluntad. Esto implica que se puede realizar todo, salvo aquello que esté expresamente prohibido en la ley⁶⁸. Lógicamente, esta máxima no sería aplicable en sentido contrario, pues quien no puede lo más puede poder lo menos: aun si se acepta que los daños morales no están previstos para

67 Ibid.

68 Artículo 8, CC: “[a] nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley”.

incumplimientos contractuales, igualmente es posible que sí sean indemnizables por incumplimiento de deberes en las tratativas. Y esto es por lo que se analizó en párrafos anteriores, porque la responsabilidad precontractual deriva de la culpa *in contrahendo* y, en consecuencia, basta con que concurren todos los requisitos (como que exista daño, que la ruptura sea injustificada y que haya un nexo causal) para que proceda la indemnización por daños morales.

En esta misma línea se pronuncia Hugo Rosende al decir que “[h]abría que entender que los perjuicios indemnizables incluyen el daño emergente, el lucro cesante e incluso el daño moral, siempre que sean consecuencia directa de la revocación”⁶⁹. En regímenes de responsabilidad subjetiva, como en Ecuador, la característica principal de la responsabilidad civil resulta en que la culpa del autor es determinante (a partir de sus acciones u omisiones, se evalúa la imputabilidad). Esta se apoya en la teoría del riesgo, asumiendo la ausencia de intencionalidad dolosa. De ahí que su análisis sea de suma importancia para la conformación de daño moral, pues gran parte de los daños tienen que ver directamente con la culpa del causante del daño⁷⁰.

2.8 NOVIAZGO: TRATATIVAS DEL MATRIMONIO

El análisis que antecede permite ahora aterrizar cada uno de los conceptos vistos para establecer si es procedente o no la indemnización por un noviazgo que no terminó en matrimonio. Pero aquí una precisión: el entendimiento de las relaciones de noviazgo será restringido. Con esto se quiere decir que, no todos los noviazgos que no terminen en matrimonio serán susceptibles de indemnizarse (para el perjudicado) en caso de una ruptura unilateral e injustificada. Sino solo aquellos que, de acuerdo con el contexto, permitan determinar que, en efecto, se encuentran en las tratativas del futuro contrato de matrimonio y que, además, concurren en todos los requisitos enlistados en la sección 2.2.

Así, para efectos de este apartado, novios (las partes) serán aquellas “personas que se han prometido en matrimonio o que tienen una relación de pareja con fines de matrimonio”⁷¹. Conforme lo manifestado por Farith Simon: “[e]n cuanto a la ruptura unilateral del noviazgo, en nuestro país no existe regla aplicable”⁷². Pero en otras legislaciones “se ha tratado como uno de los supuestos de responsabilidad extracontractual”⁷³. Este autor critica también la resis-

69 Hugo Rosende, *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad precontractual* (Santiago de Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1979), 99.

70 Antonio Fernández, *La responsabilidad subjetiva: homenaje al doctor Othón Pérez Fernández del Castillo por el Colegio de Profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho-UNAM* (Ciudad de México: Colegio de Profesores de Derecho Civil UNAM, 2017), 182. <https://gc.scalahed.com/recursos/files/r161r/w21382w/ModalWindowEffects/10.pdf>.

71 Simon, *Manual de derecho de familia*, 92.

72 *Ibid.*, 93.

73 *Ibid.*

tencia local respecto a la aplicación de las regulaciones sobre daños en materia de familia, incluso en los casos de una ruptura de la relación⁷⁴.

Con esto dicho, de considerarse que el matrimonio es un contrato (porque, en efecto, así lo reconoce expresamente el CC) cuyas obligaciones no necesariamente tienen contenido patrimonial, entonces es dable reconocer que también le aplican todas las fases contractuales. En correspondencia, tiene una fase precontractual: el noviazgo. Para aterrizar mejor la explicación se procede a ejemplificar una situación recurrente.

A y Z inician una relación de noviazgo desde enero de 2019. Luego de unos años de convivencia y demás deciden tomar el siguiente paso en su relación. Z le propone matrimonio en julio de 2023 y acuerdan casarse en septiembre del mismo año. Iniciaron entonces con los preparativos: el alquiler del local, las invitaciones, los recuerdos, la compra del traje y del vestido, la vestimenta de las damas y caballeros de honor, etc. La noche antes del gran día, 23 de septiembre de 2023, Z le comunica a A que no se presentará en el Registro Civil, menos aún en la iglesia, porque se ha fijado que a quien “ama” en verdad es a X, su exnovia.

Parece ser una situación muy novelística, pero es de ayuda para desarrollar esta explicación. Sea la razón que fuere, salvo que se encasille en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor⁷⁵, en ese momento del *iter* contractual claramente se está frente a un punto de no retorno, esto es, existe una justa expectativa de A de que el matrimonio se celebrará exitosamente. Incluso si, llegado el día, la otra parte responde “no” a la pregunta previa a declararse el matrimonio, si la ruptura del noviazgo (que aún no es matrimonio) no se funda en razones legítimas o de mutuo acuerdo, se está frente a un supuesto de responsabilidad precontractual.

En específico, el deber que se estaría inobservando sería el deber de terminación con justa causa. Perturbar la celebración del contrato de matrimonio con la ruptura unilateral del noviazgo de manera injustificada es, indiscutiblemente, un obrar contrario a la buena fe contractual. Y, por tanto, hay cabida para la indemnización. Esta corresponderá, conforme lo analizado, a un interés negativo. Es decir, la persona que comande esta ruptura estará obligada a poner al perjudicado (A) en la misma situación en la que se encontraría si el ilícito no se hubiera cometido: sin los gastos incurridos para la celebración del matrimonio y sin los daños morales (daños psicológicos y emocionales).

Ahora un ejemplo no tan específico. 1 y 0 son novios desde diciembre de 2023. 0 había escuchado por ahí que sus abuelos se prometieron en matrimonio,

⁷⁴ Ibid. Siempre que se cumpla con los supuestos de responsabilidad extracontractual.

⁷⁵ Que son eximentes de responsabilidad.

pero 1 le recordó que en Ecuador nada producen los esponsales. Luego de seis meses de noviazgo, 1 y 0 tomaron la gran decisión: se casarían en agosto de 2024. Su familia, sus amigos, los vecinos y hasta sus perros los veían como esposos. Un mes antes, 2 le propone a 0 estudiar en el extranjero (¡la oportunidad de su vida!), sin duda, una decisión que le exigía ponerse “veinte”. 0 optó por no contarle a 1. ¿Cómo iba a destruir las ilusiones de su compañero de vida a tan solo un mes? Y calló hasta el gran día. Simplemente no se presentó en la iglesia y 1 tuvo que enterarse por terceros que el amor de su vida estaba al otro lado del mundo. Una desilusión que la llevó a la depresión: como un 0 a la izquierda. Los gastos en que incurrió fueron mínimos (la boda fue lo más sencilla posible), pero el daño moral fue gigante. ¿Cabría, en este escenario, algún tipo de indemnización?

Esta situación trae a colación lo complejo que se vuelve calificar la razón de una ruptura como algo con “justa causa”. Pero la línea es identificable. Un tercero medianamente diligente y razonable, en las mismas circunstancias, ¿habría dejado plantado a 1? ¿Cuál habría sido el comportamiento leal y sensato —como un negociante de buena fe— en esa situación? Las salidas pueden ser muchas. Lo cierto es que la actitud de desconsideración grave que presenta 0 frente a 1 es un comportamiento que desconoce la buena fe. Nuevamente, es posible que el lector esté en desacuerdo y ahí el punto débil de lo que se analiza en todo el artículo: existen requisitos (como la justa expectativa o lo justificable de la terminación que son en extremo subjetivos y, por tanto, depende —quizá hasta indebidamente— de cada caso y la dinámica de una relación en particular). Sin embargo, de presentarse circunstancias cuyas razones sean evidentemente injustificables habiendo justa expectativa, el patrimonio del afectado no tiene por qué verse afectado con razón de la insensatez de un negociante (novio/a).

En la boda de 1 y 0, por ejemplo, si 1 justifica que, a raíz de esa ruptura unilateral e injustificada, presentó cuadros de depresión que le significaron tratamientos terapéuticos de forma periódica por un valor de USD 50 mensuales durante, al menos, 1 año y medio (incluyendo los USD 40 mensuales en medicina), entonces podría exigirle a 0 una indemnización desde los USD 1620. Pero 1 no solo tendría que probar cuáles fueron los gastos de los daños generados por el actuar contrario a la buena fe de su exnovio, sino que, además, debe probar lo más importante: existía una justa expectativa de que su matrimonio se llevaría a cabo (un punto de no retorno).

En este punto, cabe aclarar que esta explicación escapa del foco de los esponsales⁷⁶, ya que esta figura jamás surtió efecto alguno en toda la historia del

76 Promesa de matrimonio con aceptación mutua, “institución que permaneció en el Código Civil ecuatoriano hasta la reforma de 1970”. Simon, *Manual de derecho de familia*, 90.

matrimonio en Ecuador y los supuestos que se prevén como aplicables van más allá de una promesa que no se concreta, sino que se plantea un nuevo foco de observación, esto es, no ver al noviazgo como una promesa de matrimonio propiamente⁷⁷, sino como los tratos preliminares en aras de un futuro matrimonio. Por lo tanto, es imperativo que entre novios se hubiera incurrido en gastos, diligencias y actuaciones similares que, como negociantes, les son necesarias para la celebración del contrato futuro (matrimonio) y, así haya lugar a la correspondiente indemnización en caso de una terminación sin justa causa (ruptura injustificada).

En países vecinos a Ecuador, como Perú o Colombia, los esponsales están reconocidos por norma expresa y en uno y otro presentan efectos jurídicos distintos. En la legislación peruana parece dable una indemnización por el incumplimiento de los esponsales —figura entendida como una promesa de matrimonio celebrada con las solemnidades requeridas— que alcanza a la reparación patrimonial (gastos para la preparación del matrimonio) y a los daños morales⁷⁸. En la legislación colombiana los esponsales no surten efecto alguno, salvo en los casos de donaciones por matrimonio (en los que es exigible la restitución)⁷⁹.

2.8.1 SOBRE LOS NOVIAZGOS QUE NO BUSCAN UN MATRIMONIO

Con lo anterior no se excluye una posible solución a aquellas relaciones románticas que busquen una especie de seguridad jurídica respecto a indemnizaciones en caso de algún incumplimiento contractual. Sin embargo, como se explicó, es latente la controversia sobre la patrimonialidad de las obligaciones. Entonces, un contrato cuya obligación sea “serle fiel” a la otra persona no podría gozar de una de las características de todo contrato bilateral: exigir el cumplimiento de la obligación. Este tipo de obligaciones tampoco compromete el patrimonio del obligado. Y, ciertamente, por razones morales, de encontrarse una forma de exigir el cumplimiento de esa “obligación”, parecería poco llamativo y contrario a la razón sentimental de la pareja prolongar una conducta de “fidelidad” debido a la exigencia.

La solución eficaz para los novios podría ser la celebración de un contrato con obligaciones de no hacer que sean detalladas de tal forma que se minimice la subjetividad en el mayor grado posible para que el incumplimiento, de darse, sea claro e identificable. Luego, justamente por el alto nivel de subjetividad respecto a los daños, especialmente los morales, lo recomendable sería que este

⁷⁷ Y, por lo tanto, como un contrato solemne.

⁷⁸ Artículos 239 y 240, Código Civil de Perú, Decreto Legislativo N°. 295 de 1984.

⁷⁹ Artículo 110, Código Civil de Colombia, Ley 84 de 1873.

contrato determine una cláusula penal en caso de algún incumplimiento⁸⁰. Otra vez, todo ello con el fin de evitar comprometerse con un grado de indeterminación que puede ser perjudicial para los interesados.

Esta misma solución sería aplicable para aquellos noviazgos que sí busquen un matrimonio. El razonamiento es el mismo: parece perfectamente posible que mañana O y I o A y Z celebren un contrato cuyas obligaciones consistan en “no terminar injustificadamente el noviazgo” y, en ese caso, lo recomendable sería que las partes definan con el mayor grado de precisión posible qué se entiende como terminación, justificación y términos afines. Y con ello se resuelve la indeterminación y subjetividad sobre la “justa causa” en la ruptura de un noviazgo. Pero, conforme la postura de este trabajo, la celebración de estos contratos —al menos para las parejas que sí estén en las tratativas de matrimonio— parecería no indispensable —aunque sí aconsejable— en caso de que se exija indemnización por la ruptura intempestiva y sin justificación.

3. CONCLUSIÓN

Tras el análisis expuesto, se concluye que, a la luz de la legislación civil ecuatoriana, es posible una indemnización por los daños ocasionados a raíz de una ruptura unilateral e injustificada de un noviazgo, siempre que, en efecto, se esté frente a tratamientos preliminares al contrato de matrimonio.

En este supuesto, los daños generados como consecuencia del comportamiento desconsiderado, desleal e insensato de un/a novio/a, desconocen el deber de terminación con justa causa de las negociaciones (noviazgo) y, por ende, son daños indemnizables que pueden ser de carácter patrimonial o extrapatrimonial. Además, la indemnización en la responsabilidad precontractual alcanzará al interés negativo, esto es, colocar al novio perjudicado en la situación en la que se encontraría de no haber iniciado las negociaciones con la otra parte.

Aun así, la tesis planteada presenta algunas debilidades: se funda en posturas convenientes que también se mantienen controvertidas en la actualidad, como la indeterminación sobre si las obligaciones deben ser patrimoniales, *ergo*, el matrimonio es o no un contrato y, sobre todo, si siendo contrato podría tener

80 El artículo 1551 del CC dice, sobre la cláusula penal, que “es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal, o de retardar su cumplimiento”. En ese sentido, si bien los daños patrimoniales son determinables (por facturas, recibos o comprobantes), no ocurre lo mismo con los daños morales. Así, serviría cuantificar previsiblemente el valor del daño psicológico o del daño a la imagen, por ejemplo. En el caso de O y I, si I hubiera celebrado un contrato con una obligación de no hacer similar a la explicada y habría incluido una cláusula penal por un valor de USD 3000 ante el incumplimiento de cualquiera de las partes, claramente, habría recibido un monto mayor al que recibiría por concepto de indemnización por daño moral. La ruptura injustificada de las tratativas frente a una razonable expectativa le otorga la oportunidad de reclamar alguna indemnización en caso de que exista daño patrimonial o extrapatrimonial, sin embargo, la celebración de un contrato con obligaciones de no hacer, con las especificaciones indicadas, amplía esa indemnización y le resta la imprecisión en cuanto a la demostración de los gastos y el valor efectivo de los daños.

una fase precontractual. Sin embargo, el presente artículo pretendió aportar a la academia un punto de vista que no se ha tomado en consideración hasta ahora en el país: el noviazgo son las tratativas de un matrimonio.

Con la tendencia actual sobre noviazgos informales (que no tienen como objetivo último el matrimonio) parecería ser una discusión poco relevante, pero definitivamente lo es, pues presenta una solución para situaciones que se encuentran en el limbo jurídico. Así, las circunstancias en que una persona, obrando contrariamente a la buena fe, genera justas expectativas en otra hasta llegar a un punto de no retorno para, finalmente, no celebrar el contrato esperado ciertamente no son circunstancias que el Derecho deba ignorar.

Además, en Ecuador ya existe pronunciamiento de la CNJ sobre supuestos de responsabilidad precontractual que, como se explicó, son indemnizables por la vía extracontractual. También se reconoce la inexistencia de casos prácticos y reales sobre el tema en el país, por lo que, para futuras investigaciones, se recomienda ahondar con mayor detalle en cómo se practica este tema en específico (ruptura unilateral de noviazgo y su indemnización) en legislaciones afines a la ecuatoriana. Por ahora, en consideración de la autora, es dable siempre que concurren los requisitos señalados: que exista justa expectativa, que la ruptura sea injustificada, que exista un daño (patrimonial o moral) y, claramente, que exista un nexo causal entre la primera y la última.

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



Responsabilidad civil por el incumplimiento de la normativa de protección de datos personales

Civil Liability for Non-Compliance with Personal Data Protection Regulations

JOSÉ ANDRÉS ZAMBRANO SÁNCHEZ*
JENNIFER GABRIELA SASINTUÑA LEÓN**
PAULINA NATALIA JARA AGUILAR***

Recibido / Received: 23/01/2024
Aceptado / Accepted: 27/03/2024
DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v1i2.3370>

Citación:

Zambrano Sánchez, J.A. J.G. Sasintuña León, P.N. Jara Aguilar. “Responsabilidad civil por el incumplimiento de la normativa de protección de datos personales”. USFQ Law Review vol. 11, no. 2, noviembre de 2024, <https://doi.org/10.18272/ulr.v1i2.3370>

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170902, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: josezs01@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0004-2651-324X>

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170307, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: gaby20o1@live.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0818-2980>

*** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170102, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: paunataja4@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0007-3007-5846>

RESUMEN

En el presente trabajo se explora la responsabilidad civil en la que pueden incurrir los integrantes del sistema de protección de datos personales bajo la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales de Ecuador. Para ello se aborda el tema desde dos ejes. Primero, se analiza a los legitimados activos y pasivos del sistema de protección de datos. En el desarrollo se explica la responsabilidad por *culpa in vigilando* del responsable del tratamiento y la procedencia de la acción de reembolso cuando el responsable paga una indemnización por acciones atribuibles a terceros bajo su vigilancia. Segundo, se determina que la naturaleza de los daños derivados por tratamiento inadecuado de datos personales será, por excelencia, daños extrapatrimoniales.

Así, a propósito de este tipo de daños, se reflexiona aspectos relacionados con la aplicación del *in re ipsa* y la cuantificación del daño en materia de protección de datos. A lo largo del trabajo, con un enfoque práctico y crítico, se analiza la sentencia de la Corte Nacional de Justicia dentro del Juicio N°. 09332-2020-11414 del 30 de mayo de 2024. Esta decisión es fundamental por cuanto da un paso notable en materia de responsabilidad civil por vulneración a derechos y principios vinculados a la protección de datos.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad civil; protección de datos personales; responsabilidad vicaria; *in re ipsa*; daño extrapatrimonial; privacidad

ABSTRACT

This paper explores the civil liability that members of the personal data protection system may incur under the Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (Organic Law on Personal Data Protection) of Ecuador. The topic is presented with two main approaches. Initially, the active and passive subjects within the data protection system are analyzed. The discussion includes an examination of the vicarious liability of the data controller and the appropriateness of the right of recourse when the controller compensates for actions attributable to third parties under their supervision. Subsequently, it is determined that the nature of the damage arising from improper handling of personal data will predominantly be non-pecuniary damages.

*Aspects related to the application of the *in re ipsa* principle and the quantification of damages in data protection matters are also examined. Throughout the paper, the ruling of the National Court of Justice in case No. 09332-2020-11414 dated May 30, 2024 is analyzed using a practical and critical approach. This decision is crucial as it marks a significant step in civil liability for the violation of rights and principles related to data protection.*

KEYWORDS

Civil liability; personal data protection; vicarious liability; in re ipsa; non-pecuniary damage; privacy

1. INTRODUCCIÓN

En 1890 se estableció una propuesta primigenia del derecho a ser dejado solo¹. Desde aquel primer acercamiento, los derechos relacionados con la privacidad han evolucionado significativamente. En un inicio, este derecho estaba previsto para injerencias de los medios de comunicación como la prensa. Ahora, la importancia de la privacidad es cada vez mayor y resulta imposible desconocer que se ha convertido en una cuestión de urgencia global dentro de la era informática². En otros términos, la privacidad ya tenía una regulación expresa. Sin embargo, cobra especial relevancia a raíz de la evolución tecnológica. En este sentido, el derecho a ser dejado solo se presentó como respuesta definitiva a la siguiente interrogante: ¿la tecnología amenaza la privacidad?³ Con base en ello, el término “privacidad” se ha entendido de diversos modos según los distintos contextos económicos, políticos y sociales⁴. Sin duda, de estos factores depende el reconocimiento y la regulación de derechos como los que son objeto de análisis en el presente trabajo. A lo largo de los años, estos derechos han sido maleados para satisfacer las necesidades sociales⁵, todo con el objetivo de adaptarse a esa pregunta que, pese a los años, aún tiene gran relevancia.

La necesidad de establecer una regulación sobre la protección de datos ha escalado vertiginosamente con el avance de la tecnología digital. El camino al progreso tiene varios obstáculos, pues los riesgos de abuso de datos personales amenazan también a los derechos fundamentales y la dignidad humana⁶. En este contexto, la responsabilidad civil surge como una solución para que los individuos, cuyos derechos han sido vulnerados, encuentren reparación.

En Ecuador esta regulación es relativamente nueva. Por ello, resulta necesario analizar, a través de un estudio comparativo, cómo se ha abordado la protección de datos y sus vulneraciones en distintas legislaciones. Esto permite precisar las respuestas legales que brindan los ordenamientos jurídicos y subraya la importancia de un marco normativo que equilibre eficazmente la protección de datos personales con la responsabilidad civil por su errónea utilización.

La Corte Nacional de Justicia (en adelante CNJ) dentro del Juicio N°. 09332-2020-11414 del 30 de mayo de 2024 (en adelante, caso Noboa c. Mapfre)

1 Richard Adams, “The Right to Be Let Alone”, *Florida Law Review* 17, n°. 4 (marzo de 1965): 597, <https://scholarship.law.ufl.edu/flr/vol17/iss4/6>.

2 Ibid.

3 Claude Vergès, “Reflexiones sobre privacidad, intimidad y derechos humanos en el contexto actual”, en *La privacidad como derecho humano: contribuciones para la promoción de una nueva agenda bioética*, ed. Roberto García (Guayaquil: Dirección de Publicaciones Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2022), 92.

4 Samuel Warren y Louis Brandeis, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review* 4, n°. 5 (diciembre de 1890): 193, <https://docenti.unimc.it/benedetta.barbisan/teaching/2017/17581/files/the-right-to-privacy-warren-brandeis>.

5 Lorena Donoso y Carlos Reusser, *Protección de Datos Personales* (Santiago de Chile: Academia Judicial de Chile, 2021), 8.

6 Peter Blume, “Data Protection and Privacy - Basic Concepts in a Changing World”, *Scandinavian Studies in Law*, n°. 56 (octubre de 2010): 153, <https://www.scandinavianlaw.se/pdf/56-7.pdf>.

esboza las bases de la responsabilidad civil por el incumplimiento de regulaciones legales respecto de la recopilación y el almacenamiento de datos personales. Esta decisión da un paso importante para la protección de datos personales, pues concreta la responsabilidad civil por vulneración a derechos y principios determinados en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (en adelante LOPD o Ley). Sin duda, esta sentencia ayuda a esclarecer complejidades y desafíos que enfrentan los individuos para mantener la privacidad en un mundo cada vez más interconectado y digitalizado. Por ello, a lo largo de este trabajo se examinará la sentencia de la CNJ para que dilucide ciertas incógnitas, de carácter práctico, acerca de la protección de datos personales.

Primero, se explicará el desarrollo de la normativa de protección de datos, sobre todo desde un marco de legislación comparada. Posteriormente, se determinará quiénes son los actores del sistema de protección de datos personales en Ecuador y la responsabilidad que acaece sobre el responsable (en adelante Responsable) y el encargado (en adelante Encargado). Esto permitirá determinar las consecuencias de la transgresión a tal responsabilidad a la luz de lo establecido en la LODP, especialmente desde un ámbito del derecho de daños. Finalmente, se expondrán las conclusiones del presente trabajo y de la sentencia analizada.

2. BASE NORMATIVA

Apenas en 2021 Ecuador dio un paso significativo para la regulación del manejo de datos personales con la promulgación de la LODP. Esta ley constituyó un avance fundamental en la protección de la privacidad y en la gestión de datos personales. La Ley permitió establecer un marco de principios, actores, obligaciones, derechos y mecanismos de protección. El desarrollo de la LOPD estuvo influenciado notablemente por el Reglamento General de Protección de Datos (en adelante RGPD) de la Unión Europea, aprobado en 2016. La adopción de figuras clave como el Responsable y el Encargado del tratamiento de datos, derivadas del RGPD, destaca la alineación de Ecuador con las prácticas internacionales en materia de protección de datos. Este vínculo normativo es relevante, ya que el análisis comparativo entre la LOPD y el RGPD guiará las conclusiones que se realizarán en esta sección, con especial relevancia en el impacto de tales regulaciones en el contexto ecuatoriano.

Cabe recalcar que hubo un período de transición desde la publicación hasta la implementación completa de la LOPD. En un primer momento, la Ley estableció un plazo de dos años para que entraran en vigor las medidas correctivas y el régimen sancionador. Este período también pretendía que los responsables y encargados del tratamiento de datos se adaptaran a los nuevos requisitos legales. Por tanto, desde mayo de 2023, la LOPD se encuentra en plena vigencia, marcando el inicio de una nueva era en la protección de datos

personales en Ecuador.

En noviembre de 2023 se promulgó el Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales (en adelante RLOPD o Reglamento), diseñado para facilitar la implementación efectiva de la Ley y asegurar la protección de los derechos y libertades fundamentales de los titulares de datos personales en Ecuador. El RLOPD, además de clarificar y expandir los conceptos introducidos por la Ley, establece estándares detallados para el cuidado y la transferencia de datos personales. Asimismo, aborda las condiciones para que se puedan procesar y compartir los datos, lo que proporciona una guía clara para su manejo adecuado y seguro.

Finalmente, como parte del avance de la regulación en la protección de datos, en abril de 2024 se posesionó ante la Asamblea Nacional el primer superintendente de protección de datos en el país. Este acontecimiento, junto con la entrada en vigor del régimen sancionatorio, ha generado un notable interés y expectativas en la sociedad respecto a la implementación efectiva de la normativa vigente.

El proceso de adaptación ha sido un desafío. Más aún en un contexto donde, históricamente, el manejo de datos personales ha sido insuficiente. Sin embargo, el establecimiento de este marco normativo demuestra el compromiso de Ecuador con los estándares internacionales de privacidad. Esta regulación proporciona una estructura para el análisis de las responsabilidades asociadas al tratamiento de datos personales. En las secciones subsiguientes se identificarán los sujetos reconocidos por la normativa de protección de datos, así como aquellos legitimados para presentar acciones de responsabilidad por su incumplimiento. Además, se analizará la naturaleza de los daños causados por estas infracciones y se discutirá su relevancia en el ámbito de la responsabilidad civil.

3. PARTICIPANTES DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN ECUADOR

Esta sección analizará las entidades clave del sistema de protección de datos bajo la normativa ecuatoriana, con énfasis en la importancia procesal que tiene cada uno de estos actores en caso de infracciones. Primero, se explicará la figura del titular de los datos como legitimado activo y se destacará la capacidad legal que tiene para iniciar acciones en defensa de sus derechos. Segundo, se abordará el papel de los responsables y encargados, considerados legitimados pasivos, cuyas atribuciones son cruciales para evaluar la adecuación del tratamiento y responder ante incumplimientos. Este apartado es fundamental para comprender las dinámicas procesales en casos de responsabilidad civil relacionados con la protección de datos personales.

3.1. LEGITIMADO ACTIVO: EL TITULAR DE LOS DATOS

La LOPD establece con precisión la figura del titular de los datos y lo define como la persona natural cuyos datos personales son objeto de tratamiento⁷. Para una comprensión integral de este concepto resulta imperativo dilucidar los términos “datos personales” y “tratamiento”. El artículo 4 de la Ley ya ofrece una definición de estas palabras⁸. Por un lado, un dato personal se caracteriza como cualquier información que permite identificar o hace identificable a una persona natural, directa o indirectamente. Por otro lado, el tratamiento comprende cualquier operación o conjunto de operaciones efectuadas sobre datos personales, utilizando procedimientos, tanto automatizados como manuales. Este artículo también establece las operaciones de tratamiento. Así, incluye recopilación, registro, conservación, custodia, modificación, eliminación, transferencia y aprovechamiento, entre otras actividades detalladas en la LOPD. Es importante destacar que, de acuerdo con la LOPD, únicamente las personas naturales pueden ser reconocidas como titulares de datos personales. Es decir, las personas jurídicas no podrían ejercer los derechos reconocidos en la normativa de protección de datos en su favor.

Una vez clarificado el concepto de titular según la LOPD, resulta pertinente examinar los fundamentos que autorizan al titular a ejercer reclamaciones en casos de vulneración de sus derechos. En este contexto, el artículo 82 RGPD de la Unión Europea detalla que los afectados pueden solicitar compensación por perjuicios materiales o inmateriales resultantes de una violación de dicho reglamento:

Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos⁹.

En similar sentido, el artículo 64 de la LOPD de Ecuador indica que los titulares de datos, cuyos derechos sea infringidos, pueden interponer reclamaciones administrativas ante la Autoridad de Protección de Datos Personales¹⁰. No obstante, este mismo artículo recalca que tales acciones son independientes, por lo que se permite al titular “presentar acciones civiles, penales o constitucionales de las que se crea asistido”¹¹. De esta forma, la Ley otorga al titular la facultad de iniciar acciones de responsabilidad civil sin que previamente se haya establecido una responsabilidad administrativa en contra del demandado.

7 Artículo 4, Ley Orgánica de Protección de Datos Personales [LOPD], R. O. Suplemento 459 del 26 de mayo de 2021.

8 Id.

9 Artículo 82, Reglamento (UE) n.º 2016/679 [relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales], Diario Oficial de la Unión Europea L119 del 27 de abril de 2016.

10 Artículo 64, LOPD.

11 Id.

Cualquier titular que intente emprender una acción de responsabilidad civil debe demostrar cuatro elementos esenciales: i) establecer claramente que la persona demandada ostenta la calidad de Responsable o Encargado; ii) probar una infracción a la normativa de protección de datos; iii) evidenciar el daño sufrido y iv) demostrar un nexo causal entre la infracción normativa y el daño experimentado¹². Estos requisitos serán esenciales para fundamentar adecuadamente una demanda en el ámbito de la responsabilidad civil por violaciones a la regulación de protección de datos personales.

3.2 LEGITIMADOS PASIVOS: EL RESPONSABLE Y EL ENCARGADO DE TRATAMIENTO DE DATOS

Es necesario precisar quiénes son los legitimados pasivos contra los cuales el titular podría ejercer acciones de responsabilidad civil. En la LOPD se destacan dos figuras clave: el Responsable y el Encargado. Estas figuras son adoptadas del RGPD de la Unión Europea y son esenciales en el proceso de tratamiento de datos. La LOPD asigna a estas figuras una serie de atribuciones específicas, así como obligaciones y posibles sanciones en caso de incumplimiento de sus deberes. A continuación se detallarán las características y principales responsabilidades de cada uno de estos roles dentro del marco legal ecuatoriano.

La LOPD define al Responsable como cualquier persona natural o jurídica, ya sea pública o privada, autoridad pública u otro organismo que solo o junto con otros decide sobre la finalidad y el tratamiento de datos personales. A su vez, el Encargado es cualquier persona natural o jurídica, pública o privada, autoridad pública u otro organismo que solo o conjuntamente con otros trate datos personales a cuenta de un responsable del tratamiento de datos¹³.

A continuación se abordarán dos aspectos fundamentales relacionados con los roles del Responsable y el Encargado. Inicialmente se discutirá la culpa *in vigilando* del Responsable y la responsabilidad que tiene por el cometimiento de actos ilícitos de terceros bajo su supervisión. Posteriormente se evaluará el derecho de reembolso, que permitiría al Responsable reclamar compensaciones por sanciones pagadas debido a acciones del Encargado.

3.1.1. LA CULPA *IN VIGILANDO* DEL RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO

El estudio de la responsabilidad por hechos de terceros es relevante cuando

¹² Antoni Rubí, "Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales: el remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD", *Revista de Derecho Civil* 5, n.º. 4 (octubre-diciembre de 2018): 57, <https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/354>.

¹³ Artículo 4, LOPD.

se considera la posición del Responsable del tratamiento de datos personales. Para comprender esta responsabilidad es esencial referirse a las normas del Código Civil (en adelante CC) que abordan la responsabilidad extracontractual, en particular, la figura de la culpa *in vigilando*. Este concepto, también conocido como responsabilidad vicaria, amplía la responsabilidad civil a situaciones en que la persona que ejerce supervisión sobre un subordinado responde por los hechos ajenos de este último¹⁴.

La responsabilidad que asume el denominado “principal” por los actos de terceros bajo su supervisión tiene raíces en el derecho romano. Históricamente, debido al aumento del tráfico comercial marítimo, se otorgaron acciones *in factum* a favor de pasajeros o clientes. Estos podían reclamar a los empresarios por el hurto o daños causados por sus dependientes, siempre y cuando se atribuyera a una ejecución incorrecta de las funciones asignadas al dependiente¹⁵. Esta medida se alinea con la función de garantía que fundamenta la imputación objetiva en casos de responsabilidad vicaria, surgida de la necesidad de asegurar “a los terceros por la acción eventualmente dañosa de quienes actúan en el interés de otros”¹⁶.

De este modo, gracias a la responsabilidad que debía asumir el principal, este se veía incentivado a supervisar y fiscalizar adecuadamente el comportamiento de los terceros a su cargo. Aunque en la actualidad los escenarios que pueden dar lugar a la responsabilidad vicaria son más diversos, lo cierto es que esta responsabilidad cobra relevancia con la complejidad del ámbito empresarial contemporáneo. En particular, subraya la importancia de mantener mecanismos de supervisión y control cuando se asignen funciones delicadas que pueden incidir en terceros.

En el contexto ecuatoriano, respecto de la culpa *in vigilando* o *in eligiendo*, el artículo 2220 del CC establece que “toda persona es responsable no solo de sus propias acciones, sino también por los actos de aquellos bajo su cuidado”¹⁷. Los supuestos contemplados en este artículo no son taxativos, sino únicamente ejemplificativos. En el marco de la protección de datos, es fundamental determinar si el Responsable del tratamiento de datos podría estar sujeto a culpa *in vigilando* debido a actos ilícitos cometidos por terceros en relación con la normativa de protección de datos. Para ello, se debe abordar la vigilancia desde dos perspectivas principales: (i) la que tiene el Responsable hacia sus empleados directos y (ii) la que tiene respecto al Encargado del tratamiento de datos. Esto con el objetivo de evaluar cómo estas relaciones impactan en la

14 Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá: Temis, 2009), 85.

15 Alberto Bueres, “El fundamento de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente”, *Revista de Derecho de Daños*, n.º. 1 (2003): 7, <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=30114&id2=31138>.

16 Ricardo Lorenzetti, “Repensando la responsabilidad por el hecho ajeno”, *Revista de Derecho de Daños*, n.º. 1 (2003): 104, <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=30422>.

17 Artículo 2220, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 46 del 10 de mayo de 2005, reformado por última vez R. O. 588 del 27 de junio de 2024.

gestión y protección efectiva de los datos personales.

Primero, en relación con el deber de supervisión del Responsable frente a sus empleados, el CC menciona que responderán “los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes”¹⁸. Esta responsabilidad eleva el nivel de diligencia exigible. Únicamente se admitiría la exoneración de responsabilidad del empresario cuando no existe una relación de dependencia o en casos de extralimitación del dependiente¹⁹. Sobre esta responsabilidad, la CNJ ha manifestado que:

El fundamento de este régimen de responsabilidad [por hechos ajenos] conforme lo consagra nuestro Código Civil, es que el empleado se substituye o representa al empleador en la acción, y de ahí que se le obliga a responder civilmente. Se trata de una ficción mediante la cual se trata al principal “como si” hubiera cometido personalmente el hecho ilícito cuya responsabilidad se le imputa²⁰.

Por ende, la persona que alega esta responsabilidad deberá probar la relación de dependencia entre el subordinado y el patrono, la existencia de un daño ilícito del empleado y que este haya sido causado bajo el ejercicio de sus funciones encomendadas²¹. Una vez cumplidos estos requisitos se configuraría la responsabilidad vicaria del Responsable ante una violación de la normativa de protección de datos por parte de alguno de sus empleados.

Este precisamente fue el razonamiento del caso *Noboa c. Mapfre*. En él, un trabajador facultado legalmente para acceder al buró de crédito de los clientes transfirió datos crediticios de Daniel Noboa Azín, quien no era cliente de esa compañía²². La CNJ determinó que la compañía Mapfre Atlas Compañía de Seguros era civilmente responsable por no asegurar la confidencialidad y vigilancia adecuada frente a sus trabajadores:

Por lo tanto, el control de la empresa debía estar encaminado **no solo advertir a sus empleados la prohibición de acceso no autorizado a los datos crediticios de sus clientes, sino a impedirlo, control que el caso ha sido insuficiente y en suma no existió, propiciando el ilícito [...]**, por lo que la declaratoria

18 Id.

19 Carlos Martínez de Aguirre, coord. et al., *Curso de derecho civil II: teoría general de la obligación y el contrato volumen I* (Madrid: Edisofer, 2018), 477.

20 Sentencia n.º. 17711-2015-0401, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 9 de junio de 2016, párr. 6.

21 Javier Tamayo Jaramillo, “Responsabilidad civil por el hecho ajeno”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º. 53 (1981): 146-8.

22 Daniel Noboa alegó en su demanda que su entonces cónyuge, Gabriela Goldbaum, quien era accionista y miembro del directorio de la compañía, solicitó al oficial de cumplimiento de Mapfre Atlas acceder al Buró de Información Crediticia de Equifax. El oficial de cumplimiento, utilizando su clave de acceso, obtuvo la información personal y financiera del afectado. Según Noboa, en el proceso de divorcio, Goldbaum habría oficiado a los bancos usando los números exactos de sus operaciones crediticias, lo que presuntamente indicaría el uso indebido de los datos obtenidos. También cuestionó cómo Goldbaum sabía que su información estaba en Equifax y no en otros burós de crédito. Posteriormente, tras un reclamo de Noboa, Mapfre Atlas reconoció que uno de sus colaboradores había accedido a los datos de forma indebida y fue desvinculado de la compañía.

de confidencialidad y el manual de políticas y procedimientos de la unidad de cumplimiento de dicha empresa resultan insuficientes para garantizar la confidencialidad de este tipo de datos (énfasis añadido)²³.

Así, la CNJ estableció que los Responsables deben brindar la protección necesaria a la información de los titulares. De lo contrario, conllevaría una situación en la que un tercero, perteneciente a la empresa, pueda acceder, procesar y difundir información personal de cualquier persona. En otros términos, esta sentencia establece un estándar de vigilancia más elevado a los Responsables frente a los dependientes que tengan acceso a este tipo de datos para quedar eximidos de responsabilidad vicaria.

Sin embargo, vale la pena aclarar que el hecho de que el trabajador no responda civilmente no afecta a su potencial responsabilidad penal derivada de violaciones a la privacidad. En el caso descrito, efectivamente se inició un proceso penal contra los presuntos responsables directos por los delitos de violación a la intimidad y difusión de información de circulación restringida. Lo anterior resalta la gravedad de tales infracciones y la necesidad de una supervisión efectiva²⁴.

Segundo, respecto del cuidado que el Responsable mantiene sobre el Encargado, la LOPD especifica que el Encargado procesa datos personales en representación y por cuenta del Responsable²⁵. Esta acción en representación del principal constituye una de las tesis que fundamentan la imputación objetiva en la responsabilidad vicaria²⁶. Asimismo, es importante destacar que esta representación no se limita exclusivamente a actos jurídicos, como en el caso del mandato, sino que abarca “a toda una función o esfera de actividad, dentro de cuya [ó]rbita el subordinado tiene una cierta libertad de acción para elegir los medios conducentes al fin propuesto”²⁷.

En este contexto, es obligación legal del Responsable formalizar acuerdos contractuales con el Encargado para delimitar las finalidades de tratamiento y asegurar el manejo adecuado del encargo de datos²⁸. Sobre estos acuerdos, el RLOPD establece el contenido mínimo que estos deben contener²⁹. Además, el artículo 47 de la LOPD estipula que una de las obligaciones fundamentales

23 Juicio n°. 093322020-11414, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 30 de mayo de 2024, párr. 52.

24 Proceso n°. 09285-2022-02096, la Unidad Judicial Norte 1 Penal, con sede en el cantón Guayaquil, provincia de Guayas.

25 Artículo 4, LOPD.

26 Lorenzetti, “Repensando la responsabilidad por el hecho ajeno”, 103.

27 Arturo Barcia López, “El carácter inexcusable de la responsabilidad civil del principal por el acto ilícito del subordinado”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata*, n°. 13 (noviembre-diciembre de 1942): 324, <https://revistas.unlp.edu.ar/RevistaAnalesJursoc/issue/archive>.

28 Artículo 68, LOPD.

29 Artículo 41, Reglamento de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales [RLOPD], R. O. Suplemento 435 del 13 de noviembre de 2023. Menciona que entre los aspectos mínimos que deben constar en estos acuerdos están el objeto, la duración, naturaleza, la finalidad del tratamiento, la categoría de los datos personales, la identificación de los titulares de los datos personales tratados, y las obligaciones y responsabilidades del encargado.

del Responsable consiste en:

Asegurar que el encargado del tratamiento de datos personales **ofrezca mecanismos suficientes para garantizar el derecho a la protección de datos personales** conforme a lo establecido en la presente Ley, en su reglamento, en directrices, lineamientos y regulaciones emitidas por la Autoridad de Protección de Datos Personales, normativa sobre la materia y las mejores prácticas a nivel nacional o internacional (énfasis añadido)³⁰.

Por lo tanto, esta relación de autoridad y cuidado que ejerce el Responsable sobre el Encargado se alinea con las disposiciones del CC que regulan la responsabilidad por actos de terceros bajo su cuidado o vigilancia. Esta relación se ve reforzada por el artículo 6 de la LOPD que indica que la gestión de los derechos de los titulares de datos debe canalizarse a través del Responsable³¹. En consecuencia, el Responsable no solo delega tareas al Encargado, sino que también asume una función crítica en la supervisión y el cumplimiento normativo respecto al tratamiento de datos personales.

En definitiva, el Responsable está sujeto a responder por responsabilidad vicaria por los incumplimientos tanto de sus trabajadores como del Encargado. Hay que precisar que el artículo 2220 del CC menciona que esta obligación cesará “si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieran podido evitar el hecho”³². Por ende, corresponderá al Responsable demostrar que actuó con debida diligencia y, aun así, no pudo impedir el ilícito³³. La prueba de esto podrá estar sustentada a través de los códigos de conducta, certificaciones, auditorías y mecanismos de seguridad de los datos que el Responsable implementaba³⁴. Asimismo, el principal tampoco responderá cuando se logre probar que quien estaba a su cargo se extralimitó de las funciones o finalidades que le había establecido conforme a lo que establece el 2222 del CC.

3.1.2. ¿ES PROCEDENTE UNA ACCIÓN DE REEMBOLSO EN FAVOR DEL RESPONSABLE?

Se plantea la interrogante acerca de la posibilidad de que el Responsable,

30 Artículo 47, LOPD.

31 Id., artículo 6.

32 Artículo 2220, CC.

33 Óscar Fernández Márquez, *Derecho de daños y responsabilidad vicaria del empleador (una aproximación desde el análisis económico del derecho)* (Madrid: Dykinson, 2020), 124-5, <https://www-digitalpublishing-com.ezbiblio.usfq.edu.ec/a/100694>.

34 Jesús Quijano González, “Protección de datos y adaptación del deber de diligencia”, *Revista de Estudios Europeos*, n.º. 78 (diciembre de 2021): 249, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7980457>.

después de indemnizar daños cometidos por terceros, pueda ejercer la acción de reembolso contra la persona que ha cometido la infracción y que se encontraba bajo su supervisión. Sobre todo en un supuesto en que no se ha logrado exonerar de la responsabilidad vicaria. En este contexto resulta crucial evaluar la procedencia de una acción por parte del Responsable, contra sus dependientes o el Encargado, en situaciones en que se infrinja la normativa de protección de datos personales.

A diferencia de otras legislaciones, el CC no menciona explícitamente una acción de reembolso que permita al empleador recobrar compensaciones de sus subordinados por daños causados³⁵. No obstante, esta acción se fundamenta en el principio del enriquecimiento injustificado, especialmente en situaciones en que el principal tuvo que responder por infracciones en las que las personas a su cargo fueron responsables directos³⁶. En ese sentido, la acción de restitución tiene una naturaleza subsidiaria que se aplica cuando existe un derecho vulnerado —el del empobrecido— y este no tiene otro medio legal en contra de la persona cuyo patrimonio se vio mejorado³⁷. Por tanto, aunque no esté explicitada en el CC, la acción de restitución se sustenta con el objetivo de corregir desequilibrios patrimoniales cuando el Responsable cubre legalmente actos de terceros bajo su supervisión.

Podría considerarse que, al no poder exonerarse de su responsabilidad el responsable indirecto tampoco resultaría pertinente que intentara establecer una acción de reembolso contra el dependiente³⁸. Sin embargo, esta se fundamentaría en los dos planos de relación distintos que el principal mantiene tanto con la víctima como con el dependiente³⁹. El primero, que es externo, se relaciona con la responsabilidad del principal frente a la víctima en un juicio de daños y perjuicios. En este contexto, la responsabilidad se establece con base en el factor de atribución de garantía, es decir, el principal es responsable no por su propia acción directa, sino por los actos de su dependiente que están bajo su control y dirección⁴⁰. El segundo plano es el interno, donde se consideran las relaciones entre el principal y el dependiente, y en el cual los factores de atribución de responsabilidad frente a la víctima son irrelevantes. Lo esencial aquí es si el principal ha cumplido con una obligación que inicialmente correspondía al dependiente. Así, si el principal ha efectuado este pago, tiene el derecho de buscar la restitución del importe pagado, independientemente de si pudo o no eximirse de la responsabilidad vicaria en el contexto externo⁴¹.

35 Ver, artículo 1904, Código Civil [CC], BOE 206 del 25 de julio de 1889. En este artículo se menciona que el que paga el daño causado por sus dependientes puede repetir de estos lo que hubiese satisfecho.

36 Fernández Márquez, *Derecho de daños y responsabilidad vicaria del empleador*, 124-5.

37 Alfonso Oramas Gross, *El enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones* (Guayaquil: Editorial Edino, 1988), 91.

38 Aida Kemelmajer de Carlucci, *Código Civil y leyes complementarias* (Argentina: Astrea/Depalma, 1978), 669.

39 Juan Carlos Venini, "Derecho de repetición del principal por los daños causados por su dependiente", *Revista de Derecho de Daños*, n.º 3 (febrero de 2008): 160, <https://biblioteca.mpf.gov.ar/meran/opac-detail.pl?id1=30175>.

40 Ibid.

41 Ibid.

Cabe recalcar también que el RGPD de la Unión Europea refuerza posibilidad de una acción de restitución al establecer que, cuando un Responsable haya pagado la totalidad de una indemnización por una operación de tratamiento de datos, este podrá reclamar al Encargado su parte de responsabilidad por los daños y perjuicios causados⁴². Consecuentemente, para proceder con esta acción, es necesario que haya sido abonado la cuantía total de la indemnización, facilitando así la posibilidad de recurrir contra los sujetos responsables directos por la cuota correspondiente de la compensación debida a raíz de un tratamiento ilícito de datos personales⁴³.

En suma, en el caso de una acción de reembolso por parte del Responsable en contra de los dependientes o Encargados que hubiera cometido el ilícito, se deberá probar que hubo una actuación completamente al margen de la ajenidad y las finalidades del tratamiento del vínculo contractual. Pese a que estos supuestos no se enmarquen en las causas de exoneración del Responsable, quien podría haber evitado el ilícito con una supervisión adecuada, esta acción se justifica por el enriquecimiento injustificado que recibiría el Encargado, beneficiándose injustamente de su incumplimiento a expensas de los responsables directos del ilícito.

4. LA NATURALEZA DEL DAÑO POR VULNERACIÓN DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS

En esta sección se realizará un estudio sobre las consecuencias derivadas de las infracciones a la normativa de protección de datos, enfocándose en la naturaleza predominantemente extrapatrimonial de los daños causados por dichas infracciones. Además, se analizará la aplicación del *in re ipsa* para discernir si este principio es adecuado, y suficiente, para abordar la naturaleza específica de los daños implicados. Por último, se expondrá cómo se cuantifican estos daños con base en la gravedad del perjuicio sufrido y la falta.

4.1. DAÑO POR ANTONOMASIA: EXTRAPATRIMONIAL

En el marco de las infracciones a la normativa de protección de datos, lo más habitual es que estas recaigan dentro de la esfera de daños extrapatrimoniales. El daño extrapatrimonial es todo detrimento o menoscabo que una persona experimente por culpa de otra, sea en su persona, en sus bienes o en cualquiera

⁴² Artículo 82, numeral 5, Reglamento 2016/679 de 2016.

⁴³ Pedro Ródenas Cortés, “La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados a los consumidores por su inclusión indebida en ficheros de solvencia patrimonial. *Vías y modalidades de lesión, protección, reparación y resarcimiento*”, tesis de doctorado, Universidad de Extremadura, 2023, 281. <https://www.educacion.gob.es/tesco/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=UJcrwNX1rO8%3D>.

de sus derechos extrapatrimoniales⁴⁴. Las violaciones de las leyes de protección de datos tienden, inherentemente, a atentar contra derechos fundamentales reconocidos dentro de la legislación. Dado que estos derechos están profundamente arraigados con la intimidad y la esfera personal de los individuos, el incumplimiento a las obligaciones que establece la normativa resulta, de manera prácticamente ineluctable, en un daño extrapatrimonial.

Pese a que el foco de este trabajo son los daños extrapatrimoniales, es importante reconocer que también pueden surgir daños patrimoniales como consecuencia de infracciones a la normativa de protección de datos. Por ejemplo, el acceso no autorizado a datos crediticios puede conducir a robos o pérdidas económicas directas⁴⁵. Estos escenarios destacan cómo las violaciones de la protección de datos no solo comprometen la privacidad y la intimidad, sino que también pueden tener un impacto económico tangible. Sin perjuicio de ello, en las subsecciones siguientes se analizarán en detalle dos tipos principales de daños extrapatrimoniales que podrían existir en estos casos. Primero, los daños morales o *pretium doloris*, que comprenden el sufrimiento emocional. Segundo, las afectaciones a derechos de la personalidad como la intimidad y la privacidad. Estos análisis considerarán cómo pueden manifestarse estos daños en supuestos de vulneraciones a la normativa de protección de datos.

4.1.1. DAÑO MORAL

Cabe ahora una explicación del daño moral, pues este ha tenido en la legislación ecuatoriana gran relevancia. El *pretium doloris* se refiere al sufrimiento psíquico y físico que puede seguir a una lesión corporal⁴⁶. Se presenta en una de sus aristas el sufrimiento como daño, ya que es aquella afectación física y mental que tiene por causa el hecho antijurídico⁴⁷. Es así como en el caso *Noboa c. Mapfre* la CNJ realiza un análisis que establece que, a partir de la vulneración de la confidencialidad y reserva de datos del actor con relación a su información crediticia y financiera, subyacen sentimientos de angustia e incertidumbre para el señor Daniel Noboa. Este malestar expresado por el actor es el que da lugar al *pretium doloris*, pues de la vulneración de los derechos mencionados —hecho antijurídico— surge esta afectación en la psiquis configurando el daño moral.

En este sentido, es de igual relevancia el caso análogo de *Rafael Correa c. Banco Pichincha*. En esta acción por daño moral, el expresidente alega haber sufrido un estrago, puesto que Banco Pichincha habría registrado su nombre

44 Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003), 228.

45 Ver, Memorandum n°. 14-2522, Corte Distrital de Estados Unidos del Estado de Minnesota, 17 de mayo de 2017.

46 Enrique Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 293.

47 *Ibid.*, 293.

en la central de riesgos sin justificativo alguno⁴⁸. La parte actora alegó que existió una afectación al honor, el derecho al buen nombre y desprestigio de la persona, dado que los medios de comunicación no tardaron en llevar el asunto a la esfera pública⁴⁹. Este estrago se configuró por la vulneración a estos derechos inherentes a la personalidad.

En consecuencia, resulta posible que, de la vulneración a la normativa de protección de datos, surjan daños morales al titular de estos. No es ajeno a los casos referenciados el sentimiento de angustia, incertidumbre y ansiedad por la exposición de datos cobijados bajo la esfera de protección quebrantada por circunstancias exógenas, como lo es un inadecuado tratamiento de datos.

4.1.2. AFECTACIÓN A LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Es menester un análisis de los derechos intrínsecos a la personalidad humana que pueden verse comprometidos por el incumplimiento a la normativa de tratamiento de datos personales. Esta categoría de daño extrapatrimonial puede conceptualizarse como una intrusión en el fuero interno del individuo, afectando aspectos esenciales como la imagen, la honra, la reputación, la intimidad y el nombre, todos vitales para el respeto humano⁵⁰. En este contexto, es pertinente realizar un recuento histórico sobre la evolución de los derechos asociados con la protección de datos personales, paralelamente a los avances tecnológicos. Este estudio demostrará que el manejo inadecuado de datos personales puede provocar daños significativos a derechos fundamentales, llevando potencialmente a infracciones que resulten en el tipo específico de daño extrapatrimonial, identificado como la afectación a los derechos de la personalidad.

Es fundamental analizar los derechos intrínsecos a la personalidad humana que pueden verse comprometidos por el incumplimiento de la normativa de tratamiento de datos personales. Estas vulneraciones constituyen un tipo de daño extrapatrimonial distinto del *pretium doloris* analizado anteriormente. Este daño extrapatrimonial podría conceptualizarse como una intrusión en el fuero interno del individuo, afectando aspectos esenciales como la imagen, la honra, la reputación, la intimidad y el nombre, todos vitales para el respeto humano. En este contexto, es pertinente realizar un recuento histórico sobre la evolución de los derechos asociados con la protección de datos personales, paralelamente a los avances tecnológicos. Este análisis permitirá demostrar cómo el manejo inapropiado de datos personales puede resultar en daños significativos a estos derechos fundamentales.

48 Causa n°. 17301-2007-0023, Juzgado Primero de lo Civil de Pichincha, 29 de octubre de 2008, párr. 6.

49 Id.

50 Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 289.

En 1890 aparece el concepto de *right to be alone*, que ofrece protección a la personalidad, tranquilidad y seguridad mental del individuo⁵¹. Esta primera aproximación del derecho a la privacidad no estaba inicialmente contemplada para un ámbito digital. Sin embargo, los avances tecnológicos del siglo XX generaron que este concepto extienda su alcance a la seguridad de la información de las personas. En este contexto, derechos como la privacidad, la intimidad y la protección de datos de carácter personal son la forma en la que se concreta el “derecho a ser dejado en paz”⁵². Estrechamente relacionada con este concepto de privacidad se encuentra la protección de datos, que consiste en las regulaciones legales específicas diseñadas, principalmente, para abordar un desafío particular: el impacto de las tecnologías de la información modernas sobre la privacidad y la integridad personal⁵³.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en su artículo 12, proclama que “nadie será objeto de **injerencias arbitrarias en su vida privada**, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación” (énfasis añadido)⁵⁴. En consecuencia, ese mismo artículo establece que cada individuo tiene derecho a la protección legal contra dichas injerencias o ataques. Esto también fue reconocido en el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969⁵⁵.

En el contexto del marco jurídico ecuatoriano, la Constitución de la República de 2008 (en adelante CRE), en su artículo 66, consagra el derecho a “la intimidad personal y familiar”⁵⁶. Del mismo modo, este mismo artículo reconoce y garantiza en su numeral 19 lo siguiente:

El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley⁵⁷.

El derecho a la protección de datos y la decisión sobre la información de carácter personal precisamente fueron los derechos constitucionales que la CNJ determinó que fueron vulnerados en el caso de Noboa c. Mapfre producto del acceso y transferencia no autorizada de los datos crediticios de Noboa⁵⁸. Por

51 Adams, “The Right to Be Let Alone”, 597.

52 Bart van de Sloot, “The Right to Be Let Alone by Oneself: Narrative and Identity in a Data-Driven Environment”, *Law, Innovation and Technology* 13, n.º 1 (marzo de 2021): 224, <https://doi.org/10.1080/17579961.2021.1898315>.

53 Blume, “Data Protection and Privacy”, 153.

54 Artículo 12, Declaración Universal de Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948.

55 Artículo 11, Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969.

56 Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R. O. Suplemento 568 del 30 de mayo de 2024.

57 Id.

58 Juicio n.º. 09332-2020-11414, párr. 58.

ende, tanto la protección de datos como la intimidad personal son considerados derechos de carácter fundamental en el ordenamiento ecuatoriano.

En 2021, la entrada en vigor de la LOPD marca el inicio del reconocimiento de varios derechos y principios relacionados con la protección de la privacidad de los titulares de datos y tratamiento de estos⁵⁹. Por ello, el ordenamiento jurídico ecuatoriano ha optado por imponer consecuencias legales ante la vulneración de estos derechos. Este incumplimiento puede acarrear sanciones administrativas, acciones penales y civiles encaminadas a la observancia de la normativa de protección de datos personales⁶⁰.

Una vez determinados estos derechos fundamentales y su evolución conjunta con las regulaciones de protección de datos personales, resulta evidente que cualquier acción que comprometa estos derechos incide directamente en el ámbito del daño extrapatrimonial. Esto se debe a que tales acciones afectan aspectos inherentes a la persona, especialmente su privacidad e intimidad. Por lo tanto, la vulneración de la privacidad de los datos de un titular constituye una lesión directa a los derechos de la personalidad⁶¹.

Estas posibles afectaciones quedan evidenciadas claramente en el caso *Noboa c. Mapfre*. La CNJ menciona que el acceso no autorizado realizado por el dependiente de la empresa afectó principios que han sido plasmados en la LOPD:

Así, el perjuicio sufrido en el caso está relacionado con el derecho constitucional a la intimidad personal y al principio de confidencialidad de los datos personales determinados en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, ley que contiene y desarrolla el derecho constitucional de protección de los datos de carácter personal⁶².

Otro ejemplo ilustrativo de estos posibles daños es el caso tratado por la Corte Constitucional del Ecuador, en el *habeas data* n°. 2064-14-EP/21, que aborda la filtración no consentida de fotografías íntimas y personales del demandante. En esta sentencia, la Corte analiza la expectativa de privacidad que debe tener el titular de los datos, estableciendo un estándar que incluye componentes tanto objetivos como subjetivos para determinar esta expectativa:

El elemento subjetivo consiste en que quien alegue violación al derecho a su intimidad pueda considerar válidamente que su actividad, comportamiento o esfera está protegida de posibles injerencias. Por su parte, el elemento objetivo consiste en que la sociedad pueda asumir que esta expectativa es razonable; es decir, que sea

59 Artículos 10-24, LOPD.

60 Id., considerando décimo tercero.

61 Van de Sloot, "The Right to Be Let Alone by Oneself".

62 Juicio n°. 093322020-11414, párr. 59.

posible concluir que es oponible a terceros⁶³.

Por consiguiente, se deduce que el tratamiento no autorizado de datos personales y las infracciones a la normativa de protección de datos resultan en violaciones claras a los derechos de la personalidad de los individuos, contempladas dentro del ámbito de los daños extrapatrimoniales. Es importante recalcar que esta categoría de daño extrapatrimonial no es incompatible con la analizada en la sección anterior, denominada como daño moral o *pretium doloris*. Por ende, es posible que de un mismo hecho ilícito deriven simultáneamente daños morales y afectaciones a los derechos a la personalidad, dado que ambos tipos de daño reflejan diferentes aspectos del impacto negativo sobre el individuo afectado.

4.2. ¿ES ADECUADA LA APLICACIÓN DEL *IN RE IPSA* EN CASOS DE DAÑO EXTRAPATRIMONIAL?

El *in re ipsa* o “por la cosa misma”⁶⁴ es un principio utilizado para la prueba del daño extrapatrimonial. Se determina que la existencia misma del hecho antijurídico es la prueba del daño. Desde esta perspectiva “el daño moral está *in re ipsa*, es decir, se deriva del hecho dañino mismo. Por lo tanto, no hay necesidad de prueba de conmoción emocional sufrida por la víctima”⁶⁵.

La jurisprudencia ecuatoriana se ha decantado por emplear este mismo estándar y aplicar el *in re ipsa* en los casos de daños extrapatrimoniales. Esta tendencia predominante se ve reflejada en las sentencias emitidas por la CNJ⁶⁶. En este sentido, en la gran mayoría de casos resueltos en casación por juicios de daño moral y por derechos de la personalidad, la CNJ ha manifestado que:

El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. **El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu rige el principio *in re ipsa*.** La prueba del daño moral [daño extrapatrimonial] deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado (énfasis añadido)⁶⁷.

63 Causa n°. 2064-14-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de enero de 2021, párr. 124.

64 Poder Judicial de la República de Costa Rica, “Prueba *in re ipsa*”, *Diccionario usual del Poder Judicial*, última modificación 2020, <https://dictionariouseusual.poder-judicial.go.cr/index.php/diccionario/prueba-in-re-ipsa>.

65 Gilberto Fachetti y Bruna Figueira, “La lesión a los derechos de la personalidad en la jurisprudencia de la instancia de recurso especial brasileña”, *Opinión Jurídica* 20, n°. 41 (febrero de 2021): 185, <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/3147>.

66 Silvia Amores Osorio, “Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en nuestra jurisprudencia”, *Revista Illumanta*, n°. 2 (enero-diciembre de 2014): 23-5, <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/jurisprudencia/Revista%20Illumanta.pdf>.

67 Ver, Gil Barrágan, *Elementos del daño moral* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), 195. Además, a nivel jurisprudencial se puede citar, por ejemplo, sentencias como Peralta c. Bustamante, Corte Suprema de Justicia, 17 de abril de 2002; Ruiz c. Superintendencia de Bancos y Seguros, Corte Nacional de Justicia, 2 de septiembre de 2009; Boulevard c. Londohotel, Corte Nacional de Justicia, 8 de septiembre de 2010; Correa c. Banco Pichincha, Corte Nacional de Justicia, 28 de abril de 2010. Estas sentencias demuestran que, pese a los años, la jurisprudencia ecuatoriana conserva el principio *in re ipsa* para la prueba del daño moral.

Si bien la sentencia *in comento* se refiere al daño moral, es importante mencionar que “el criterio prevaleciente en doctrina ha extendido la noción de daño moral a toda lesión a bienes ‘extrapatrimoniales’”⁶⁸. Por ello, lo correcto es entender que los daños morales son una especie de daños extrapatrimoniales. No existe óbice en afirmar que cuando la jurisprudencia y la ley mencionan al daño moral en muchas ocasiones se referirán, en realidad, al daño extrapatrimonial. De esta manera, el *in re ipsa* es aplicado al daño moral —o *pretium doloris*— para daños relacionados con derechos de la personalidad y, en sí, cualquier categoría de daños extrapatrimoniales.

Pese a que la Corte Suprema de Justicia estableció que no se debe probar el daño extrapatrimonial en una sentencia emitida dentro del recurso de casación en 2002, lo cierto es que la jurisprudencia moderna rara vez se ha desapegado de esta línea⁶⁹. De hecho, en muchos de los casos que ha conocido la CNJ y la antigua Corte Suprema de Justicia por juicios de daño moral, como parte de la motivación, se cita a la misma sentencia de 2002 la prueba de la existencia del daño.

Al considerar como prueba suficiente la acción antijurídica que provocó el daño se acepta que para “la apreciación del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado”⁷⁰. Esta concepción acerca de la prueba del daño extrapatrimonial también fue establecida en el caso *Noboa c. Mapfre*. En este sentido, si bien la CNJ no hizo alusión expresa al *in re ipsa* dentro de la motivación y el análisis de mérito, precisa que:

El daño moral no tiene una manifestación externa y por ello **no se requiere una prueba directa de la existencia del daño moral, sino que es suficiente la valoración de la acción** u omisión antijurídica que lo provoca (énfasis añadido)⁷¹.

Aunque no se menciona explícitamente, es claro que se tomó a este principio para demostrar que existió daño extrapatrimonial. Sin embargo, teniendo en cuenta la sentencia en el caso *Noboa c. Mapfre*, resulta necesario desentrañar si el *in re ipsa* es realmente suficiente para la determinación de la existencia de un daño extrapatrimonial que dé lugar a la responsabilidad civil en materia de protección de datos. Especialmente porque “la caracterización del daño moral *in re ipsa* no puede ser extendida hasta el punto de descartar la necesidad de su demostración efectiva en cualquier situación”⁷².

68 Héctor Pedro Iribarne, *De los daños a la persona* (Buenos Aires: Editorial Ediar, 1993), 186.

69 Por ejemplo, en la sentencia n.º. 402-2009, Corte Nacional de Justicia, 25 de febrero de 2013, considerando tercero, la CNJ estableció que en la prueba del daño moral “el demandante deberá probar que el hecho que provocó el daño le produjo un sufrimiento, dolor o angustia psicológica o que por efecto del daño sus relaciones sociales, familiares o con el mundo exterior se vieron gravemente afectadas”. Es decir, se desapegó del principio del *in re ipsa*.

70 Barragán, *Elementos del daño moral*, 196.

71 Juicio n.º. 09332-202011414, párr. 41.

72 Fachetti y Figueira, “La lesión a los derechos de la personalidad”, 190.

En el caso, la CNJ determinó que el hecho ilícito se materializó porque no se justificó que el Responsable “haya tenido autorización o justificación razonable para solicitar y acceder a los datos crediticios del actor”⁷³. En particular, no había ninguna razón legítima y lícita, conforme lo establece el artículo 7 de la LODP, que legitime el tratamiento de datos crediticios de Noboa. Es decir, hubo un hecho antijurídico toda vez que se infringieron las normas contempladas en la LODP respecto del tratamiento de datos e, incluso, se vulneraron derechos constitucionales que se concretan en esta misma ley⁷⁴.

La antijuricidad de la conducta es “transgresora de la norma, en la medida que hay una lesión o minoración de un interés jurídico resarcible (daño)”⁷⁵. Como consecuencia, la CNJ —al determinar la existencia del hecho antijurídico— da también por probada la existencia de un daño extrapatrimonial y afirma que “puesto que en el daño moral no se afecta intereses patrimoniales, no hay criterios objetivos para medir el impacto en la psiquis, **siendo en efecto el hecho ilícito la prueba del daño moral**” (énfasis añadido)⁷⁶. La CNJ ha acogido al *in re ipsa* como la prueba del daño extrapatrimonial también para casos de protección de datos y se limita, tal y como se evidencia en el caso Noboa c. Mapfre, a suponer la existencia del daño por el hecho antijurídico.

Ahora bien, la aplicación de este principio sin ninguna otra consideración resulta contraproducente, puesto que el hecho antijurídico como prueba del daño extrapatrimonial es insuficiente, se requiere de más elementos para aseverar que existe este tipo de daño. Corral Talciani afirma que “la posición que sostiene que el daño moral [daño extrapatrimonial] no precisa prueba es incorrecta, y desnaturaliza la función reparadora de la responsabilidad civil”⁷⁷. Así, de manera concreta respecto del *pretium doloris*, el autor expresa que “la prueba deberá centrarse en la acreditación de los hechos que ordinariamente para una persona normal en la misma situación hubiera sentido”⁷⁸. Con respecto a los derechos de la personalidad, el criterio no sería distinto. No se debería solo demostrar el hecho ilícito, sino que se requiere de otros elementos de prueba indiciaria que puedan “darle al juez la convicción de que existe un daño moral real que resarcir o bien descartarlo”⁷⁹.

En el caso Noboa c. Mapfre, el actor, para el daño moral, únicamente alega:

73 Juicio n°. 09332202011414, párr. 40.

74 Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

75 Alberto Bueres, “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta”, en *Derecho de daños: primera parte*, ed. Rubén Stiglitz y Felix Trigo (Buenos Aires: Ediciones La Rocca 1996), 149-50.

76 Juicio n°. 09332202011414, párr. 44.

77 Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago de Chile: Legal Publishing Chile, 2013), sección 7.

78 Ibid.

79 Génesis Bermeo, “La aplicación del principio *in re ipsa* en los casos de daño moral en la jurisprudencia ecuatoriana”, tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, 2020, 18, <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/9384/1/131502.pdf>.

[E]l daño moral no requiere de prueba material directa, pues no existe un baremo, una regla o termómetro que mida la intensidad o grado de dolor, de la angustia, de la desesperación por las intromisiones ilegales e ilegítimas a mi intimidad, por la divulgación de mis datos personales, financieros y crediticios sin mi autorización⁸⁰.

Así, la CNJ acepta esta simple enunciación de daños extrapatrimoniales, por daño moral y afectaciones a los derechos de la personalidad, y da por probada la existencia del daño producto del hecho antijurídico. Sin mayor análisis, la jurisprudencia ecuatoriana ha aplicado este principio cuya única consecuencia es que se “creen fórmulas casi sacramentales que enseñan que en los casos de daño moral, probar únicamente el hecho ilícito permite suponer la existencia de aquel, sin razonamiento lógico alguno”⁸¹.

Por tanto, se puede concluir que, específicamente en temas de protección de datos, la sola transgresión de las normas de tratamiento de datos no debería bastar para que se dé por probada la existencia del daño extrapatrimonial. Es necesario que, para el daño moral, se acredite que una persona en las mismas circunstancias también habría experimentado estos malestares. Respecto de los derechos de la personalidad, siempre que se demuestre la existencia del daño extrapatrimonial, al menos de manera indiciaria, sería procedente otorgar una reparación. En los daños extrapatrimoniales derivados del tratamiento de datos indebido, la prueba del daño debe adecuarse a su naturaleza especial y va más allá de la constatación del hecho antijurídico.

4.3. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

El artículo 2232 del CC establece que quien hubiese sufrido un daño extrapatrimonial “podrá **también** demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación” (énfasis añadido)⁸². La inclusión del término *también* implica que la forma primaria de reparación de estos daños no sería pecuniaria. De esta manera, el artículo admite la posibilidad de optar por una compensación económica para este tipo de daños. Sin embargo, para que se conceda una indemnización pecuniaria, debe estar debidamente justificada; esto es que la gravedad tanto del perjuicio sufrido como de la falta deben ser suficientes para fundamentar una reparación monetaria⁸³.

80 Demanda presentada por el actor Daniel Noboa Azín dentro del juicio n°. 09332-202011414, 11 de diciembre de 2020, pág. 27.

81 Bermeo, “La aplicación del principio *in re ipsa*”, 31.

82 Artículo 2232, CC.

83 Leonardo Coronel, “La cuantificación de daños morales: el correcto significado de la prudencia prescrita en el artículo 2232 del Código Civil ecuatoriano”, *USFQ Law Review* 9, n°. 2 (octubre de 2022): 97, <https://doi.org/10.18272/ulr.v9i2.2742>.

En la causa n°. 09332-2014-61574 se delimitan estos conceptos y permiten concretar los criterios que debe tomar en cuenta el juez para que, al valorar a su prudencia la cuantificación, esta no sea arbitraria. Por un lado, en relación con la gravedad de la falta, se precisó que “depende de la intencionalidad, ilegitimidad, ilegalidad, conciencia, continuidad, intensidad con que se la realice”, es decir, la forma y circunstancias en las que se ocasionaron el daño. Por otro lado, respecto de la gravedad del perjuicio, se estableció que “depende de varios factores como la intensidad, amplitud, continuidad, tiempo y sujeto receptor [están relacionados] en cuánto pueden afectar al damnificado”⁸⁴. En otros términos, la gravedad de la falta se refiere a qué se hizo y la gravedad del perjuicio sufrido es la medida en que ha afectado a la víctima.

Para la CNJ, en el caso *Noboa c. Mapfre*, el actor puede reclamar una indemnización pecuniaria por daños extrapatrimoniales porque se enmarca en el supuesto establecido en el artículo 2232 del CC. Es decir, hubo “gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”⁸⁵. La CNJ considera que la gravedad de la falta se demuestra en que “nadie puede acceder ilegítimamente a los datos personales de ninguna persona”⁸⁶. Incluso, la gravedad de la falta se ve evidenciada en la ilegalidad que esta conllevó. De hecho, es tal la gravedad que, como se mencionó previamente, los presuntos responsables enfrentan un proceso penal. La gravedad del perjuicio sufrido se refleja en la angustia e incertidumbre por la vulneración de la confidencialidad. Bajo esta consideración, se fundamenta que:

[Es] por demás justo ordenar indemnización por daño moral a favor del actor, en los términos del artículo 2232 del Código Civil que deja a prudencia del juzgador la determinación del valor de la indemnización **una vez justificada la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta** (énfasis añadido)⁸⁷.

La decisión de la CNJ respecto de la procedencia de una indemnización pecuniaria y de la cuantificación de daños fue apropiada en la medida en que se demostró el carácter extraordinario en la afectación del actor. El esfuerzo probatorio requerido de *Noboa* es mucho más estricto en lo relativo a la cuantificación que a la prueba del daño *per se*⁸⁸. En cuanto al primero, prevalece la discrecionalidad de las atribuciones judiciales —la prudencia mencionada en el artículo 2232 del CC—, lo que permite cierta flexibilidad en la determinación del monto.

84 Causa n°. 09332-2014-61574, Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil, 11 de abril de 2016, párr. 4.

85 Juicio n°. 09332-2020-11414, párr. 42.

86 Id., párr. 54.

87 Id.

88 Rosa Nérida Rey y Antonio Juan Rinessi, “La cuantificación del daño. Sus implicancias”, *Revista de Derecho de Daños*, n°. 1 (abril de 2001): 67.

En conclusión, si bien se cuestiona si el *in re ipsa* es suficiente como forma de probar el daño en el caso descrito, en lo que concierne a la cuantificación no cabe duda de que fue fundada y la CNJ tuvo una decisión acertada. La vulneración de los derechos constitucionales de privacidad, intimidad y protección de datos de carácter personal a todas luces se enmarcan en la gravedad del perjuicio y de la falta sufrida que exige el CC para ameritar indemnización pecuniaria.

5. CONCLUSIONES

La promulgación de la LOPD en Ecuador ha marcado un avance crucial en el esfuerzo del país por alinear su marco regulatorio con estándares internacionales, en particular con el RGPD de la Unión Europea. Este alineamiento no solo refuerza la protección de la privacidad y los derechos fundamentales de los individuos, sino que también estructura un sistema normativo robusto y coherente para la gestión de datos personales.

La LOPD define claramente los roles del Responsable y del Encargado en el tratamiento de datos, delineando sus obligaciones y responsabilidades, así como las consecuencias legales de su incumplimiento. De manera concreta, acerca de la figura del Responsable, se analizó la responsabilidad civil por culpa *in vigilando* y se determinó que esta institución es plenamente aplicable en el tema de protección de datos. En virtud de esta responsabilidad, los responsables tienen la obligación de emplear una supervisión que brinde la protección necesaria a los titulares de los datos. No basta con que se implementen capacitaciones o reglamentos para eximirse de la responsabilidad civil, pues la CNJ en el caso *Noboa c. Mapfre* ha concluido que estas medidas no son suficientes. En torno a la responsabilidad civil, se estableció la admisibilidad de la acción de reembolso en el supuesto en que el Responsable, producto de un tratamiento inadecuado de datos por parte de los terceros a su cargo de la normativa, haya pagado una indemnización.

Además, se discutió la naturaleza del daño derivado de la infracción de la normativa de protección de datos. Si bien el daño por antonomasia en esta materia sería el daño extrapatrimonial, no se desconoce que la naturaleza del daño podría cambiar dando lugar también a daños patrimoniales. Pese a esto, dado que el presente trabajo se centró únicamente en los daños extrapatrimoniales, se evaluó la aplicación del principio de *in re ipsa* para la demostración del daño moral y daño por afectación a los derechos de la personalidad. A pesar de que este principio facilita a los afectados la reclamación de indemnizaciones, la realidad es que no debería ser suficiente para probar los daños causados. La aplicación irreflexiva de este principio por parte de los juzgadores ha llevado a que se desvirtúe la función del derecho de daños y que se dé por probado el

daño en todos los casos en los que ha existido un hecho antijurídico. En lo que respecta a la cuantificación de daños, en el caso *Noboa c. Mapfre* se hace una valoración apropiada acerca de la gravedad del perjuicio y de la falta. Quedó demostrado que la gravedad se verifica en el acceso y uso ilegítimo de los datos personales y en el resultado dañoso que se produjo por esa acción antijurídica.

Por último, aunque Ecuador ha hecho significativos progresos en la protección de datos personales, la implementación práctica y la efectividad de las normas continúan siendo un desafío. La sentencia analizada representa un avance importante en esta materia, puesto que precisó el alcance de ciertas disposiciones de la LOPD y que son las que dan lugar a la responsabilidad civil. La sociedad ecuatoriana, especialmente los titulares de datos, debe estar consciente y preparada para ejercer sus derechos, mientras que las autoridades y entidades implicadas deben asegurar la integridad y la seguridad de los datos personales. Con el fortalecimiento continuo del marco legal y regulatorio, Ecuador se encamina a garantizar una protección efectiva de los datos personales, acorde con las exigencias de un mundo cada vez más digitalizado. Este trabajo pretende no solo destacar la importancia de un marco legal adecuado para la protección de datos en Ecuador, sino que también insta a una vigilancia constante y a la adaptación de las leyes a la evolución de las tecnologías y las prácticas internacionales.

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

La triple filiación como una posible implementación en Ecuador para reafirmar derechos humanos

Triple Parentage as a Possible Implementation in Ecuador to Reinforce Human Rights

MARTINA PEÑA FARÍAS*

Recibido / Received: 05/06/2023

Aceptado / Accepted: 25/08/2024

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3347>

Citación:

Peña Farías, M. “La triple filiación como una posible implementación en Ecuador para reafirmar derechos humanos”, *USFQ Law Review* vol. 11, no. 2, noviembre de 2024, <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3347>

* Voluntaria ACNUR en el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, Quito 170506, Pichincha, Ecuador.
Correo electrónico: alejamartina@hotmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0002-5502-9356>

RESUMEN

El trabajo explora la figura de la triple filiación y su relación con los derechos. Esto se realizó con base en un análisis de derecho comparado y de doctrina para analizar los fundamentos de esta figura y su aplicabilidad a distintos casos en relación con el derecho a la identidad, a la protección familiar y al principio de interés superior del niño. El trabajo concluyó que la triple filiación se basa en la voluntad procreacional y busca equiparar la realidad fáctica con la realidad legal, esto impacta de manera positiva la protección de los derechos del niño. Se encontró que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no brinda igual protección a todas las familias y que la implementación de esta figura equipara los derechos de las parejas que necesitan acudir a métodos de reproducción asistida. El trabajo también exploró las vías internas en el ordenamiento jurídico para lograr esta implementación a futuro.

PALABRAS CLAVE

Triple filiación; voluntad procreacional; interés superior del niño; identidad; derecho de familia

ABSTRACT

This paper explores the concept of triple parentage and its connection with human rights. This was achieved through a comparative law analysis and doctrinal study to analyze the foundations of this figure and its applicability to different cases in relation to the right to identity, family protection and the principle of the child's best interest. The study concluded that triple filiation is based on procreational will and seeks to equate the factual reality with the legal reality, which has a positive impact on the protection of children's rights to identity and family protection. It was found that the Ecuadorian legal system does not provide equal protection to all families and that implementing this concept equates the rights of couples who rely on assisted reproductive methods. This paper also explored domestic legal paths to achieve this implementation in the future.

KEYWORDS

Triple parentage; procreational intent; child's best interest; identity; family law

1. INTRODUCCIÓN

La filiación es el dispositivo jurídico que establece el vínculo jurídico entre los progenitores con sus hijos, es decir, permite establecer la maternidad o paternidad en el ámbito jurídico. A partir de esta determinación se establecen derechos y obligaciones entre las personas unidas filialmente y se fija el parentesco entre ellas, lo cual abre un abanico de posibilidades a nivel jurídico. La filiación es un derecho en sí y a su vez permite reafirmar el derecho a la identidad y a la familia.

En la actualidad muchas parejas (homosexuales y heterosexuales) no necesitan una unión sexual para procrear gracias a varios avances tecnológicos. Frente a los avances científicos sobre la reproducción humana, los ordenamientos jurídicos alrededor del mundo se han visto frente al desafío de readaptarse a la verdad social que envuelve a las familias modernas. De este modo se introdujo, en países como Argentina, la posibilidad de establecer una triple filiación. Este nuevo enfoque se considera independiente de las reglas tradicionales de filiación y aplica para parejas que recurren a técnicas de reproducción asistida, como la fertilización *in vitro* o la gestación subrogada, así como para otros casos en los que el niño identifica que tiene tres progenitores. La triple filiación allana el camino para la existencia de familias multi y pluriparentales, y además favorece el interés superior del niño que forma su vida alrededor de tres progenitores.

La experiencia normativa en países como Argentina ha colocado a los derechos humanos como columna vertebral de las nuevas estructuras legislativas alrededor del derecho de familia. Los casos fácticos presentados en Argentina pusieron en crisis a la legislación cotidiana y la obligaron a buscar soluciones diferentes, acogiendo así la triple filiación a favor del interés superior del niño en varios casos desde 2015¹.

Es evidente que el derecho de familia moderno es cada vez más complejo y dinámico a nivel individual y social. Por eso la familia estática representada en la mayoría de los códigos civiles ha sido readaptada por pequeños cambios constantes, que sin embargo aún no terminan de satisfacer los proyectos individuales de muchas personas. Estos desafíos culturales requieren que los sistemas legales se ajusten periódicamente para reformular sus reglas y disposiciones, por lo que es relevante evaluar la posibilidad de readecuaciones normativas en Ecuador relacionadas a nuevas estructuras familiares.

1 Marisa Herrera, "Constitucionalización/convencionalización del derecho de las familias: la experiencia del derecho argentino", en *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, eds. Nicolás Espejo Yaksic y Ana María Ibarra (Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019), 49-95.

En Ecuador la filiación se establece principalmente con base en la verdad biológica de acuerdo con la normativa del Código Civil. La Corte Constitucional del Ecuador (en adelante Corte), en sentencia del caso Satya², introdujo al sistema la posibilidad de establecer la filiación con base en la voluntad procreacional a partir de un caso de reproducción asistida. El análisis de la Corte permitió entender que la legislación actual no contempla a los núcleos de familiares homoparentales, en los que muchas veces la realidad biológica de las familias no corresponde con su realidad social. Es así como la normativa ecuatoriana actual no contempla las familias en sus diversos tipos porque se encuentra limitada por el enfoque biológico. Bajo esa premisa imposibilita inscribir una filiación que contradiga una ya existente³ y establece como un delito reconocer una maternidad o paternidad que no corresponde a un vínculo biológico⁴. A pesar de eso, eventualmente el ordenamiento tendrá que moldearse a los crecientes casos de reproducción asistida y a las necesidades de las familias ensambladas. Por eso es importante explorar la manera en que podrían introducirse figuras como la triple filiación y el impacto que tendría esto sobre los derechos a la identidad y a la familia de los niños involucrados.

La pregunta de investigación que se planteó en este trabajo es si es posible implementar la triple filiación en Ecuador como un mecanismo para reafirmar los derechos fundamentales. El trabajo se realizó con base en un análisis de derecho comparado y de la doctrina desarrollada respecto a la figura, en relación con la protección del derecho a la identidad y al interés superior del niño. La metodología que se utilizó a lo largo del trabajo fue deductiva, cualitativa y axiológica, se partió de principios como el interés superior del niño y la teoría de la voluntad procreacional para encontrar en específico el impacto de la figura sobre los derechos.

2. FAVORABILIDAD A LOS DERECHOS HUMANOS

2.1 LA VOLUNTAD PROCREACIONAL

La filiación es el dispositivo jurídico que establece el vínculo jurídico entre padre o madre con sus hijos. A partir de esta determinación se establecen derechos y obligaciones entre las personas unidas filialmente y se fija el parentesco entre ellas, la filiación es un derecho en sí y a su vez permite reafirmar el derecho a la identidad y a la familia. A los ordenamientos jurídicos les corresponde establecer las reglas para fijar la filiación a nivel legal, para lo cual se han establecido dos corrientes: la voluntad procreacional y la verdad biológica.

2 Sentencia 184-18-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de mayo de 2018.

3 Artículo 242 A, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 104 del 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez en R. O. 526 del 19 de junio de 2015.

4 Artículo 211, Código Orgánico Integral Penal [COIP], R. O. Suplemento 180 del 10 de febrero de 2014, reformado por última vez el 17 de febrero de 2021.

La triple filiación se desarrolla a partir de la teoría de la voluntad procreacional. Esta teoría sostiene que, al momento de determinar la filiación, es más importante analizar la existencia de lazos afectivos y de un proyecto parental común que de una correspondencia biológica entre los involucrados. Los factores biológico y volitivo no siempre coinciden, sobre todo en casos de parejas homoparentales, familias ensambladas o de parejas que acuden a métodos de reproducción asistida. Lo cual implica que las familias diversas no están contempladas en aquellas legislaciones que limitan sus reglas de filiación a la verdad biológica.

La triple filiación se fundamenta en la idea de que, si una familia decide incorporar un tercer vínculo filial en su proyecto parental, es porque aquello representa su realidad vivencial y sus lazos afectivos. Esto debería ser jurídicamente posible. Al respecto de un caso de triple filiación, Litardo et al. señalan que:

[L]a voluntad procreacional como fundamento del vínculo filiatorio se aparta de la lógica usual y causal de identidad biológica, genética y volitiva. En el caso en cuestión vemos como las tres variables se conjugan y entrecruzan de manera singular no en un binomio, sino en tres personas que expresan su fundada voluntad de ser madres y padre de su hijo⁵.

Se trata de casos en los que la filiación tiene como base elementos volitivos, sociales y afectivos que sobrepasan los vínculos genéticos. La teoría de la socioafectividad puede utilizarse para todos los hechos que originan la filiación, por eso puede ser aplicada tanto en casos de reproducción asistida como en casos donde una filiación que ya ha sido fijada por la verdad biológica es cuestionada. Así, Krasnow señala que es más fácil resolver casos de ausencia de nexo genético cuando existe el respaldo de vínculos afectivos preexistentes⁶. En ese sentido, se requiere evaluar todos los elementos que envuelven la realidad social de una familia para actuar en mejor interés del niño. La teoría de la voluntad procreacional y de la socioafectividad se basan en estructuras flexibles que parten del entendimiento de que las familias son intrínsecamente dinámicas.

La voluntad procreacional sostiene que la socioafectividad cumple el principio de igualdad porque comprende los mismos efectos de filiación para todos los hijos y al mismo tiempo garantiza el derecho de toda persona de acceder a un emplazamiento en el doble vínculo filial permitido⁷. Para Ordoñez, es a través de la negativa de filiación por prevalencia de la verdad biológica frente a la

5 Emiliano Litardo et al., “Múltiple filiación en Argentina: ampliando los límites del parentesco”, *Revista Boliviana de Derecho* n.º. 27 (2019): 384, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6812995>.

6 Adriana Krasnow, “La socioafectividad en el derecho de las familias argentino: su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista de Derecho Valdivia* 32, n.º. 1 (2019): 71-94, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502019000100071>.

7 Ibid.

voluntad procreacional donde se materializa la discriminación a las familias homoparentales y lesbomaternal. Se trata de casos de violencia estructural y negligencia estatal respecto al ejercicio de derechos básicos como la filiación⁸.

Desde esta teoría, la afectividad es la bisagra que deberá determinar decisiones judiciales en las que se discuten casos de emplazamiento de filiación. En ese sentido, resaltan sentencias argentinas en las que se dio preferencia al factor volitivo por sobre el componente biológico, porque al hacer un análisis individual de las situaciones particulares de cada caso se consideró que este factor protegía mejor el interés superior de los niños, su derecho a la identidad y su protección a la vida privada familiar. En estos casos, dichos derechos no hubieran estado resguardados de la misma manera si se hubieran seguido los límites de los vínculos biológicos⁹. Las soluciones brindadas por la teoría de la socioafectividad son más amplias y favorables para los derechos de los niños.

Para Femenía López el factor de la voluntad procreacional cobra especial importancia en casos de reproducción asistida:

[a]sí pues, el aspecto esencial para la atribución definitiva de la filiación derivada del acceso a TRA, cuando se usan gametos de donante, es la voluntad de las partes a un proyecto parental común, formalizada a través de los consentimientos exigidos legalmente. Con ello, el principio de verdad biológica se sitúa en un segundo plano, convirtiéndose el consentimiento en título autónomo de determinación de la filiación y único elemento configurador de la misma cuando no existe vínculo biológico entre el concebido mediante el recurso a TRA y la persona que consiente a su filiación. La expresión de la voluntad a través de un consentimiento formal incorpora, además, mayores garantías de seguridad jurídica, puesto que facilita la prueba¹⁰.

Para el autor la prevalencia del factor volitivo conlleva incluso mayores garantías a la seguridad jurídica para los involucrados porque implica la existencia de una expresión de voluntad previa. Esto, a su vez, puede entenderse como lo más favorable al interés superior del niño y sus derechos de identidad y familia.

Para Ordoñez la familia se debe entender como una comunidad de personas conformadas por la voluntad de permanencia y ayuda mutua, lo cual implica entender la familia como un concepto no estático sujeto a las transformaciones

8 Alehlí Ordoñez, "La voluntad procreacional, origen de la filiación en la familia homoparental-lesbomaternal y los límites a la verdad biológica", en *Los derechos de la diversidad sexual: un diálogo entre la Suprema Corte, la academia y la sociedad civil*, coord. Alejandra Martínez (Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021), 95-143.

9 Mariana de Lorenzi y María de los Ángeles Nicosia, "Socioafectividad familiar e interés de niñas/os y adolescente: entrelazando afectos y derechos", *Revista Argumentos*, n.º. 15 (2022): 100-30, <https://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/index.php/primera/article/view/285>.

10 Pedro Femenía López, *La determinación de la filiación en interés del menor: turismo reproductivo y nuevos modelos de familia* (Madrid: Dykinson, 2019), 73.

de la sociedad¹¹. Esta noción de familia requiere de parámetros más flexibles que la genética para establecer el parentesco entre padres e hijos y requiere de la adaptación de las normas de filiación de manera que se garanticen los derechos de las familias en sus diversidades.

Es importante señalar que las soluciones propuestas por la teoría de la voluntad procreacional buscan ser compatibles con el derecho a la identidad. Así, son necesarios mecanismos que impidan la inscripción de filiación a quienes pretendan validar medios ilícitos bajo el nombre de la socioafectividad. Estos mecanismos deben proteger de adopciones ilegales o de la obtención ilícita de niños provenientes de la trata infantil. En ese sentido, es necesario recalcar que la previsión legal de la socioafectividad no exime del análisis concreto de cada caso, en el que se verifique el principio rector del interés superior del niño para brindar a cada situación un correcto encuadre jurídico que, sobre todo, resguarde los derechos del niño a su identidad y protección familiar¹².

Este análisis en concreto implica la verificación de un vínculo real que se sostiene en la presencia de experiencias conjuntas a lo largo del tiempo que reflejan un lazo familiar verdadero que no puede ser invisibilizado por la norma vigente que no ha sido readeuada, y que tampoco puede resultar de medios ilícitos. A esto se suma la importancia de escuchar al niño y priorizar su autodeterminación con el objetivo de verificar que efectivamente existe una relación paternofilial socioafectiva merecedora de reconocimiento legal¹³. Es así como la socioafectividad y la voluntad procreacional no dejan de lado la responsabilidad del Estado permanente de tutelar los derechos del niño de acuerdo con su interés superior.

El reconocimiento de la filiación es indispensable para que parejas puedan realizar su proyecto de vida familiar. La verdad biológica es un enfoque que resulta limitante para familias no tradicionales. A manera de consecuencia, la negación de establecer vínculos filiales por prevalencia de la verdad biológica se traduce en un trato discriminatorio hacia aquellas familias que se forman sin una unión sexual¹⁴. Se trata de un trato preferencial institucionalizado muchas veces en la norma jurídica que favorece solo a ciertas familias.

2.2 EL DERECHO A LA IDENTIDAD Y A LA FAMILIA EN RELACIÓN CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La Convención sobre los Derechos del Niño establece los siguientes como elementos comprendidos en el derecho a la identidad: el conocimiento de

11 Ordoñez, "La voluntad procreacional", 114.

12 De Lorenzi y Nicosia, "Socioafectividad familiar e interés de niñas/os y adolescentes".

13 Ibid.

14 Ordoñez, "La voluntad procreacional".

los padres, la convivencia con ellos y las relaciones familiares sin injerencias ilícitas¹⁵. Este derecho tiene fundamento en la dignidad humana y pertenece a todas las personas. Los Estados tienen la obligación de realizar todos los esfuerzos para garantizarlo de forma progresiva en la medida de los recursos que dispone.

La doctrina, en general, sostiene que este derecho mantiene una doble dimensión: estática y dinámica. La identidad en su dimensión estática se constituye por los datos físicos de una persona, como su nombre y número de cédula. Por otra parte, la identidad dinámica responde a las relaciones sociales que una persona genera a lo largo de su vida, es decir, implica su historia personal, sus esquemas sociales y culturales¹⁶.

La identidad entonces se construye con base en múltiples factores psicológicos y sociales, entre los que se puede destacar la identidad filiatoria. Por ende, es fundamental para la construcción de la identidad del ser humano lo relacionado con su seno familiar y aquello no se agota en lo biológico, sino que se sustenta en experiencias vivenciales. En esa línea, Etcheberry señala que:

En materia de filiación no existe una única verdad, sino múltiples verdades: la afectiva (verdadero padre o madre es el que ama); la biológica (los lazos sagrados); la sociológica (posesión de estado); la volitiva (para ser padre o madre es necesario quererlo) y la del tiempo (cada nuevo día refuerza el vínculo)¹⁷.

El derecho a la identidad está ligado a la individualidad y a la vida privada de las personas. Este se desarrolla de forma particular en relación con los vínculos familiares y sociales de cada persona, por lo que, si bien no es un derecho exclusivo de niños y niñas, cobra una importancia especial durante la niñez porque es el período en el que el entendimiento del plano familiar se consolida¹⁸.

Por ende, el derecho a la identidad a su vez está entrelazado con el derecho a la protección familiar que también está consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁹ y del cual incluso se habla en el preámbulo de la misma convención como medio para garantizar el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de los niños. Ambos derechos deben ejercerse en función del

15 Artículos 7 y 8, Convención sobre los Derechos del Niño, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, ratificada por Ecuador el 2 de septiembre 1990.

16 Leonor Etcheberry Court, "La constitucionalización del derecho de familia en Chile: una mirada a través del derecho a la identidad", en *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, eds. Nicolás Espejo Yaksic y Ana Ibarra (Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019), 191-229.

17 Ibid., 222.

18 Sofía del Carmen Treviño Fernández y Karla Ripoll Miranda, *Filiación: mantenimiento de relaciones familiares y derecho a la identidad* (Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022), https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2022-06/CJ%20DyF_11_FILIACION%20con%20catalogacion%20e%20ISBN.pdf.

19 Artículos 9 y 10, Convención sobre los Derechos del Niño.

principio de no discriminación consagrado en la misma convención y que resulta transversal para el ejercicio de todos los derechos²⁰. Negar entonces el emplazamiento filial de un niño constituye una vulneración a su derecho a la identidad y a la protección familiar que le corresponde e, incluso, representa un trato discriminatorio.

La identidad filiatoria de los niños debe determinarse en armonía con el principio de interés superior del niño. Este principio tiene carácter internacional y ha sido desarrollado por el Comité de los Derechos del Niño en una observación general, en la que se especifica su alcance y contenido²¹. Se trata de un concepto complejo y flexible, cuyo contenido debe determinarse caso por caso, pues es interpretable de forma individual a la situación concreta de cada niño²². Este principio se entiende obligatorio en todo momento dado que es un derecho sustantivo, una norma de procedimiento, y debe ser utilizado incluso en el ejercicio interpretativo de normas²³. Su objetivo eje es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos del niño y adolescente. Para determinar cuál es la decisión más acorde con este principio es fundamental examinar en cada caso los siguientes elementos: escuchar la opinión del niño; analizar su identidad; procurar la preservación del entorno familiar más favorable a sus derechos; garantizar su cuidado, protección y seguridad; observar situaciones de vulnerabilidad; garantizar su salud y educación²⁴.

Se puede concluir que los casos conflictivos o novedosos respecto a la identidad filiatoria de un niño requieren entonces de un análisis individual en el que se abarque de forma especial la opinión del niño y se consideren todos los elementos que configuran su identidad. En varios ordenamientos jurídicos se ha pretendido limitar el derecho a la identidad del niño al conocimiento de su identidad biológica. Esto supone una violación al interés superior del niño, pues la identidad no se satisface exclusivamente en el conocimiento de lo genético, sino que aborda también aspectos sociales y afectivos mucho más complicados relacionados con la autopercepción²⁵.

Existen casos en los que se ha resuelto dejar en segundo plano el derecho a la identidad y subordinarlo al derecho a la protección familiar. Esto se fundamenta en la idea de que la protección familiar implica mantener a un niño dentro de su familia biológica, porque supuestamente aquello atiende de mejor manera los derechos de los niños en general²⁶. Estos razonamientos incurren en

20 Id., artículo 2.

21 Observación general N°. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, 29 de mayo de 2013.

22 Litardo et al., "Múltiple filiación en Argentina".

23 Belén Aguinaga et al., *Manual de derechos sexuales y reproductivos para operadores de justicia* (Quito: Editora Jurídica Cevallos, 2020), 62.

24 Observación general N°. 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, 29 de mayo de 2013.

25 Treviño Fernández y Ripoll Miranda, *Filiación: mantenimiento de relaciones familiares y derecho a la identidad*.

26 Ibid.

el mismo error: no analizan de manera individual el interés superior del niño, sino que lo someten a reglas preestablecidas sin considerar las particularidades de su situación, ni su autopercepción en relación con su familia.

En este sentido, es importante señalar que los niños no deben comprenderse como adultos incompletos, pues no son seres que aún no poseen las competencias y capacidades que caracterizan a los seres humanos. Los niños son agentes sociales que dan forma a sus propias circunstancias, a la vez que son influenciados por instituciones como la familia y la escuela²⁷.

El objetivo de figuras como la triple filiación es el reconocimiento legal de situaciones fácticas ya consolidadas porque aquello vela por la tutela efectiva de los derechos a la identidad y a la protección familiar, y eso a su vez representa de mejor manera el interés superior del niño. Por lo tanto, es fundamental mantener un balance entre los derechos a la identidad y a la protección familiar en virtud siempre del interés superior del niño.

2.3 CASOS EN LOS QUE LA TRIPLE FILIACIÓN RESULTA FAVORABLE A LOS DERECHOS DEL NIÑO

La triple filiación en concreto se ha mostrado como la figura más favorable para el interés superior del niño en casos en los que el niño forma su identidad alrededor de tres vínculos filiales. Estos escenarios ponen en crisis el principio del binarismo filial contenido en la mayoría de ordenamientos jurídicos que establecen que un niño puede tener solo dos vínculos filiales. Se trata de situaciones fácticas en las que, con fundamento en la voluntad procreacional y la autonomía de la voluntad, por distintas razones de la esfera personal de las familias, existen tres personas que el niño identifica como progenitores.

Estos casos se han presentado alrededor de todo el mundo en núcleos familiares diversos y han incrementado a partir del aumento del uso de las nuevas tecnologías de reproducción asistida. Un ejemplo sencillo para justificar la necesidad de la triple filiación es cuando una pareja utiliza un método de reproducción asistida, como la fertilización *in vitro* o la maternidad subrogada, pues son procesos en los que intervienen más de dos personas. En estas situaciones, la pareja puede decidir en su proyecto parental que esta tercera persona sea parte de la vida y crianza del hijo que esperan.

Estos tres vínculos filiales quedarían fundamentados bajo el principio de voluntad procreacional, a la vez, después de nacido, el niño formaría su identidad alrededor de sus tres progenitores, lo cual implica que es en su mejor interés

²⁷ Nicolás Espejo Yaksic, "La constitucionalización del derecho familiar", en *La constitucionalización del derecho de familia: perspectivas comparadas*, eds. Nicolás Espejo Yaksic y Ana Ibarra (Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019), 4-47.

que el ordenamiento reconozca que existe un vínculo filial con los tres y no solo con dos. Así, la triple filiación abre la puerta a familias pluriparentales, la importancia de la flexibilidad de esta figura es equiparar la realidad familiar con la realidad legal desde el entendimiento de que aquella protección jurídica brinda protección a los derechos de todos los involucrados. Pues la filiación es un derecho en sí que, a su vez, se relaciona con muchos otros derechos como herencia, alimentos y tenencia. Negar estos derechos a uno de los progenitores de manera indiscriminada afecta tanto al niño como al progenitor que queda desamparado por el ordenamiento, constituye un trato discriminatorio a uno de los progenitores y, a su vez, implica una discriminación general a las familias pluriparentales.

Al respecto, Bladilo señala casos en Argentina que han servido como excepciones para la regla de doble vínculo filial que colocaron en tensión las estructuras de derecho tradicional contenidas en el ordenamiento. Estos casos han obligado a jueces a llevar a cabo un análisis individual respecto de las situaciones fácticas particulares de cada familia y frente a las solicitudes de tres progenitores han resuelto a favor del reconocimiento de la triple filiación, dando paso a la correspondiente inscripción en la partida de nacimiento de los niños, con base en la voluntad y el deseo de crear una familia de los solicitantes²⁸.

La autora narra el caso de una mujer que junto a su mejor amigo y la pareja de este decidieron tener un hijo los tres juntos mediante inseminación intrauterina. Los tres protocolizaron su consentimiento informado para llevar adelante su proyecto pluriparental, pero al momento de inscribir a su hija solo podían inscribir a la niña con dos progenitores. La mujer no tenía dificultades por ser quien dio a luz a la niña y su filiación quedó determinada por ese hecho, pero los padres se veían enfrentados a elegir a uno de ellos para la inscripción, sin ningún criterio de por medio, pues debían darle a una de sus voluntades más peso que a otra²⁹.

La jueza que resolvió este caso decidió a favor de la triple filiación, tras analizar que era lo más favorable para el interés superior de la niña, pues observó que la niña crece en un entorno creado para su existencia, en el marco de un proyecto familiar en el que ocupa un lugar como hija y que mantiene lazos afectivos con sus dos padres tanto como con su madre. Así se analizó que la niña tiene vínculos afectivos con los tres y que no reconocer a uno sería una vulneración de derechos y un trato discriminatorio³⁰.

Estos ejemplos responden a una necesidad de readaptar el ordenamiento

28 Agustina Bladilo, "Familias pluriparentales en la Argentina: donde tres o más no son multitud", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. 38 (2018): 135-58, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7007364>.

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*, 151.

jurídico, pues muchos ordenamientos están limitados por una concepción estática de la familia. La idea es que, conforme la sociedad se vuelve más compleja, los sistemas legales se ajusten periódicamente para satisfacer las necesidades y proyectos individuales de las personas³¹. En un sistema en el que se mantiene la tutela de derechos humanos como columna vertebral, se debe buscar armonizar las normas para favorecerlos.

3. LA TRIPLE FILIACIÓN

3.1 PLURICRIANZA Y MULTIPARENTALIDAD

La figura de la triple filiación busca dar lugar a las familias multiparentales. Cabe la aclaración de que triple filiación no es sinónimo de pluriparentalidad, se trata más bien de una relación en la que pluriparentalidad sería el género y la triple filiación, una de sus especies³². La triple filiación busca ser el mecanismo para visibilizar en el plano jurídico la realidad vivencial de estas familias.

Las familias pluriparentales pueden conformarse de manera originaria previo al nacimiento del niño por la voluntad procreacional de los progenitores, quienes disponen crear un plan parental entre tres o más personas, o pueden conformarse después de nacido el niño (familias ensambladas). En estas familias, a su vez, puede existir o no una relación afectiva entre los adultos, lo cual podría implicar una relación conocida como poliamorosa³³.

La pluriparentalidad y pluricrianza tiene fundamento en la voluntad procreacional y en la socioafectividad, pero aquello no significa que el plan parental de las familias actuales no tenga límites en relación con la determinación de su filiación. El establecimiento de vínculos filiales en familias multiparentales continúa teniendo sus reglas. Su principal límite siempre será el interés superior del niño. De manera más concreta, la autonomía de la voluntad siempre va a estar limitada en cierto nivel por los intereses del bienestar social común. Así, no sería posible admitir un acuerdo de filiación en el que existan cinco progenitores, porque aquello no es congruente con que exista una verdadera repartición de deberes de cuidado y crianza sobre un niño³⁴. Considerando que los vínculos filiales generan deberes y derechos, la triple filiación se puede limitar en los principios de responsabilidad y solidaridad familiar; de este modo, países como Canadá han creado reglamentos específicos sobre las reglas que rigen a la aplicación de esta figura³⁵.

31 Espejo Yaksic, "La constitucionalización del derecho familiar".

32 Marisa Herrera, "Responsabilidades parentales en plural: conflictos contemporáneos en la relación entre progenitores e hijos", en *La responsabilidad parental en el derecho: una mirada comparada*, ed. Nicolás Espejo Yaksic (Ciudad de México: Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021), 591-643.

33 Bladilo, "Familias pluriparentales en la Argentina", 137.

34 Herrera, "Responsabilidades parentales en plural", 627.

35 Ibid.

Cabe señalar también que las familias multiparentales no se tratan de ejercicios de mera convivencia, sino de vínculos consolidados en roles de paternidad o maternidad, en los que no necesariamente debe existir una convivencia entre todos, sino la existencia de lazos afectivos con el niño. En ese sentido, la triple filiación no busca ser una manera de evadir responsabilidad parental, al contrario, pretende hacer efectivas las obligaciones derivadas de la filiación, brindando la posibilidad de exigir jurídicamente los derechos que le corresponden a todos los integrantes de una familia en la que existen tres personas que se identifican como progenitores.

Las familias pluriparentales son familias que rompen los esquemas tradicionales de un núcleo familiar formulado por una pareja heterosexual. Históricamente, estas familias no han sido contempladas por el ordenamiento jurídico y conforme se reconocen sus derechos humanos requieren de cambios legislativos que favorezcan el ejercicio de sus derechos³⁶. Es fundamental poder practicar el derecho a la filiación para ejercer un proyecto de vida sin discriminación. Así, la sentencia *Atala Riffo y Niñas c. Chile* plantea la importancia de respetar el principio de igualdad entre las distintas formas de familia en armonía con el interés superior del niño. En este caso la corte determinó que no se puede pretender usar el interés superior del niño para justificar un trato discriminatorio hacia la pareja homosexual³⁷. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, por lo que su protección es aplicable a todos los formatos de familia y no solo a la tradicional³⁸.

3.2 TRIPLE FILIACIÓN POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, POR ADOPCIÓN Y POR NATURALEZA

La triple filiación es una figura aplicable para las tres fuentes que dan origen al emplazamiento de la filiación: filiación por naturaleza, filiación adoptiva y filiación derivada de técnicas de reproducción asistida. Vale señalar que existen casos en los que la triple filiación es originaria desde el nacimiento y otros en los que es derivada.

La filiación por naturaleza se refiere a situaciones en las que los vínculos filiales han sido ya determinados por la teoría de la verdad biológica. Incluso en estos escenarios, la figura de triple filiación resulta útil, por ejemplo, en situaciones en las que existe una tercera persona que ha cuidado del niño o

³⁶ Ordoñez, "Los derechos de la diversidad sexual".

³⁷ *Atala Riffo c. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de febrero de 2012, párr. 110.

³⁸ Espejo Yaksic, "La constitucionalización del derecho familiar".

niña tanto como sus progenitores biológicos. Estos casos abarcan a las familias ensambladas: aquellas que se generan a partir de los lazos afectivos formados por los padres después de un divorcio o separación y la conformación de sus nuevas parejas, introduciendo a la vida de los niños figuras como padrastros o madrastras.

Estas terceras personas pueden jugar un rol tan importante en la vida de un niño como el de su propio progenitor. Bajo la regla de doble vínculo filial, incluirlo en la inscripción legal del niño implicaría impugnar la filiación de uno de los padres del niño probando la ausencia de vínculo genético para desplazar el vínculo que no tenga correspondencia biológica³⁹. Esto no necesariamente tutela el bienestar del niño, quien puede tener, por ejemplo, una relación más importante con su padrastro que con su padre, con quien mantiene un vínculo meramente biológico. Frente a situaciones, la triple filiación también se plantea como una solución aplicable cuando se busca emplazar una nueva filiación sin tener que desplazar la anterior.

Por otro lado, la filiación adoptiva se refiere a situaciones en las que la filiación se fija por adopción. La triple filiación se vuelve aplicable cuando se busca sumar una tercera persona a una solicitud de adopción. Por ejemplo:

[e]l Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 3.^a Nominación de la ciudad de Córdoba hace lugar a un pedido de adopción incoado por tres personas, una mujer y sus dos maridos, el actual y el anterior, siendo que ambos habían forjado un vínculo afectivo sólido con la niña que se pretende adoptar⁴⁰.

En otros casos, pueden también sumarse vínculos de origen y vínculos adoptivos configurando así situaciones de triple filiación, también caben situaciones en las que se pretenda ampliar una sentencia en la que ya se fijó la adopción para sumar a la inscripción un progenitor.

Dentro de las solicitudes de adopción es común que en el tiempo de proceso y formalización de la adopción el niño crezca y adquiera un mayor grado de madurez, lo cual permite que exprese su voluntad de que el plano jurídico coincida con el afectivo⁴¹. Es así que todas las voluntades coinciden en armonizar la realidad social con la jurídica, se trata de casos en los que se busca sumar afectos sin restar a las obligaciones derivadas de la responsabilidad parental.

La última manera de establecer la filiación es a partir de las técnicas de reproducción asistida, y esta, a su vez, puede abarcar prácticas médicas como

39 Krasnow, "La socioafectividad en el derecho de las familias argentino".

40 Herrera, "Responsabilidades parentales en plural", 619.

41 Ibid.

prácticas caseras. Actualmente, muchos niños nacen como producto del uso de estas técnicas, entre ellas se destacan la fertilización *in vitro* o la gestación subrogada. Es así como en la actualidad muchas parejas homosexuales y heterosexuales no necesitan mantener una unión sexual para procrear.

Estas técnicas pueden utilizar material genético de la propia pareja cuyo plan es ser progenitores o pueden utilizar material genético de un tercero donante. Como consecuencia de esto no siempre hay un respaldo genético que coincida con la verdad volitiva y afectiva en estos casos. La triple filiación se vuelve apropiada en aquellos casos en los que el tercero también tiene la misma voluntad de ser progenitor y no un mero donante, configurando entre tres un plan parental que va más allá de la reproducción. Para Krasnow se trata de casos en los que el consentimiento previo, informado y libre es fundamental, porque se trata de escenarios en los que se expresa la voluntad procreacional de quienes buscan ser progenitores⁴².

Un ejemplo así es un caso presentado en Argentina, en el que una pareja de dos mujeres que, junto a un amigo, recurren a una técnica de reproducción asistida de práctica casera, los tres expresan desde el inicio su voluntad de desempeñar roles parentales respecto al niño o niña que naciera. Cuando nace el niño la filiación se determinó a favor de las dos madres, una de ellas por ser quien dio a luz y la otra por aplicación de la presunción de filiación matrimonial. Por lo que después se reclamó el reconocimiento legal respecto al hombre quien había aportado su material genético⁴³. En este caso se resolvió a favor de la triple filiación porque se determinó que aquello era lo más favorable para el bienestar del niño. En los casos de reproducción asistida, negar la triple filiación implicaría también desligar a uno de los progenitores de la responsabilidad que voluntariamente asumieron, lo cual es una vulneración a sus derechos derivados de la autonomía de la voluntad.

3. 3 IMPLEMENTACIÓN DE LA FIGURA EN OTROS PAÍSES

La adecuación normativa que requieren casos novedosos aplicables a la triple filiación se ha abordado de diferentes maneras. En Argentina la figura se ha discutido ampliamente en sede judicial, permitiendo su aplicación como excepción a la regla del Código Civil que plantea el binarismo filial⁴⁴. Los primeros dos casos en Argentina se presentaron en 2015, se introdujeron en sede administrativa por medio del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y trataban de casos de reproducción asistida. Al ser luego remitidos y analizados por un juez se resolvió reconocer la triple filiación con base en

42 Krasnow, "La socioafectividad en el derecho de las familias argentino".

43 Herrera, "Responsabilidades parentales en plural".

44 Artículo 558, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, 8 de octubre de 2014.

los argumentos de voluntad procreacional e interés superior del niño⁴⁵. Desde entonces se continuaron presentando demandas de reconocimiento de filiación en casos similares o con diferentes orígenes filiatorios y en su mayoría recibieron una resolución favorable al reconocimiento del tercer progenitor.

La jurisprudencia desarrollada en Argentina al respecto es amplia y favorecedora a la aplicación de la figura en relación con los derechos⁴⁶. Pero se sigue planteando la triple filiación como una excepción a la regla general contenida en el Código Civil, por lo que las expectativas están en una adecuación de este cuerpo normativo para que aborde la figura como tal.

En Canadá, en cambio, desde 2011 se aprobó la *Family Law Act* para Columbia Británica. Esta ley realizó varios cambios a la legislación del derecho familiar. Entre esos cambios se introdujo la pluriparentalidad y se reguló la triple filiación. Esta es la primera legislación en el mundo que incorpora esta figura dentro del ordenamiento jurídico⁴⁷. Esta norma regula, entre otras cosas, que el parentesco puede establecerse por la verdad biológica tanto como por la voluntad procreacional y regula cómo deben formularse los acuerdos que rigen la reproducción asistida y su respectivo emplazamiento de filiación. La norma busca regular la aplicación de esta figura en el mejor interés de los niños y mantiene como eje central el principio de igualdad para las familias en sus diversos tipos. Contempla filiación por técnicas de reproducción asistida y por adopción, pero no abarca en sus reglas el supuesto de que un niño pudiera ser concebido mediante relaciones sexuales y al mismo tiempo tener más de dos padres⁴⁸.

Por otra parte, en California, Estados Unidos, la viabilidad de la triple filiación se evalúa en los tribunales en función de las necesidades funcionales, económicas y psicológicas del niño. Así, se ha fallado a favor de la triple filiación en aquellos casos en los que se determinó que sería perjudicial para el niño negarle a una de las personas que identifica como padre o madre el reconocimiento legal que solicita⁴⁹.

Brasil introdujo también la triple filiación en su ordenamiento a través de la sentencia de un caso emblemático que luego fue precedente para casos posteriores. La sentencia es interesante porque discute el “derecho a buscar la felicidad”, que alude a que es el derecho el que debe amoldarse a las voluntades y necesidades de las personas y no al revés, y sostiene en ese sentido que

45 Bladilo, “Familias pluriparentales en la Argentina”.

46 Ver, Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia, Ministerio Público de la Defensa, “La triple filiación en la jurisprudencia argentina”, Boletín de Jurisprudencia, 2022.

47 Juan David Jaramillo Manzano, “La poligamia y la pluriparentalidad en los distintos ordenamientos jurídicos: un análisis comparado para incentivar la discusión sobre la familia plural”, *Revista Trans-pasando Fronteras*, n.º. 19 (2022), 30-65, <https://doi.org/10.18046/retf.i19.5379>.

48 Ibid.

49 Ibid.

garantizar la dignidad humana requiere superar los obstáculos impuestos por los sistemas legales para las familias pluriparentales⁵⁰.

En esta sentencia de Brasil también se hace un análisis respecto de la jerarquización de familias y su ilicitud, por lo que concluye que los vínculos socioafectivos están en igual categoría jerárquica que los vínculos biológicos, eliminando la posibilidad de otorgarle más peso legal a los vínculos establecidos por correspondencia genética⁵¹. Estos aportes son importantes porque brindan nuevos elementos a la discusión y resaltan la importancia de considerar esta figura por su impacto en los derechos de las familias diversas.

Considerar cómo otros países regulan y tutelan derechos en estos casos que rompen los parámetros de la familia tradicional es clave para allanar el camino de la triple filiación en otros ordenamientos jurídicos, lo que facilitaría el camino para que muchas personas puedan satisfacer sus proyectos individuales. Readecuar los sistemas normativos evitaría incluso casos de desplazamiento en los que familias se ven obligadas a migrar para conseguir una tutela adecuada de sus derechos, ya que la negativa de una inscripción de filiación se traduce muchas veces en una discriminación.

4. IMPLEMENTACIÓN EN ECUADOR

4.1 LA FILIACIÓN DESDE LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

La legislación ecuatoriana regula el emplazamiento filial en su Código Civil. En él se señala que la paternidad y maternidad se establecen si una persona ha sido concebida dentro del matrimonio o una unión de hecho, y en los casos en que no haya un vínculo matrimonial la filiación puede establecerse por un reconocimiento voluntario declarando implícitamente que existe una relación biológica. Alternativamente, la filiación puede ser declarada judicialmente después de llevar a cabo pruebas de correspondencia genética⁵². De esto es claro que la normativa ecuatoriana establece que la filiación está determinada principalmente por la realidad biológica. El Código Civil no contempla casos de reproducción asistida, por lo que existe un vacío legal referente a estos casos.

A esto se suma que este cuerpo normativo contempla una regla que contiene la prohibición de reconocer voluntariamente una filiación que contradiga a otra ya existente, el Código señala que estos reconocimientos serían simplemente nulos⁵³. Esto se traduce de cierta manera en una regla de binarismo

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Jaramillo Manzano, "La poligamia y la pluriparentalidad en los distintos ordenamientos jurídicos".

⁵² Artículos 24 y 258, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 104 del 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez en R. O. 526 del 19 de junio de 2015.

⁵³ Artículo 242A, CC.

filial porque indica que una persona no podría reconocer jurídicamente a un hijo con quien mantiene todos los lazos afectivos sin impugnar y desplazar otro de sus vínculos filiales, para lo cual debería probar la inexistencia de correspondencia biológica en el vínculo ya inscrito⁵⁴. Sin embargo, este artículo no prohíbe explícitamente la existencia de más de un vínculo filial, dejando un espacio para discutir la posibilidad de admitir tres vínculos.

Es claro que existe una falta de normativa en el sistema jurídico ecuatoriano actual para brindar protección jurídica a las familias en sus diversos tipos, a pesar de que la Constitución como norma superior establece que se reconoce a la familia en sus diversos tipos y que se deben garantizar condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines⁵⁵. La falta de figuras como la triple filiación y la prevalencia de la realidad biológica contenida en el ordenamiento es un obstáculo en la protección eficaz y el trato igualitario de las familias que no encajan en el concepto tradicional de la misma. Esto finalmente configura una afectación a los derechos de identidad y protección familiar de los niños miembros de estas familias.

El derecho a la identidad, a la protección familiar y el principio de interés superior de los niños están reconocidos en la Constitución⁵⁶ y en el Código de la Niñez y Adolescencia⁵⁷, son preceptos fundamentales que derivan de la dignidad humana. Sin embargo, es necesaria una adecuación normativa que haga realmente efectivos esos derechos porque actualmente el ordenamiento jurídico no satisface los proyectos individuales de todas las familias ni las trata con igualdad.

En Ecuador existe el precedente jurisprudencial del caso Satya, que fue resuelto por la Corte Constitucional y trata de una familia lesbomaternal que concibió una niña a través de inseminación artificial. Al momento de inscribir a la niña, el Registro Civil solo permitió la inscripción de la maternidad de una de las madres por ser quien dio a luz. La Corte en esta acción extraordinaria de protección resolvió a favor de inscribir a la niña con sus dos madres como progenitoras⁵⁸. A pesar de no tratarse de un caso de triple filiación sí abrió la puerta a familias homoparentales desde el análisis de establecer la filiación con base en el factor de voluntad procreacional cuando no existe correspondencia biológica. La Corte resolvió que negarle la inscripción a la niña con sus dos madres la colocaba en una situación de vulnerabilidad y constituye una vulneración a su derecho a la identidad. Los aportes de esta sentencia también mencionan que el Código Civil solo contempla uniones heterosexuales, por

54 Artículo 258, CC.

55 Artículo 67, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 del 15 de febrero de 2018.

56 Artículos 44, 45, 66.28 y 69, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

57 Artículos 11, 22, 33 y 36, Código de la Niñez y Adolescencia.

58 Sentencia 184-18-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de mayo de 2018, pág. 87.

lo que no se adapta a la realidad fáctica de muchas familias y como consecuencia aquellas normas no cumplen con el eje transversal de igualdad y no discriminación⁵⁹.

El caso Satya pone en la palestra pública la discusión de la existencia de tres aspectos jurídicos para determinar la filiación: la verdad biológica, la asignación legal en estricto sentido y la voluntad procreacional. Esto es un buen punto de partida para contemplar figuras como la triple filiación cuyo principal fundamento gira en torno a los mismos razonamientos adoptados por la Corte.

4.2 VÍA NORMATIVA IDÓNEA PARA INTRODUCIR ESTA FIGURA EN ECUADOR

En Ecuador, el precedente constitucional del caso Satya estableció la posibilidad de fijar la filiación con base en la voluntad procreacional, sin embargo, no se ha adecuado el ordenamiento jurídico para abarcar este supuesto, lo cual de cierta manera genera inseguridad jurídica. Modificar el ordenamiento para respaldar la voluntad procreacional en una norma equipararía los derechos de distintas familias y, a su vez, allanaría el camino para introducir figuras como la triple filiación.

Perseguir la implementación de la figura de la triple filiación en Ecuador supone encontrar la vía legal idónea para aquello. Es así como, con base en el análisis comparado de cómo se ha regulado esta figura en otros ordenamientos jurídicos, es claro que existen dos caminos para regular la triple filiación: por un lado, existe la opción de implementar la figura a través de una ley y, por otro, la posibilidad de introducirla a través de jurisprudencia con un caso destacado.

La primera opción requiere de un proyecto legislativo, que puede girar en torno a reformar o sustituir el Código de la Niñez y Adolescencia, como sucedió en Canadá. Esta opción implica poder darle mejor uso a la figura porque se puede regular normativamente su aplicación de forma detallada y desde el principio de interés superior de los niños. Presentar un proyecto de ley implica tener el respaldo de por lo menos el 0,25 % de la ciudadanía inscrita en el padrón electoral nacional, este es aprobado en dos debates y puede ser objetado total o parcialmente por el presidente⁶⁰. Un proyecto de ley puede brindar una solución más completa considerando la falta de normas sobre el uso de técnicas de reproducción asistida y, en general, la falta de consideración del ordenamiento jurídico respecto a esta figura.

59 Sentencia 184-18-SEP, CC, 55, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de mayo de 2018, pág. 55.

60 Artículos 134 y 137, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

En la vía constitucional ecuatoriana existe también la posibilidad de plantear una acción pública de inconstitucionalidad, este camino permite que en abstracto se solicite que la Corte Constitucional revise la constitucionalidad de cualquier norma infraconstitucional⁶¹. Para facilitar la implementación de la triple filiación se podría plantear una acción de este tipo respecto del artículo que establece la regla de binarismo filial⁶² por ser contraria a los derechos reconocidos en la Constitución.

La segunda opción tiene a su vez varios caminos, pues a partir de un caso de litigio estratégico se puede plantear una acción de protección alegando la vulneración de los derechos a la identidad, al interés superior del niño y a la protección familiar tras recibir una negativa de inscripción de los tres vínculos filiales en el Registro Civil. Junto a la acción de protección se le puede solicitar que el juez que resuelva el caso en primera instancia, que haga una consulta de norma respecto al artículo 242A del Código Civil⁶³, alegando que este puede ser inconstitucional por no cumplir con el principio de igualdad y no discriminación contenido en la Constitución⁶⁴ y señalando que además es contrario al precedente constitucional en el que se reconoce la voluntad procreacional⁶⁵. Frente a esto, el juez de oficio debería suspender la tramitación de la causa y remitir la consulta a la Corte Constitucional que debería resolver la consulta en un plazo de cuarenta y cinco días⁶⁶. Conseguir la declaratoria de inconstitucionalidad de este artículo supondría que se deje de aplicar el mismo en futuros casos a resolver y, a su vez, implicaría que la Asamblea busque derogarlo después junto con las normas con las que mantenga conexión.

También se podría buscar llegar a la Corte Constitucional planteando una acción extraordinaria de protección, como se hizo en el caso Satya, pero para esto es necesario agotar los recursos ordinarios contemplados en el ordenamiento⁶⁷. Otro camino sería esperar que el caso sea seleccionado por la Corte Constitucional para revisión bajo el parámetro de novedad o gravedad⁶⁸. La idea de utilizar la vía constitucional es conseguir un pronunciamiento vinculante de la Corte Constitucional respecto de la triple filiación en relación con los derechos y que este se pueda aplicar en el futuro en beneficio de las familias diversas y de los niños.

Existen dos desafíos normativos importantes a considerar: por un lado, la

61 Artículo 98, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], R. O. Suplemento 52 del 22 de octubre de 2009.

62 Artículo 242A, CC.

63 Id.

64 Artículo 11.2, Constitución de la República del Ecuador, 2008

65 Sentencia 184-18-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de mayo de 2018.

66 Artículo 428, Constitución de la República del Ecuador, 2008

67 Id., artículo 94.

68 Id., artículo 436.

prohibición de adoptar para parejas del mismo sexo⁶⁹ y, por otro, que es un delito tipificado inscribir una maternidad o paternidad sabiendo que no corresponde a un vínculo biológico, porque se considera una vulneración al derecho a la identidad⁷⁰. Cualquier solución normativa que busque implementar la triple filiación debería considerar ambas prohibiciones como elementos a enfrentar por resultar contrarios a los derechos garantizados en la Constitución de manera conexas a la regla de binarismo filial del Código Civil.

Para todas estas soluciones, el antecedente del caso Satya es muy positivo porque resuelve la importancia de la voluntad procreacional, pero queda pendiente una reforma normativa que refleje el contenido de la sentencia. También se pueden invocar, a favor de la figura, sentencias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como la del caso Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, en el que la Corte Interamericana discutió, alrededor de la fecundación *in vitro*, el derecho de las personas a buscar tener hijos, a ampliar su familia y la relación de aquello con el interés superior del niño. En este caso se determinó el derecho de gozar de los progresos científicos, entrelazando la tecnología con la libertad reproductiva⁷¹.

A esto se suman algunos desafíos principalmente culturales, pues la pluriparentalidad siempre va a estar relacionada con conceptos como la poligamia, que en una sociedad conservadora como la ecuatoriana es fuertemente rechazada. A pesar de que no todos los casos de triple filiación implican una relación poligámica, es muy probable que muchas personas encuentren la iniciativa como una manera de supuestamente desnaturalizar la figura de familia. Sin embargo, fomentar el debate público alrededor de un caso puede ser fundamental para llevarlo adelante, aún más si existe controversia a su alrededor.

5. CONCLUSIONES

En este trabajo se realizó una investigación sobre los fundamentos principales de la voluntad procreacional. Así, se inició una discusión sobre la figura de la triple filiación y el impacto positivo que su implementación podría tener en los derechos humanos y del niño. También analizó el abordaje de la filiación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo cual permitió concluir que existe una falta de protección para las familias no tradicionales. Finalmente, el trabajo hizo un primer análisis de los caminos normativos existentes para implementar esta figura en Ecuador.

Es así que el trabajo entrelazó por primera vez al ordenamiento jurídico

69 Id., artículo 68.

70 Artículo 211, COIP, 2014.

71 Artavia Murillo y otros c. Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2012, párr. 150.

ecuatoriano con una figura novedosa como la triple filiación. Se encontró que flexibilizar las respuestas legales no solo beneficia a diferentes personas adultas con un proyecto parental compartido, sino que también tutela en muchas ocasiones los derechos de los niños a la identidad y a la protección familiar, garantizando así de mejor manera el principio de interés superior contenido en la Constitución y en diferentes tratados internacionales.

La pregunta de investigación que se planteó fue: ¿es posible implementar la triple filiación en Ecuador como un mecanismo para reafirmar los derechos fundamentales? La respuesta es afirmativa, pues se concluyó que esta figura cumple con impactar de manera positiva la tutela de los derechos de miembros de familias no tradicionales. El entendimiento de que las familias son dinámicas y no estáticas permitió señalar la necesidad institucional de readecuar algunas normas en Ecuador para favorecer un trato igualitario, se encontró que estas readecuaciones son posibles en la medida en que se impulsen, sobre todo, a partir del precedente constitucional del caso Satya que ya resolvió la relevancia de la voluntad procreacional y la socioafectividad para fijar la filiación.

El principal obstáculo que se enfrentó en este trabajo fue la falta de información respecto a la figura como tal, por tratarse de una implementación relativamente nueva en varios lugares del mundo. Existe un cierto grado de limitación en la información, específicamente respecto a la multiparentalidad, por tratarse de un tema nuevo que es, de cierta forma, controversial porque rompe los esquemas que normalmente acompañan al concepto de familia.

Enfrentar estos obstáculos requiere ampliar la investigación referente a los temas abordados en este trabajo. Se sugiere abordar, desde políticas públicas, el sesgo referente a temas como las relaciones poliamorosas o los derechos familiares de las familias homoparentales y lesbomaternales para facilitar la expansión de foros de discusión de figuras como la triple filiación que puedan ayudar a la realización de nuevos trabajos al respecto.

Se recomienda impulsar esta implementación al ordenamiento jurídico ecuatoriano con la idea de que se puedan crear nuevas regulaciones que otorguen nuevos criterios al emplazamiento filiatorio y que representen en una norma la voluntad procreacional bajo los parámetros desarrollados jurisprudencialmente por la Corte Constitucional. Es así que se alientan iniciativas legislativas o el impulso de casos de litigio estratégico cuyo fin sea dar un trato igual a todas las familias a través de la triple filiación, para que puedan cumplir sus proyectos parentales en virtud también del interés superior de los niños. Las implementaciones deberían surgir del entendimiento de que la integración de las familias ha cambiado y que necesitan encontrar un respaldo normativo de

#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

EQUITY

CORPORATE LAW & LEGALTECH



Culpa de la víctima como eximente de responsabilidad civil extracontractual: ¿es acaso una figura necesaria?

Victim's Fault as a Defense to Extracontractual Civil Liability: Is It a Necessary Figure?

EMILIO JOSÉ CÓRDOVA VACAS*
MARÍA EMILIA PROAÑO VÉLEZ**

Recibido / Received: 27/05/2024

Aceptado / Accepted: 25/08/2024

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3336>

Citación:

Córdova Vacas E.J. M.E. Proaño Vélez, “Culpa de la víctima como eximente de responsabilidad civil extracontractual: ¿es acaso una figura necesaria?”, *USFQ Law Review* vol. 11, no. 2, noviembre de 2024, <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3336>

* Universidad San Francisco de Quito, estudiante Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: emiliojosec2001@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0006-9364-8405>

** Universidad San Francisco de Quito, estudiante Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: ma_emiliaprove@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0003-6213-5349>

RESUMEN

En la búsqueda para la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual, uno de los elementos clave a analizar es la causalidad. Sin embargo, este requisito se dificulta ante la presencia de eximentes de responsabilidad. El presente trabajo pretende exponer las razones tanto fácticas como jurídicas por las que la culpa de la víctima, como eximente, no es eficiente. Se manifestará, entre otras razones, que el mismo incumple la función de distribución de infortunios, es inaplicable de acuerdo con las tesis de causalidad y desconoce la presunción de buena fe. Además, la imposibilidad de beneficiarse del dolo propio es una figura jurídica que puede sustituir su función. Para sustentar esta premisa se condensan importantes aportes doctrinarios, así como referencias a casuísticas ecuatorianas y nociones generales del derecho. Se concluye que no se contraviene, con la presente postura, lo dispuesto en el ordenamiento ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE

derecho de daños; responsabilidad civil extracontractual; causalidad; eximentes de la responsabilidad; culpa de la víctima

ABSTRACT

In the pursuit of applying extracontractual civil liability, one of the key elements to analyze is causation. However, this requirement finds difficulty in the presence of exculpatory defenses. This paper aims to expose the factual and legal reasons why the victim's fault, as an exculpatory defense, is not efficient. It will be shown, among other reasons, that it fails to fulfill the function of distributing misfortunes; it is inapplicable according to the theories of causation and disregards the presumption of good faith. Furthermore, the impossibility of benefiting from one's own fraud is a legal principle that can substitute its function. To support this premise, important doctrinal contributions are condensed, as well as references to Ecuadorian case law and general legal notions. It is concluded that this position does not contravene the provisions of the Ecuadorian legal system.

KEYWORDS

tort law; tort liability; causation; excuses from liability; contributory negligence of the victim

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil extracontractual implica un minucioso estudio de diversos elementos que se deben verificar previo a atribuir responsabilidad. Sin embargo, algunos de estos requisitos conllevan un debate en cuanto a su función y aplicabilidad. En el presente ensayo se analizará, en particular, un eximente de responsabilidad: la culpa de la víctima. El objeto de discusión en este trabajo se centra en la efectividad del eximente mencionado en cuanto a la causalidad. Para ello se profundizará en su aplicación a través de un análisis jurídico y, finalmente, se defenderá que este eximente es ineficiente por razones tanto teóricas como prácticas. Se propondrá que, en cualquier caso, su presencia podría tener mayor relevancia en el estudio del hecho antijurídico.

Así mismo, se planteará que existe una alternativa para este eximente que cumpliría el mismo fin. Dichos argumentos se sustentarán en importantes doctrinarios —como Arturo Alessandri, Héctor Patiño, Luis Díez-Picazo, Diego Papayannis, entre otros—, en jurisprudencia y en interpretaciones de la normativa ecuatoriana. Por último, se precisará y diferenciará entre el eximente en cuestión, con el atenuante recogido en el artículo 2230 del Código Civil ecuatoriano (en adelante CC)¹. Finalmente, se presentarán conclusiones al respecto de los argumentos expuestos para proponer que su desuso como figura jurídica, o su estudio dentro de otro elemento de la responsabilidad civil extracontractual, no conllevaría un impacto negativo al derecho de daños.

La relevancia del presente ensayo radica en exponer una nueva perspectiva jurídica que, al menos en Ecuador, es poco formulada. El lector podrá corroborar que, fuera de los postulados doctrinarios, hay varias discusiones todavía sin resolver. Además, demostrará que es importante cuestionarse cuándo un concepto no es del todo necesario en la práctica. Este trabajo explicará que es importante identificar la versatilidad de diversas figuras jurídicas para atender problemas prácticos de formas innovadoras. Esta postura propone un estándar menos rígido de convivencia en contraposición al que plantea el eximente culpa de la víctima. En definitiva, las conclusiones que se presentarán pretenden contribuir a nuevas visiones del sistema jurídico, señalando que el eximente objeto de este ensayo no cumple una función indispensable en materia extracontractual.

2. DESARROLLO

Para delimitar la responsabilidad civil extracontractual se debe analizar la concurrencia de una serie de elementos. Tanto la jurisprudencia como la doctrina

¹ Art. 2230. La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente. Código Civil [CC], R. O. 46 del 24 de junio de 2004, reformado por última vez en R. O. Suplemento 506 del 13 de marzo de 2024.

se han referido a dichos elementos. A manera de ejemplo, en el caso Rafael Correa c. Banco Pichincha, la Corte de Primera Instancia de lo Civil de Pichincha menciona que “[s]on presupuestos materiales para la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual, la existencia de un daño material o moral, la culpabilidad del sujeto y una relación de causa-efecto entre el hecho ilícito y el daño producido”². Dentro del elemento culpabilidad, para algunos autores cuya postura compartimos, se encuentra inmerso el elemento de hecho ilícito o antijuridicidad³ y por ello, a lo largo de este trabajo, se pueden encontrar usos indistintos de este concepto. Para el desarrollo de este estudio se enfatizará principalmente en el elemento de causalidad.

La causa, en el ámbito competente, se puede definir como “el vínculo entre una conducta antijurídica y el daño generado [por esta]”⁴. Sin embargo, fuera de la teoría, identificarla y analizarla no es cuestión sencilla por numerosas razones. La principal de estas es la presencia de concausas que hacen necesario un análisis profundo para lograr determinar a cuál corresponde atribuirle la responsabilidad.

2.1 SOBRE LOS EXIMIENTES DE RESPONSABILIDAD

La simple constatación de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual no garantiza que quien cometió el daño será siempre imputable y que, por ende, se encontrará en la obligación jurídica de resarcir el perjuicio. Esto en virtud de que existen, en el derecho civil, eximentes o causales exonerativas de responsabilidad, las cuales impiden verificar la conexión entre el daño y la persona, transformando en improcedente la declaratoria de responsabilidad⁵. Al alegar, en defensa de quien cometió el supuesto hecho ilícito, alguno de estos eximentes de responsabilidad, se rompe uno de los elementos esenciales para resarcir un daño: el nexa causal entre el hecho generador del daño y el daño mismo.

El objetivo de los eximentes de responsabilidad atiende a un ámbito práctico, más que teórico. Su propósito es demostrar que, aunque el autor del hecho dañoso fue quien causó el menoscabo con su acción, la actuación se realizó por coacción de un elemento externo, imprevisto e irresistible⁶. De acuerdo con el CC, en su artículo 30 correspondiente al Título Preliminar: “[s]e llama

2 Caso n.º 17301-2007-0023, Juez Primero de lo Civil del cantón Pichincha, 15 de junio de 2006, 4.

3 “La doctrina ha prescindido de analizar este elemento [hecho antijurídico] como un requisito independiente y con contenido propio. Se considera que el concepto de culpa es suficiente para englobar el concepto de ilicitud”. Paúl Ricardo Carrera Torres et al., “Culpa de la víctima como eximente de responsabilidad: ¿un análisis de causalidad o culpabilidad?”, *USFQ Law Review* 7, n.º 1 (septiembre de 2020): 231, <https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1692>.

4 Iván Andrés Izquierdo Izquierdo, “Causalidad adecuada: una teoría de responsabilidad civil extracontractual aplicable al ordenamiento jurídico ecuatoriano”, tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito, 2020, 7.

5 Héctor Patiño, “Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 20 (enero-junio de 2011): 376, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2898/2539>.

6 Ibid.

fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”⁷.

Para el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tanto caso fortuito como fuerza mayor son sinónimos⁸ y ambos son eximentes de responsabilidad sobre el actuar de la persona que los haya enfrentado. Sin embargo, algunos autores han sostenido que cada uno tiene un ámbito de aplicación distinto y requisitos a los que adecuarse. De acuerdo con Concepción Rodríguez, la fuerza mayor es el “acontecimiento cognoscible, imprevisto que [...] viene de fuera, y cuyo efecto dañoso no podía evitarse por las medidas de precaución que racionalmente eran de esperar”⁹. Siguiendo la misma línea doctrinal, Héctor Patiño hace notar la existencia de tres elementos indicadores de la fuerza mayor: i) que sea un hecho externo, ii) que sea un hecho imprevisto y iii) que sea un hecho irresistible¹⁰. Por otro lado, se hace la distinción doctrinal con el caso fortuito, siendo el mencionado un suceso que toma lugar dentro de la ejecución de una actividad¹¹. El caso fortuito, a diferencia de la fuerza mayor, puede ser previsible, pero siempre será irresistible. Aun así, ambos son externos y ajenos a las partes.

Aunque el caso fortuito y la fuerza mayor son los únicos eximentes de responsabilidad recogidos por el CC¹², la doctrina mayoritaria ha acogido dos más: el hecho de un tercero y la culpa de la víctima¹³. El primero es una causal de exoneración, según la cual el agente que ha causado el daño de manera directa tiene la calidad de tercero ajeno en relación con las partes intervinientes en un juicio de responsabilidad¹⁴. Es decir, se conoce como responsabilidad por hecho de tercero a las ocasiones en las que se obliga a responder a una persona por los daños que causó otra¹⁵. Por su parte, el último eximente de responsabilidad presenta algunas particularidades que merecen de un estudio y discusión más profundos si se pretende aplicarlo.

2.2 SOBRE LA CULPA DE LA VÍCTIMA EN PARTICULAR

De conformidad con Castro Durán, la culpa de la víctima es el obrar voluntario o involuntario que causa el propio perjuicio y tiene efectos liberatorios

7 Artículo 30, CC.

8 Id.

9 José Luis Concepción Rodríguez, *Derecho de daños* (Barcelona: Bosch, 1999), 85.

10 Patiño, “Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual”, 380.

11 Ibid.

12 Artículo 30, CC.

13 Patiño, “Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual”, 378.

14 Ibid., 385-8.

15 Jorge Eduardo Medina Villanueva, *Introducción a la responsabilidad civil extracontractual* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021), 111.

[para el demandado]¹⁶. De la afirmación se desprende que cualquier conducta de la víctima permitiría la exoneración del verdaderamente responsable. Así lo menciona de manera enfática:

[L]a existencia de “culpa” en el obrar del damnificado, obviamente da pie a la exoneración de responsabilidad, pero el efecto liberatorio también se consigue demostrando que el menoscabo tuvo su origen en el comportamiento de la víctima, **aunque no sea culposo e, incluso, aunque sea involuntario** (énfasis añadido)¹⁷.

Bajo una interpretación literal del argumento antedicho se abriría la puerta a endosar la responsabilidad a la víctima bajo cualquier supuesto. Este razonamiento podría parecer absurdo y no es el objetivo de este trabajo defenderlo. Sin embargo, lo único que este ensayo argumenta es que, estrictamente en la teoría, esta causal de exoneración posibilita desnaturalizar en su totalidad la intención del derecho de daños. Esta postura se sustenta en una serie de razones que se presentan a continuación.

2.3 RAZÓN 1: EL EXIMIENTE CULPA DE LA VÍCTIMA INCUMPLE CON UNA FUNCIÓN CLAVE DEL DERECHO DE DAÑOS

El derecho de daños se distingue por ser la rama que estudia la responsabilidad civil extracontractual para determinar quién y cómo se debe responder frente a un perjuicio ocasionado¹⁸. Una de las funciones principales que esta área pretende cumplir atiende a la necesidad de distribuir infortunios cuando ocurre una desgracia, accidente o calamidad que trae como consecuencia daños¹⁹. Por regla general, quien sufre un perjuicio debe afrontarlo, esto en virtud del principio *res perit domino*. La traducción y el concepto de esta regla romana atiende a que las cosas (entendiéndose en sentido amplio) perecen para su dueño²⁰. Sin embargo, hay situaciones en las que esta generalidad no es aplicable ya que es un tercero ajeno quien sufre los efectos dañosos, quien los ha provocado; por ello, el derecho de daños debe restablecer el orden social.

La distribución de infortunios es, entonces, una excepción a la regla general del derecho, en la que el titular del bien jurídico agredido no es quien debe soportar la consecuencia gravosa. Por el contrario, si uno mismo se perjudica

16 Ricardo Manuel Castro Durán, “El hecho o ‘culpa’ de la víctima como eximente: la agravación de los daños: la negativa al tratamiento médico: el no arreglo del automotor”, *Revista de Derecho de Daños: Eximentes de Responsabilidad*, n.º 2 (2006).

17 Ibid.

18 Antonio Fayos Gardó, *Derecho de daños: las víctimas y la compensación* (Madrid: Dykinson, 2016), <http://www.jstor.org/stable/j.ctt1k85bb8>.

19 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (Navarra: Thomson Reuters, 2011), 21.

20 Andrés Sepúlveda Jiménez, “Fundamentos del riesgo del acreedor en los contratos bilaterales en Chile”, tesis de grado, Universidad de Chile, 2011, 6.

de alguna manera, no habrá daños que traspasar o endosar a otra persona²¹. Esto en virtud de principios rectores del derecho como la imposibilidad del enriquecimiento injustificado, la prohibición de beneficiarse del dolo propio y el ejercicio legítimo de la facultad de disponer lo que está dentro del dominio. En aquel supuesto, los infortunios se concentrarían en la misma persona autora del hecho y afectada por el mismo y, por ende, saldría de la esfera de aplicación del derecho de daños, pues implicaría el mero ejercicio de la regla general.

Un ejemplo simple pero claro para entender esta afirmación es el supuesto en que la persona A es dueña de un vehículo. Después de tenerlo un tiempo se aburre de él y decide destruirlo. En dicho hipotético, la persona A únicamente está ejerciendo su legítimo derecho de disponer lo que le pertenece en virtud de las facultades que ostenta al ser titular del bien jurídico en cuestión. Es evidente que este caso no sería objeto de estudio del derecho de daños porque la persona A no tiene la necesidad de distribuir los infortunios y, por ello, no podría pedir reparaciones por daños que él mismo generó.

2.4 RAZÓN 2: LA APLICACIÓN DE LA CULPA DE LA VÍCTIMA RETROCEDE CRONOLÓGICAMENTE EN EL ESTUDIO DE LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

Previo al análisis de causalidad, es imperante verificar la presencia de los demás requisitos de la responsabilidad civil extracontractual. Solo comprobado el daño y el hecho antijurídico se puede pasar a la búsqueda de la causalidad que vincule a estos dos. El estudio de daño jurídico no tiene mayor relevancia para el presente trabajo, sin embargo, el del hecho antijurídico sí.

Debido a que en Ecuador no hay tipos civiles, la forma de cerciorarse de que el actuar por el que se pretende responsabilizar a una persona es efectivamente antijurídico es comprobando su diligencia. Para conseguir este fin, se ha consagrado el conocido principio *alterum non laedere*. En una traducción de este latinismo, se lo entiende como la exigencia de “no dañar a **otros** injustamente” (énfasis añadido)²². El estándar establece que, de ignorar este principio, el actor se alejaría de la conducta de un tercero razonable y, por ende, al no conservar la debida diligencia, incurriría en antijuridicidad. Es importante este concepto en virtud de que el eximente de responsabilidad culpa de la víctima pretende contradecir la presencia de un hecho antijurídico, ya que, en estricto sentido, se alega que no existe un daño a **otro**, sino por parte de la víctima a

21 Ibid.

22 Diego M. Papayannis, “La práctica del *alterum non laedere*”, *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, n.º 41 (octubre de 2014): 23.

sí misma y, por ende, no se verificaría el estándar del tercero razonable. Negar la presencia de un hecho antijurídico afecta, en consecuencia, al elemento de la causalidad, ya que si no existiera una conducta específica, la búsqueda del nexo causal para vincular dicho actuar con un daño determinado no tendría sentido.

El eximente culpa de la víctima, en un riguroso análisis, retrocedería en el estudio de la responsabilidad civil extracontractual. El requisito de verificar la causalidad en Ecuador se encuentra en el artículo 2214 del CC²³. Sin embargo, el orden preciso para estudiar cada uno de estos elementos hasta llegar a la causalidad se puede identificar con la lectura del artículo 2232 del mismo cuerpo normativo. El mismo reza que “[l]a reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado”²⁴. De ello se desprende que la cronología es la siguiente: i) la verificación del daño, ii) la presencia de un hecho antijurídico y iii) el vínculo entre estos dos. Dicha disposición únicamente parecería aplicar a los daños morales, sin embargo, se considera pertinente —bajo una interpretación sistemática y para evitar contradicciones— extender dicha norma a todo daño posible.

Por consiguiente, alegar culpa de la víctima como exonerante sería teóricamente impreciso. Para el momento cronológico en que se deben analizar las causales que eximen de culpabilidad civil, ya se confirmó el daño a **otros** por el principio *alterum non laedere*, entonces sería contradictorio afirmar que el daño fue causado por la misma víctima, quien no tendría la calidad de **otro**. Esta postura es compatible con lo propuesto por doctrinarios como Bustamante Alsina, quien afirma que la violación al deber de cuidado solamente puede concebirse de una persona frente a otra y, por ende, **“solo en sentido no técnico** puede hablarse de culpa de la víctima, ya que esta al actuar infringe solamente el mandato de no obrar en contra de su propio interés” (énfasis añadido)²⁵.

En el mismo sentido se han pronunciado, por ejemplo, Pinzón Garzón y Pabón Lara, para quienes **no hay lugar a responsabilidad** si quien reclama la indemnización por un perjuicio sufrido es el causante mismo de tal (énfasis añadido)²⁶. La ausencia de responsabilidad es distinta a que, existiendo, no se la deba atribuir a una persona específica. Para que exista responsabilidad es necesario que se verifiquen los elementos constitutivos de la misma, mientras que los eximentes se analizan únicamente cuando ya se verificaron dichos

23 Artículo 2214, CC.

24 Artículo 2232, CC.

25 Jorge Bustamante Alsina, *Teoría general de la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004), 367.

26 Adriana Fernanda Pinzón Garzón y Andrés Felipe Pabón Lara, “El hecho de la víctima como exonerante o limitante de la responsabilidad civil”, tesis de grado, Universidad Libre, 2005, 41.

requisitos indispensables, pero queda en duda si se le puede imputar a la persona a quien se está demandando²⁷. En consecuencia, afirmar que la culpa de la víctima no genera responsabilidad implica considerar que este supuesto o debe eliminarse del todo o, en cualquier caso, debe tomarse en cuenta en el análisis del hecho antijurídico y no de las causales de exoneración.

Este ensayo no pretende desconocer que, efectivamente, en ciertos casos la misma víctima puede causarse daño alguno. Lo que sí defiende este trabajo es que en dicho supuesto no es necesario analizar si ha habido un eximente. En el correcto orden de estudiar la responsabilidad civil extracontractual se lograría probar, primero, que a quien se le atribuye la responsabilidad no causó daño alguno, es decir, no vulneró el *alterum non laedere* y, por ende, sería innecesario adentrarse en las causales exonerativas.

Es distinto lo que sucede con las demás causales que exoneran responsabilidad. Las otras tres que se han aludido en este trabajo sí verifican efectivamente que hubo un daño a un tercero. Es decir, la víctima y el causante del daño no concurren en la misma persona y, por ello, se verifica exitosamente el segundo requisito de responsabilidad civil extracontractual: el daño a **otros**. En tal sentido, es más que razonable que si hay una causa extraña por la que sería injusto que quien ha provocado el daño responda, a pesar de verificarse el hecho antijurídico, esta deba ser verificada con posterioridad.

2.5 RAZÓN 3: LA CULPA DE LA VÍCTIMA COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD IMPLICA UN ESTÁNDAR DE DILIGENCIA DEMASIADO RIGUROSO PARA QUIEN HA SUFRIDO EL DAÑO

En el mismo sentido de diligencia, se puede identificar otro argumento que sustenta la poca funcionalidad del eximente objeto de este trabajo. En estricto sentido, siempre se podría argumentar, en defensa de la persona a quien se pretende atribuir responsabilidad, que la víctima pudo haber actuado de una manera distinta, más prudente y así evitar el daño. Por ende, en todos los casos, se podría identificar como responsable a la misma víctima.

Según Castro Durán, basta una omisión de la diligencia (que hubiera sido suficiente para evitar el perjuicio propio) para que sea procedente la aplicación de la culpa de la víctima²⁸. Aunque “casi siempre hay otra [...] acción u omisión [que] pudo evitar el perjuicio”²⁹, resultaría asfixiante un estándar tan estricto de convivencia. Los daños que cada uno se causa mutuamente en la

27 Javier Jaramillo, “Eximentes de responsabilidad”, clase 10: Derecho de daños, 2023-2024, Universidad San Francisco de Quito, 1 de abril de 2024.

28 Castro Durán, “El hecho o ‘culpa’ de la víctima como eximente”.

29 Enrique Barros Bourie, *La culpa en la responsabilidad civil* (Santiago de Chile: Ensayos Jurídicos, 2005), 3.

común relación lícita serían infinitos³⁰. En virtud de esto sería no solo impráctica, pero también injusta la apertura que daría la culpa de la víctima para deslindar a los verdaderos responsables de sus actos.

No es propósito de este trabajo interpretar de una manera irracional este eximente. Sin embargo, se afirma que implica un estándar de diligencia demasiado riguroso porque precisamente abre la puerta a afirmaciones que podrían devenir en severas. Por ejemplo, se ha afirmado que para que opere el eximente resulta suficiente el cometimiento del mero hecho por parte de la víctima, “no debería exigirse al demandado la prueba de que la víctima ha actuado de manera negligente o dolosa”³¹. Es decir, el uso de este eximente podría, para algunos autores, no limitarse únicamente a la negligencia, sino que abarcaría actuas cotidianos.

2.6 RAZÓN 4: CONFORME A LAS DISTINTAS TEORÍAS DE CAUSALIDAD ESTE EXIMENTE PIERDE UTILIDAD

2.6.1 SOBRE LAS TEORÍAS DE CAUSALIDAD

Previo a exponer otro argumento que sustenta la hipótesis de este trabajo, corresponde analizar el tercer elemento de la responsabilidad civil extracontractual: la causalidad y las respectivas teorías que la estudian. En virtud de que los eximentes de responsabilidad atacan el nexo causal, es competente primero mencionar y explicar estas teorías para luego exponer por qué la culpa de la víctima es impráctica con respecto a algunas de ellas.

Es pertinente analizar todas estas teorías ya que en Ecuador no se ha optado única y exclusivamente por una. El CC parece identificar al menos la equivalencia de las condiciones y la causa más próxima³². Sin embargo, sobre ello no hay claridad y lo pronunciado por “las Cortes ecuatorianas ha sido deficiente, pues se han limitado a enumerar los elementos de responsabilidad civil, sin proporcionar un análisis que esboce la aplicación de **una teoría** de causalidad” (énfasis añadido)³³. Este vacío permite, entonces, aplicar a discreción de los jueces lo que se considere conveniente al caso particular y ahí radicaría el problema en cuanto a la aplicación de la culpa de la víctima.

Según Alessandri Rodríguez, existe una relación causal “cuando el hecho o la omisión [...] es la causa directa y necesaria del daño, [y] cuando sin él este no se habría producido”³⁴. Por lo que podemos definir a la causalidad como

30 Ibid.

31 Carrera Torres et al., “Culpa de la víctima como eximente de responsabilidad”, 245.

32 Izquierdo Izquierdo, “Causalidad adecuada”, 3.

33 Ibid.

34 Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno* (Santiago de Chile: Ediar Editores, 1983), 241.

el presupuesto necesario entre una conducta culposa o dolosa y la producción del daño cierto. Si bien el CC no hace referencia a la causalidad estrictamente como un elemento de la responsabilidad civil extracontractual, como se mencionó previamente, podemos apoyarnos en el artículo 2214 para sustentar este elemento. Según este: “[e]l que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro está obligado a la indemnización”³⁵. Podría parecer que, en este artículo, Andrés Bello pretendió hacer alusión a la necesidad de un nexo causal para que pueda surgir efectivamente una obligación de resarcir el daño.

Ahora bien, la inexistencia de una regla general de causalidad ha conducido a la doctrina a proponer distintas teorías para determinar a quién podrá ser imputable el daño. Las más relevantes son: i) la teoría de la equivalencia de las condiciones, ii) la teoría de la causa más próxima, iii) la teoría de la causa preponderante, iv) la teoría la causa eficiente y, finalmente, v) la teoría de causalidad adecuada³⁶.

El desarrollo de estas teorías se ha dado en virtud de que no hay unanimidad sobre cuál es el hecho antijurídico más idóneo para provocar el daño. Para ciertos autores, por ejemplo, todos son igual de adecuados; para otros, el inmediatamente anterior es determinante. El resultado será distinto en función de qué teoría se adopte a cada caso particular. Esto porque no todas las situaciones se ocasionan por el mismo agente al mismo tiempo o tienen el mismo impacto sobre el daño en cuestión.

2.6.2 TEORÍA 1: LA EQUIVALENCIA DE LAS CONDICIONES

La teoría de la equivalencia de las condiciones o la *conditio sine qua non* del nexo causal es aquella en la que “confluyen una multiplicidad de causas para que se produzca un determinado desenlace, todas ellas equivalentes en la producción del evento dañoso”³⁷. A partir de esta definición doctrinaria podemos apreciar la equivalencia de condiciones como “aquella en virtud de la cual todas las condiciones presentes durante el *iter* de causalidad [...] son iguales y, por ende, gozan de virtualidad necesaria para atribuirles responsabilidad”³⁸. Es decir, esta teoría considera a todas las causas como homólogas y, por ello, se les puede atribuir la responsabilidad del cometimiento del hecho ilícito a cualquiera. Sin embargo, esta tesis choca con la práctica al momento de aplicarla. Al percibir todas las causas como iguales nunca se termina de marcar un límite en el análisis retrospectivo del motivo que origina el evento dañoso³⁹.

35 Artículo 2214, CC.

36 Rosana González Ulate, “El nexo de causalidad en la teoría de la responsabilidad civil: breves reflexiones a partir de la confrontación entre la doctrina y la jurisprudencia de la Sala Primera”, 7, https://salaprimer.poder-judicial.go.cr/phocadownload/Temas_jurisprudenciales/Causalidad.pdf.

37 Ibid.

38 Izquierdo Izquierdo, “Causalidad adecuada”, 11.

39 González, “El nexo de causalidad en la teoría de la responsabilidad civil”, 8.

2.6.3 TEORÍA 2: LA CAUSA PRÓXIMA

Una de las teorías que ha propuesto la doctrina, y en la cual se tiene como base el orden cronológico de los eventos, es la teoría de la causa próxima. Para poder plantear una relación causal acertada esta teoría propone determinar la causa que se acerca más al evento lesivo⁴⁰. En otras palabras, en la aplicación de esta teoría lo único que se toma en consideración para determinar la causa directa con el daño es la temporalidad. Sin embargo, acogemos la crítica que realiza Prevot sobre dicha teoría:

Su mayor debilidad está en que coloca todo el énfasis en el factor física o mecánicamente más cercano y omite demostrar [...] que ese antecedente más cercano es la causa del evento, lo que impide solucionar de forma debida los casos en que el evento se produce por varias causas, [...] la causa última no tiene por qué ser necesariamente la causa dominante y eficiente⁴¹.

Sin embargo, a pesar de la aparente crítica que llevaría a un mal uso de dicha teoría en la práctica, Izquierdo encuentra una posible mención en el ya citado artículo 2232 del CC sobre la teoría de la causa próxima⁴². En su tercer inciso la norma reza: “[l]a reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado **próximo** de la acción u omisión ilícita del demandado” (énfasis añadido)⁴³.

Aun así, luego de haber analizado los principales argumentos de la doctrina mayoritaria, se ha desechado esta teoría, ya que “[l]as consecuencias inmediatas deben ser atribuibles a las causas, a partir del curso ordinario de los acontecimientos; y no por hallarse próximas al daño”⁴⁴. Esto quiere decir que los expertos critican ampliamente esta teoría porque lo justo sería que el resultado o la consecuencia se vea relacionada con el acontecimiento que más impacto haya generado. La causa más cercana podría ser totalmente irrelevante en cuanto al daño provocado y, por ende, esta teoría sería impráctica.

40 Mariano Izquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual* (Madrid: Dykinson, 2001), 191.

41 Juan Manuel Prevot, “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 15 (diciembre de 2010): 160, <https://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n15/art05.pdf>.

42 Izquierdo Izquierdo, “Causalidad adecuada”, 18.

43 Artículo 2232, CC.

44 Jorge Mosset Iturraspe, “La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, n.º 1 (enero-junio de 2004): 364, <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/1/art/art9.pdf>.

2.6.4 TEORÍA 3: LA CAUSA PREPONDERANTE

La teoría de la causa preponderante es la tercera teoría acogida por la doctrina, la cual propone tomar en consideración un elemento cuantitativo para, de esta manera, “utilizar aquel que en mayor medida haya contribuido en la producción de hecho dañoso”⁴⁵. En otras palabras, el fin último de esta teoría pretende acoger un elemento numérico, el cual será base o indicio para determinar el aporte que ha tenido la causa seleccionada hacia la producción del daño. Se igual manera, se puede mencionar que, dentro de todas las teorías que buscan la existencia de un nexo causal, la teoría de la causa preponderante cumple una función individualizadora, ya que —si bien puede conocerse la existencia de varias causas que, se presume, han sido generadoras del daño— la teoría en cuestión selecciona aquella causa que ha tenido mayor aportación a la generación del mismo⁴⁶.

Al igual que todas las teorías expuestas hasta ahora, esta teoría presenta una serie de dificultades al momento de determinar una correcta distribución de infortunios. La dificultad más grande se presenta cuando el daño que se ha producido es categorizado como extrapatrimonial, es decir, no entra de manera directa en el patrimonio. Dicho resultado no está sujeto a una división material, por lo cual no se encuentra el sentido en atribuir la condición con la mayor cantidad a la producción del daño.

2.6.5 TEORÍA 4: LA CAUSA EFICIENTE

Se afirma que la causa eficiente contiene una pequeña pero significativa variación con la teoría analizada anteriormente. Considera, en cambio, un elemento cualitativo, que será la base para la individualización de la causa que ha tenido mayor eficacia al momento de generar el curso causal de los acontecimientos⁴⁷. Esta postura ataca de manera directa a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Esta tesis defiende que no todas las causas pueden mirarse como equivalentes o iguales, y que siempre existirá una causa que, por su naturaleza cualitativa, establecerá la conexión intrínseca entre el resultado y hecho antijurídico.

Aun así, la principal crítica que se realiza hacia esta teoría es su falta de parámetros cualitativos para determinar cuál es la causa que tiene mayor eficacia para generar el curso de los acontecimientos⁴⁸. Por esta razón, la mayor difi-

45 Jorge Alberto Beltrán Pacheco, “Estudios de la relación causal en la responsabilidad civil”, *Revista Derecho y Sociedad*, n.º 23 (2004): 261, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/16891/17198>.

46 Izquierdo Izquierdo, “Causalidad adecuada”, 21.

47 Ignacio de Cuevillas Matozzi, *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños* (Valencia: Tirant lo Blanch), 89-90.

48 González Ulate, “El nexo de causalidad en la teoría de la responsabilidad civil”, 9.

cultad que la teoría de la causa eficiente trae a quien la pretende emplear recae en la falta de indicios para decidir qué causa es más idónea que otra⁴⁹.

2.6.6 TEORÍA 5: LA CAUSALIDAD ADECUADA

Por último, nos compete analizar la última teoría empleada y acogida por la doctrina: la teoría de la causalidad adecuada. Esta teoría sostiene que se debe utilizar la probabilidad para determinar cuál de todos los hechos a los que se pretende atribuir responsabilidad es realmente la causa más probable para arribar al resultado dañoso. Esta teoría se diferencia de la crítica que hemos realizado a la causa eficiente por su falta de parámetros. En la causa adecuada, la misma será seleccionada por una serie de ejercicios estadísticos y probabilísticos. Al utilizar estos parámetros, el hecho no solo será el que más impacto tuvo en el daño, sino que también será el más adecuado y el que más relación logre entablar con el daño ocasionado⁵⁰.

La causalidad adecuada es una de las teorías menos cuestionadas, sin embargo, es menester mencionar uno de sus debilitantes para el posterior análisis que brindaremos a cada una de ellas. Si bien la precisión empleada representa el porqué de sus pocas críticas, también es el origen de la discusión existente en el campo doctrinario. Díez-Picazo afirma que si se considera como único parámetro el ejercicio probabilístico, dicho ejercicio se aleja del camino físico-empírico de la causa, al igual que de su concepción tradicional⁵¹.

2.6.7 APLICACIÓN DE LA CULPA DE LA VÍCTIMA A LAS DISTINTAS CAUSAS

Una vez explicadas las teorías de causalidad existentes, y habiendo expuesto sus ventajas y desventajas en su aplicación respectiva, el siguiente paso en el análisis es plasmar uno de nuestros principales argumentos en contra de la culpa de la víctima: su ineficacia. Para esto se analizará a continuación cómo la culpa de la víctima podría aplicarse, o no, a las distintas teorías de causalidad y, si el caso lo amerita, argumentar por qué, a criterio de estos autores, su aplicación es impráctica.

Se iniciará con la primera teoría mencionada, la equivalencia de las condiciones. La inaplicación de la culpa de la víctima claramente se ve plasmada por la naturaleza de esta teoría: si todas las causas o concausas son vistas como iguales, la responsabilidad podría atribuírsele a la víctima, ya que no toma

49 Comité Delfina Torres Vda. De Concha c. Petroecuador y otros, Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 20 de octubre de 2002.

50 Luis Díez-Picazo, *Derecho de daños* (Madrid: Civitas, 1999), 338.

51 *Ibid.*

relevancia el impacto, el orden cronológico, ni la probabilidad de la causa que se escoja.

Ahora bien, en la teoría de la causa próxima claramente no cabe la aplicación de dicho eximente para romper el nexo causal. Esta teoría busca establecer un nexo causal fijándose en la concausa más cercana a la producción del hecho ilícito. Es así como lo más relevante es el orden cronológico. De esta manera, si la culpa de la víctima existiera y el mismo no ocurrió como la concausa más cercana a la producción del daño, no cabe utilizarlo como un eximente. Incumpliría el objetivo y la naturaleza de dicha teoría.

En la tercera teoría analizada, la causa preponderante, el análisis y el elemento clave que se usa para establecer la relación extracontractual es lo cuantitativo. La concausa que sea escogida dentro del *iter* causal tendrá que evidenciar la reducción del daño con un dato numérico cuantificable. De esta manera, no se podrá elegir la causa que evidencie una falta de diligencia por parte de la víctima, ya que si esa inobservancia no resultó en perjuicio numérico por el que se entabló la acción, el mismo eximente no podrá ser utilizado dentro del análisis de esta teoría.

Por último, dada su similitud en un campo de aplicación extracontractual, toman lugar la teoría de la causa eficiente y la teoría de la causa adecuada. En la primera se utilizan parámetros cualitativos para determinar la relación causal y en la segunda, el uso de la probabilidad de entre todas las concausas. En ambas se analiza el impacto dañoso del agente que cometió el hecho ilícito y qué causa tiene mayor idoneidad para producir dicho daño. En virtud de la naturaleza de estas causas, si se verifica que el actuar determinante para la generación del daño fue, en efecto, el de la víctima, sí se podría aplicar el eximente objeto de este trabajo. Sin embargo, como se abordará en la siguiente sección, el derecho prevé otra figura que sería preferible aplicar y que cumpliría el mismo fin. De esto se concluye que, de igual manera, el eximente no es indispensable en estas teorías.

2.6.8 RAZÓN 5: LA IMPOSIBILIDAD DE BENEFICIARSE DEL DOLO

PROPIO ES OTRA FIGURA JURÍDICA QUE LLEVARÍA AL MISMO EFECTO

A lo largo de este ensayo se ha recogido una serie de razones que privan de utilidad al eximente de responsabilidad culpa de la víctima. Sin embargo, se debe aclarar que no se pretende con esta postura deslindar a la víctima en todo supuesto. Es verdad que el afectado por un hecho dañoso no debería trasladar la responsabilidad a otro, si fue él mismo quien se lo ha provocado de alguna manera. No obstante, esto no se fundamenta en un eximente recogido en la doctrina, sino en un principio general y rector del derecho: nadie puede beneficiarse de su propio dolo (o culpa).

Pablo Enrique Herrería Bonnet, juez de la Corte Constitucional del Ecuador ha expresado que nadie puede beneficiarse de su propio dolo o culpa y, en consecuencia, “no se debe escuchar a quien alega su propia torpeza pretendiendo desconocer una conducta anterior”⁵². En este voto salvado, así como en otros pronunciamientos, el principio rector del derecho se ha entendido de manera amplia y ha permitido su aplicación para referirse indistintamente al elemento subjetivo. De tal manera hace referencia a que lo importante es que nadie puede beneficiarse de su propio actuar, independientemente de la intención detrás de este. En consecuencia, se verifica que la aplicación de este principio general del derecho es dinámico, práctico y útil en más de un contexto.

El efecto de la aplicación de este principio general del derecho es claro: “carece de derecho de indemnización quien se ha visto perjudicado exclusivamente en razón de su propia conducta”⁵³. De esta manera, no se dejaría en desprotección a quien se viera en necesidad de defenderse, en caso de que efectivamente la víctima pretenda responsabilizarlo injustamente. En este sentido, se reitera que el eximente culpa de la víctima es una figura que produciría el mismo fin que este principio rector.

Una vez comprobado que el derecho considera otra figura que lleva al mismo fin que la culpa de la víctima como eximente, es conveniente explicar por qué se defiende que es preferible la aplicación de la imposibilidad de beneficiarse del dolo propio antes que el eximente de responsabilidad objeto de este trabajo. Para ello es pertinente recordar la función y fuerza que tienen las fuentes auxiliares del derecho en Ecuador. De acuerdo con el Código Orgánico de la Función Judicial, los “principios generales del derecho, así como la doctrina [...] servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia”⁵⁴. De ello se desprende que ambas fuentes tienen la misma relevancia y ámbito de aplicación.

Sin embargo, hay una distinción clave. El CC, en su artículo 18, se remite expresamente a los principios generales del derecho ante vacío de ley, no a la doctrina. En este sentido establece que “[a] falta de ley [...] se ocurrirá a los principios del derecho universal”⁵⁵. Como se ha mencionado previamente, la culpa de la víctima es una construcción doctrinal que el ordenamiento ecuatoriano en su normativa no la ha consagrado.

52 Sentencia n.º 725-15-JP/23 CC. Corte Constitucional, 10 de mayo de 2023, párr. 12, voto salvado. Sentencia sobre un caso de retención de pensión jubilar contra el IESS, Pablo Enrique Herrería Bonnet expuso que “[s]i bien las personas adultas mayores son un grupo de atención prioritaria, esto no implica que se deba permitir que incumplan sus obligaciones, ya sea por dolo o por culpa”.

53 Castro Durán, “El hecho o ‘culpa’ de la víctima como eximente”.

54 Artículo 28, Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ] R. O. 544 del 9 de marzo de 2009.

55 Artículo 2232, CC.

De esta manera, se defiende que es impráctica la aplicación de la culpa de la víctima para eximir responsabilidad porque, al haber otra figura que tenga el mismo ámbito de aplicación, sería ineficaz y confuso consagrar este eximente. Así mismo, por una cuestión de orden jerárquico, se debería recurrir primero a la imposibilidad de beneficiarse del dolo propio y, al encontrar respuesta en este principio general del derecho, el eximente doctrinal podría quedar en desuso.

2.6.9 RAZÓN 6: LA CULPA DE LA VÍCTIMA DESCONOCE EL DEBER DE MITIGACIÓN DE DAÑOS IGNORANDO LA PRESUNCIÓN DE BUENA FE

El deber de mitigación de daños es una figura que conviene mencionar en este trabajo en virtud de que este deber “se encuentra estrechamente relacionado con el principio de concurrencia de culpas o negligencia”⁵⁶. Si bien esta figura es comúnmente considerada en la esfera contractual, no se encuentra razonamiento que justifique no poder extenderla a la responsabilidad civil extracontractual. En virtud de que este deber no es otra cosa que la aplicación del principio de la buena fe⁵⁷, se defiende que puede caber en cualquier relación jurídica.

El deber de mitigación de daños se define como la “[i]mposibilidad de reclamar indemnización de daños que el solicitante de la misma podría haber evitado adoptando medidas razonables”⁵⁸. Esta noción es la aplicación del principio de buena fe. En virtud de ello, y en concordancia con el artículo 722 del CC que establece que “[l]a buena fe se presume”⁵⁹, es lógico y acertado presumir que el afectado ha limitado todos sus daños antes de presentar acciones por daños y perjuicios. De lo contrario, se estaría enriqueciendo sin justa causa al permitir que un actuar que le ha perjudicado siga desprendiendo efectos en su contra solo para luego poder demandarlos.

Bajo la premisa de que el afectado ya ha tomado medidas necesarias para mitigar los daños sufridos, resultaría innecesaria la aplicación del eximente culpa de la víctima. ¿Cómo podría atribuirse a la víctima la responsabilidad de lo sucedido al punto de privarle de su merecida indemnización si ella, actuando de buena fe, ya ha hecho todo a su alcance para mitigar los daños? Sería injusto que obtenga una sentencia que no repare adecuadamente los perjuicios sufridos, únicamente por el abuso al que la aplicación de este eximente abre paso.

Esta sección no pretende eludir el hecho de que la presunción de buena fe

56 Isabel Zurita Martín, “*Duty of mitigation*, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables”, *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4 (abril de 2016): 8.

57 Janet O’Sullivan y Jonathan Hillard, *The Law of Contract* (Oxford: Oxford University Press, 2014), 411.

58 Real Academia Española, *Diccionario prehispanico del español jurídico*.

59 Artículo 722, CC.

acepta prueba en contrario. Simplemente se argumenta que en virtud de este principio ya no sería necesaria la aplicación del eximente conocido como culpa de la víctima, justamente porque se presume que la víctima ya mitigó los daños. Sin embargo, si en cualquier caso se demuestra que justamente no se ha ejercido correctamente este principio rector, hay otra figura que permitiría llegar al mismo fin, sin que sea imperante la aplicación del eximente objeto de discusión de este trabajo.

2.6.10 RAZÓN 7: ES UNA FIGURA DISTINTA A LA RECOGIDA EN EL ARTÍCULO 2230 DEL CC

Las secciones anteriores de este trabajo han expuesto las razones por las que se considera impráctico el eximente de responsabilidad culpa de la víctima, sin embargo, esta postura parecería contradecir lo establecido en el artículo 2230 del CC. Este reza que “[l]a apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”⁶⁰. No obstante, la norma aludida no implica una consagración de la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad, por lo que no choca con el ordenamiento ecuatoriano.

De la definición de eximente de responsabilidad mencionada con anterioridad se enfatiza que debe ser irresistible. En función de esto se concluye que el artículo mencionado únicamente establece un atenuante a la responsabilidad, no una exoneración total de la misma. Son consideradas figuras distintas en virtud de su función. El atenuante busca reducir la responsabilidad en la medida de la participación de la víctima, demostrando así que no es un hecho totalmente irresistible. Por otro lado, el objetivo del eximente es romper el nexo causal en su totalidad.

Las circunstancias eximentes son causas que rompen el nexo causal, mientras que en las atenuantes sí hay un vínculo que permite el nacimiento de una obligación de indemnizar a quien se ha visto afectado, la única particularidad es que la disminuye a una parte del daño causado⁶¹. De esta diferenciación es pertinente aclarar que la crítica contenida en este trabajo no se extiende a la figura recogida en el artículo 2230 del CC.

Es menester mencionar que la postura de este ensayo se centra en criticar el abuso que la figura culpa de la víctima podría permitir en perjuicio del afectado. Sin embargo, el atenuante del CC analizado en esta sección se considera de justa aplicación siempre que quepa. La razón de esto son las mismas motivaciones expuestas previamente con respecto a la prohibición de beneficiarse

⁶⁰ Artículo 2230, CC.

⁶¹ María Candelaria Domínguez Guillén, “Circunstancias eximentes y atenuantes de la responsabilidad civil”, en *Curso de derecho civil III: obligaciones*, ed. María Candelaria Domínguez Guillén (Caracas: Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, 2017), 273.

por el dolo propio.

3. CONCLUSIONES

La culpa de la víctima es un eximente de responsabilidad en el que fue la víctima quien causó su propio perjuicio y por ello no se puede o debería responsabilizar a nadie más. Sin embargo, esta figura puede no siempre estar bajo una correcta interpretación o puede prestarse para abusos. A lo largo de este trabajo la crítica se ha enfocado no a su existencia, sino a su aplicación, ya que se considera impráctica al momento de exonerar responsabilidad. No obstante, de considerarse una figura aplicable, esta debería tomarse en cuenta al momento de analizar el hecho antijurídico.

Se ha expuesto una serie de argumentos por los que se critica su utilización. Se ha analizado cómo alegar culpa de la víctima incumple con la función clave del derecho de daños: la correcta distribución de los infortunios. De igual manera, se ha expuesto cómo la culpa de la víctima, aplicada como un eximente, afecta de manera cronológica al estudio de la atribución de responsabilidad civil extracontractual. Así mismo, se defiende que el uso de este eximente implica un estándar de diligencia demasiado riguroso, lo que no se adecuaría dentro del análisis del comportamiento de un tercero razonable.

El fin de los eximentes de responsabilidad es romper el nexo causal, como se ha manifestado en este ensayo. Es por ello que una de las razones que hemos abordado con mayor cautela, y que tiene una gran relevancia en el porqué de esta crítica, es la aplicación de la culpa de la víctima conforme a las distintas teorías de causalidad. Además, se argumenta que existe una figura jurídica que permite omitir la utilización de este eximente: el principio jurídico de la imposibilidad de beneficiarse del dolo propio. En la misma línea sobre la inobservancia de principios rectores del derecho, se propone que la culpa de la víctima desconoce el deber de mitigación de daños, el cual atenta contra las bases del principio de buena fe: la misma se presume.

Por último, dentro de la misma crítica, se ha evidenciado que, en el entorno de la aplicación de la culpa de la víctima, ocurre una errónea interpretación con el atenuante en materia civil, recogido en el artículo 2230 del CC. Sin embargo, no existe coincidencia en ambas figuras, ya que el atenuante pretende reducir el impacto del daño, objetivo que no es el mismo en la aplicación de un eximente. Por consiguiente, esta crítica no se extiende a la norma aludida y, por ende, es concordante con lo establecido en el ordenamiento ecuatoriano.

Como conclusión, este trabajo presenta que la culpa de la víctima es impráctica más allá de la teoría. Su existencia y ocasional uso no es el eje de discusión, al menos dentro de este ensayo. Sin embargo, se propone que las alternativas

Convenio arbitral como excepción al mandamiento de ejecución: ¿error de bulto o lógica incomprensible?

Arbitration Agreement as an Exception to the Enforcement Order: A Fundamental Error or Incomprehensible Logic?

NICOLÁS MALDONADO GARCÉS*

Recibido / Received: 24/07/2024

Aceptado / Accepted: 25/08/2024

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3331>

Citación:

Maldonado Garcés, N.C. “Convenio arbitral como excepción al mandamiento de ejecución: ¿error de bulto o lógica incomprensible?”, *USFQ Law Review* vol. 11, no. 2, noviembre de 2024, <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3331>

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

RESUMEN

En el derecho procesal civil, el proceso de ejecución es un procedimiento destinado para hacer cumplir, mediante medidas coercitivas, los derechos previamente reconocidos en una sentencia o título ejecutivo previamente establecido. Dentro de la ejecución, el deudor tiene la facultad de oponerse mediante causas taxativas establecidas en la norma adjetiva. Las últimas reformas al Código Orgánico General de Procesos añaden como forma de oposición la existencia de convenios arbitrales en determinados títulos de ejecución. Sin embargo, estas reformas poseen errores conceptuales que, en la práctica, pueden derivarse en alteraciones a la eficiencia procesal. Si bien la norma permite la inclusión de compromisos arbitrales en determinados títulos de ejecución, su materialización es improcedente. El juez ordinario, al existir un convenio arbitral, debería inhibirse de conocer la causa. Parecería que, en virtud del principio de *Kompetenz-Kompetenz*, esto aplicaría independientemente del tipo de procedimiento. Sin embargo, al no contar con facultad de *imperium*, el árbitro carece de la capacidad para ejecutar coercitivamente un título que reconozca un derecho.

PALABRAS CLAVE

ejecución; mandamiento de ejecución; convenio arbitral; juez; árbitro

ABSTRACT

*In civil procedural law, enforcement proceedings are designed as a procedure to implement, through coercive measures, the rights previously recognized in a judgment or previously established enforceable title. Within enforcement, the debtor has the authority to oppose the enforcement on specific grounds exhaustively provided by procedural law. Recent amendments to the Organic Code of General Processes introduce the existence of arbitration agreements in certain enforceable titles as a form of opposition. However, these amendments contain conceptual flaws that, in practice, may impact procedural efficiency. While the law allows for the inclusion of arbitration agreements in certain enforceable titles, their implementation is improper. In the presence of an arbitration agreement, the ordinary judge should refrain from adjudicating the matter. Seemingly, under the principle of *Kompetenz-Kompetenz*, this would apply regardless of the type of procedure. However, without the power of *imperium*, the arbitrator lacks the authority to coercively enforce a title that acknowledges a right.*

KEYWORDS

enforcement; enforcement order; arbitration agreement; judge; arbitrator

1. INTRODUCCIÓN

Es el último minuto del partido. Parece que el marcador es claro. Un mandamiento de ejecución de un acuerdo transaccional cuya obligación ha sido incumplida parece suficiente para liquidar cualquier partido. La ejecución forzosa es evidente, el juez del partido mira su reloj, es el último de cinco minutos que se tiene. Justo antes de terminar el partido, ocurre un hecho nunca visto. Uno de esos acontecimientos que solo en el mundo del fútbol puede pasar —o en el del derecho—. El deudor se opone. El caprichoso partido debe continuar y, por consiguiente, la ejecución no se suspende.

¿Cuál fue el móvil jurídico que justifica la oposición? Un convenio arbitral. La existencia de un convenio arbitral como excepción al mandamiento de ejecución y forma de oposición por parte del deudor es una realidad normativa. Sin embargo, ¿es una decisión acertada? El proceso de ejecución es un mecanismo procesal para garantizar mediante coacción el cumplimiento de obligaciones contenidas en determinados títulos que contiene un derecho ya reconocido. Dentro de la cancha procesal civil, el convenio arbitral constituye una excepción previa con la cual, mediante la aplicación de principios arbitrales, ante la presencia de un convenio de resolución de disputas por medios arbitrales, el juez sustanciador debe inhibirse de conocer la disputa. El único que tendrá la potestad de resolver sobre su propia competencia en esta controversia es un tribunal arbitral en virtud del principio *Kompetenz-Kompetenz*.

El cuestionamiento sobre si la oposición basada en la existencia de un convenio arbitral conduce a la falta de competencia en procesos de ejecución constituye una interrogante esencial en el ámbito jurídico. Para abordar este tema de manera integral, el presente artículo se propone, en primer lugar, proporcionar al lector una conceptualización detallada sobre la naturaleza inherente del proceso de ejecución y su finalidad. Se pretende ofrecer una comprensión profunda de este procedimiento legal, destacando sus objetivos fundamentales y su papel en la resolución de disputas.

En un segundo momento, el enfoque se centra en analizar la viabilidad que tiene el deudor de oponerse en el proceso de ejecución en virtud de la existencia de un convenio arbitral. Este estudio examina los fundamentos jurídicos y las posibles argumentaciones que desestiman esta oposición, considerando tanto los aspectos legales como los prácticos que pueden influir en el desarrollo del proceso. El análisis permite evaluar las implicaciones que conlleva la existencia de un convenio arbitral en el contexto de la ejecución, resaltando las complejidades que podrían surgir en la interacción entre ambas instancias.

Finalmente, se analiza la problemática inherente a esta situación y cómo las decisiones legislativas, en última instancia, pueden generar situaciones de

indefensión. Se exploran los desafíos y las contradicciones que emergen en la intersección entre el derecho de ejecución y la vigencia de un convenio arbitral, subrayando la importancia de contar con una legislación clara y coherente que garantice los derechos de todas las partes involucradas.

2. EL PROCESO DE EJECUCIÓN

2.1 NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTUALIZACIÓN

Los procesos que tienen como finalidad la constitución de una relación jurídica o la declaración de un derecho constituyen un proceso de juzgamiento o conocimiento¹. El proceso de ejecución posee una naturaleza distinta. Cuando no se trate de una pretensión discutida, en la que no se implica declarar quién tiene razón y, por el contrario, el derecho aparece claro y determinado en el título que se aduce y cuya obligación se encuentra pendiente, estamos ante un proceso de ejecución². En estos procesos, el mandato o derecho ya existe y se trata simplemente de su ejecución.

La Real Academia Española de la Lengua define a la palabra *ejecución* como acción y efecto de ejecutar, llevar a la práctica, realizar o cumplir algo³. Sin embargo, su definición jurídica, aunque a breves rasgos concuerda, tiene implicaciones más amplias desde un sentido técnico. Ya lo mencionaba Carlos Nino, una concepción esencialista del lenguaje trata de captar la verdadera esencia de esta palabra con el derecho. Aun así, al hablar de derecho como tal, el significado de las palabras está determinado por las reglas convencionales y legislativas que determinarán el uso de esta palabra⁴.

Es así como la acepción jurídica de la palabra *ejecución* debe ser bien contextualizada. Giorgianni determinaba que, para definir conceptos jurídicos, debe considerarse como misión principal la doctrina. Esto con la intención de determinar los elementos de la institución y posterior, como un segundo paso, obligatoriamente se debe hacer un examen de las normas que la regulan⁵. Como menciona el autor, solo de esta forma una institución jurídica puede estar bien determinada.

En esa búsqueda, para Rodolfo Bucio Estrada, el objeto jurídico de la ejecución es el cumplimiento de una obligación consignada en una sentencia, convenio, transacción o laudo⁶. De esta reflexión es claro pensar que el proceso de ejecución tiene como finalidad la satisfacción de una obligación previamente

1 Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso* (Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997), 165.

2 Ibid.

3 Real Academia Española, "Ejecución", *Diccionario de la lengua española*, <https://dle.rae.es/ejecución>.

4 Carlos Nino, *Introducción al análisis del derecho* (Buenos Aires: Astrea, 2003), 67.

5 Michele Giorgianni, *La obligación: la parte general de las obligaciones* (Barcelona: Bosch, 1958), 22.

6 Rodolfo Bucio Estrada, "La unidad del proceso de ejecución", *Revista Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle* 7, nº 1 (enero, 2006): 54, <http://repositorio.lasalle.mx/handle/lasalle/331>.

establecida en un documento judicial o extrajudicial. Rodrigo Jijón Letort menciona que la ejecución, entrando al campo procesal civil, tiene como meta hacer efectivo un derecho ya existente, cierto y efectivo que deriva en una obligación reconocida⁷.

Por tanto, en el proceso de ejecución, a diferencia de procesos de conocimiento, no se discute la existencia de un derecho. Al contrario, en la ejecución el derecho se encuentra previamente reconocido. Sobre el tema, Devis Echandía explica que la existencia de un proceso de ejecución pende de la falta de discusión de una pretensión. Esto debido a que dicha pretensión ya aparece clara y determinada en un título que lo aduce como insatisfecha porque el obligado no ha cumplido con su obligación⁸.

Por lo tanto, la ejecución en términos del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) es el conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución cuya principal característica es que posee un derecho ya reconocido⁹.

2. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN

Hasta ahora se aterrizaron varios temas. Para iniciar un proceso de ejecución es imprescindible poseer un título que contenga un derecho ya reconocido y que la legislación denomina títulos de ejecución. Estos se mencionan en una lista taxativa en el COGEP y son: i) la sentencia ejecutoriada; ii) el laudo arbitral; iii) el acta de mediación; iv) el contrato de prenda y venta con reserva de dominio; v) la sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero y homologados; vi) la transacción, aprobada judicialmente o celebrada sin mediar proceso entre las partes; vii) el auto que aprueba una conciliación parcial y aquel que contiene la orden de pago en el procedimiento monitorio, ante la falta de oposición del demandado y viii) la hipoteca¹⁰.

Una vez presentada la solicitud de ejecución, adjuntando como medio de prueba cualquier título de ejecución determinado en el párrafo precedente (que no sea sentencia o auto ejecutoriado) el juez en quien recaiga *prima facie* la competencia realizada por sorteo de ley dará inicio al proceso de ejecución. Luego, se ordenará realizar una liquidación pericial que calcule el valor de obligación, en caso de que esta sea de dar dinero, o cualquier otra diligencia pertinente a fin de determinar con exactitud la obligación a la que el ejecutado debe dar estricto cumplimiento.

Por último, se emite el mandamiento de ejecución que contendrá la

7 Rodrigo Jijón Letort, "La casación en los juicios ejecutivos", *Juris Dictio* 1, n.º 1 (enero 2000): 77-83.

8 Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, 165.

9 Artículo 365, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R. O. Suplemento 506 del 22 de mayo de 2015, reformado por última vez en R. O. del 7 de febrero de 2023.

10 Artículo 363, COGEP.

identificación precisa de la obligación, así como la determinación de la orden incondicional de pagar o cumplir en el término de cinco días.¹¹ Sin embargo, el mismo COGEP determina que el o la deudora únicamente puede oponerse al mandamiento de ejecución dentro del término de cinco días que se le ordena pagar, por causas taxativas debidamente señaladas en el artículo 373 de la norma procesal.

Estas causas se relacionan concretamente con las formas de extinguir las obligaciones civiles. No obstante, aparece una causal de oposición interesante y compleja introducida con la Ley Orgánica para la Transformación Digital y Audiovisual publicada el martes 7 de febrero de 2023 en el Registro Oficial n.º 245¹². Con ella se reformó el COGEP añadiendo a la existencia de convenio arbitral como forma de oponerse a un procedimiento de ejecución.

Antes de abordar el problema jurídico, el autor presenta las siguientes conclusiones preliminares: en primer lugar, cada título de ejecución conlleva un derecho plenamente reconocido con fuerza de cosa juzgada. Un ejemplo de ello es el acta de mediación que, de acuerdo con el COGEP, tiene la misma naturaleza jurídica que una sentencia ejecutoriada y con carácter de cosa juzgada, siendo su ejecución competencia de un juez ordinario. Esto se realiza de la misma manera que las sentencias de última instancia, a través de la vía de apremio, conforme lo establece el artículo 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM)¹³.

Lo mismo sucede con los laudos arbitrales, que también son reconocidos como títulos de ejecución por la normativa procesal. El artículo 32 de la LAM establece que los laudos arbitrales tienen el mismo efecto que una sentencia ejecutoriada y con fuerza de cosa juzgada, debiendo llevarse a cabo su ejecución a través de la vía de apremio¹⁴. Para Mario Casarino, un título de ejecución cuenta con un derecho indubitable, que la ley atribuye suficiencia necesaria para exigir un cumplimiento forzoso de su obligación, contra aquel que no cabe recurso alguno¹⁵.

Por lo tanto, no es necesario discutir la existencia de este derecho. Le corresponde al juzgador revisar del título y, subsecuentemente, ejecutar coercitivamente la obligación según sus facultades reconocidas en la legislación. Aun así, el deudor puede oponerse al proceso de ejecución, lo cual, a pesar de no suspender su obligación de cumplir con el respectivo mandamiento, puede dar fin al proceso de ejecución.

11 Artículo 372, COGEP.

12 Ley Orgánica para la Transformación Digital y Audiovisual, R. O. Suplemento 245 del 7 de febrero de 2023.

13 Artículo 15, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R. O. 417 del 14 de diciembre de 2006, reformado por última vez el 21 de agosto de 2018.

14 Artículo 32, LAM.

15 Mario Casarino, *Manual de derecho procesal* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009).

Con todo lo mencionado, aparece un aspecto normativamente ambiguo e improcedente, basado en el numeral 8 del artículo 373 del COGEP referente a las formas de oponerse al proceso de ejecución. Esto se refiere a la excepción del proceso de ejecución por la existencia de convenio arbitral, conforme los numerales 3, 4, 6, 7 y 10 del artículo 363 del cuerpo normativo citado previamente. Los títulos mencionados son: i) El acta de mediación; ii) El contrato de prenda y contratos de venta con reserva de dominio; iii) La transacción aprobada judicialmente; iv) La transacción extrajudicial; y v) La hipoteca, abierta o cerrada.

La inclusión de esta oposición puede dar lugar a conflictos conceptuales que, desde una perspectiva procedimental, podrían manifestarse en una ineficiencia del derecho procesal. Estos conflictos no solo complican la interpretación y aplicación de las normas procesales, sino que también afectan la estabilidad y previsibilidad de las normas jurídicas adjetivas.

Lo anterior plantea una interrogante clave: en caso de incluirse un convenio arbitral en, por ejemplo, un acta de mediación, ¿quién tiene la competencia para resolver la controversia en caso de ejecutar el acta? Tanto la jurisprudencia como la normativa sugieren que el juez ordinario es competente, dada su facultad coercitiva. No obstante, el convenio arbitral otorga al árbitro la potestad de decidir sobre su propia competencia. ¿Debería entonces el juez ordinario inhibirse o podría el árbitro declararse competente para conocer y sustanciar un proceso de ejecución? A continuación se examinan ambas hipótesis con el fin de resolver esta cuestión legal.

3. ¿QUÉ AUTORIDAD JURISDICCIONAL ES COMPETENTE PARA RESOLVER UN TÍTULO DE EJECUCIÓN CON CONVENIO ARBITRAL?

3.1 FACULTADES DEL JUEZ CIVIL DE INSTANCIA

La resolución número 11-2021, la Corte Nacional de Justicia, determina que, en la ejecución de materias no penales, la competencia radica a los jueces de lo civil cuya territorialidad recae en el juzgado donde corresponda según el domicilio del demandado¹⁶. De igual forma, la Corte Constitucional, en su sentencia n.º 8-22-IS/22, enseña que conocer un proceso de ejecución corresponde al juez o jueza de primera instancia¹⁷.

En la misma línea, el Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ) afirma que la competencia para sustanciar procesos de ejecución

¹⁶ Casos de ejecución, Resolución n.º 11-2021, Corte Nacional de Justicia, emitida por la Corte Nacional de Justicia, 25 de octubre de 2021, pág. 7.

¹⁷ Sentencia n.º 8-22-IS/22, Corte Constitucional de Justicia, 21 de diciembre de 2022, párr. 18.

recae en jueces de instancia de la sala de lo civil. Este cuerpo normativo, en su artículo 142, define que corresponde al juez de primera instancia ejecutar las sentencias. Asimismo, el mismo artículo, en su numeral 1, establece que la ejecución de un acta de mediación se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia y el juez de la ejecución no podrá aceptar excepción alguna¹⁸. Por lo tanto, de una interpretación sistemática de esta norma y las premisas mencionadas, se concluye que la competencia para los procesos de ejecución corresponde al juez de lo civil de primera instancia.

Sin embargo, ¿qué sucede cuando, por ejemplo, se incluye un convenio arbitral en un acta de mediación? En principio, a pesar del carácter de ejecución, el juez debe abstenerse y, por tanto, inhibirse de conocer la causa, declarándose incompetente. Esto por las razones que se exponen a continuación.

La Resolución 17-2012, expedida por la Corte Nacional de Justicia, que trata sobre las excepciones previas, al referirse sobre la existencia de convenio arbitral, concluye que esta excepción tiene como fundamento la decisión de las partes de excluir una eventual controversia del conocimiento de la justicia ordinaria¹⁹. Ante esto, la LAM, en su artículo 7, establece que —cuando se convenga un convenio arbitral para resolver controversias— los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las partes hayan convenido que se resuelvan por arbitraje²⁰. La misma legislación en estos términos fija la existencia del principio *pro arbitri*. Esta regla determina que el órgano judicial debe preferir el arbitraje en caso de duda sobre la jurisdicción competente para resolver la controversia y ante el planteamiento de una excepción con la que se entiende que la parte que la plantea renuncia a la justicia ordinaria.

La resolución citada en el párrafo precedente refiere a que la existencia de un convenio arbitral trae consigo lo que la doctrina ha identificado como inhibición de jurisdicción. Esto se refiere a que es jurídicamente improcedente que los órganos de justicia ordinaria conozcan o resuelvan pretensiones que se encuentran sometidas a un convenio suscrito entre las partes.

Es así como la existencia de un convenio arbitral no se trata de una cuestión procesal. Es sino una cuestión sustancial que implica la inhibición de la justicia ordinaria para resolver controversias.

Esto, a pesar de presentarse dentro de un proceso de ejecución, tiene los

18 Código Orgánico de la Función Judicial, R. O. Suplemento 544 del 9 de marzo de 2009, reformado por última vez en R. O. del 29 de marzo de 2023.

19 Resolución n.º 12-2017, Corte Nacional de Justicia [por medio de la cual se exponen las causales para exponer y resolver cuestiones previas], R. O. 506 del 3 de mayo de 2017.

20 Artículo 7, LAM, R. O. 417 del 14 de diciembre de 2006, reformado por última vez en R. O. del 21 de agosto de 2018.

mismos efectos. En cualquier acto de proposición se exponen pretensiones específicas. Estas, en la solicitud de ejecución, se refieren a que el juez analice el título de ejecución, declare con lugar la demanda y emita un mandamiento de ejecución. En ese contexto, el análisis del título es requisito para determinar la admisibilidad del proceso. Si el título incluye un convenio arbitral, y la parte demandada se opone al proceso con base en la norma del COGEP que lo permite, el juez debe abstenerse de continuar con el proceso.

Sustentando las ideas que se presentan, la Corte Constitucional del Ecuador adecúa lo argumentado hasta el momento. La sentencia 2342-18-EP/23 determinó que, cuando un juez o jueza ordinario conoce y resuelve una excepción de existencia de convenio arbitral, no le corresponde pronunciarse sobre el convenio en sí mismo, por tanto, no cabe que los jueces y juezas ordinarios se pronuncien acerca de su alcance o validez, por lo que deben inhibirse de conocer la causa. La Corte Constitucional, en la misma sentencia, declara que la inhibición de conocer la causa parte de la necesidad de respetar las competencias de las y los árbitros y la voluntad de las partes de someter sus disputas a un mecanismo alternativo de resolución de controversias²¹. En ese momento, será el árbitro quien determine la validez del convenio arbitral e interprete su alcance subjetivo y objetivo para declararse competente o no²².

Al respecto, la Corte Constitucional, en el caso n° 1758-15-EP²³ del 25 de noviembre de 2020, resolvió un caso similar al presente en el que, en la tramitación de la causa, a pesar de haberse planteado la excepción de existencia de convenio arbitral, el juez no sustanció dicha excepción conforme lo establece la LAM.

Este órgano, resolviendo el problema de competencia que se radica en torno a la excepción previa planteada dentro de un proceso como el que se plantea, determina que esta facultad está reservada exclusivamente a los árbitros o tribunales arbitrales, en virtud del principio *Kompetenz-Kompetenz*, recogido en el artículo 22 de la LAM, que establece que, cuando un juez conoce y resuelve la excepción de convenio arbitral, no le corresponde entrar a pronunciarse sobre el convenio en sí mismo (alcance y validez), sino únicamente determinar si la materia de la litis se enmarca en el objeto del convenio o no, entendiendo que ante la duda debe prevalecer el arbitraje, bajo el principio *in dubio pro arbitri* (principio proarbitraje), recogido en los artículos 7 y 8 de la LAM²⁴.

Incluso, la Corte Constitucional del Ecuador, mediante la sentencia 1010-18-EP/23, reconstruyó el precedente de la sentencia 1754-18-EP/23 respecto al

21 Sentencia n.º 2342-18-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de septiembre de 2023, párr. 27.

22 Resolución n.º 12-2017.

23 Caso n.º 1758-15-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de noviembre de 2020, párr. 43.

24 Id.

principio Kompetenz-Kompetenz, estableciendo la siguiente regla: si se alega ante la justicia ordinaria la existencia de un convenio arbitral, los jueces que sustancian cualquier proceso deben inhibirse inmediatamente de resolver la causa e, incluso, deben abstenerse de pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral ante la presencia de este negocio jurídico²⁵.

De este punto se han determinado las siguientes premisas: i) la competencia para sustanciar procesos de ejecución corresponde a jueces de lo civil de primera instancia; ii) frente a un convenio arbitral, los jueces tienen que inhibirse de conocer la causa pues su competencia se pone en duda, incluso en una ejecución. Por lo tanto, se arriba a la siguiente conclusión: dentro de un proceso de ejecución del derecho, si el deudor se opone alegando la existencia de convenio arbitral (perfectamente posible según el artículo 373, numeral 8), el juez de instancia debe archivar el proceso al considerarse no competente.

Pero si es obligación del juez inhibirse de conocer una causa que contenga convenio arbitral, cuando dicho proceso corresponde a un proceso de ejecución, ¿un árbitro es competente para conocer el caso?

3.2 EL TRIBUNAL ARBITRAL NO TENDRÍA LA COMPETENCIA PARA EJECUTAR UN MANDATO CONTENIDO EN UN TÍTULO DE EJECUCIÓN

Un tribunal arbitral no puede conocer la ejecución de un título, ya que carece de las facultades legales necesarias para ello. Para llegar a esta conclusión, es fundamental definir de manera concisa los elementos que conforman la jurisdicción. Posteriormente, se examinará, con base en criterios jurisprudenciales y doctrinarios, que un árbitro no posee *imperium* para ejecutar de manera coercitiva las obligaciones contenidas en un título ejecutivo. Precisamente, la razón de ser del proceso de ejecución radica en hacer cumplir una obligación reconocida en dicho título ante su incumplimiento.

La jurisdicción, como palabra, tiene diversos significados jurídicos. Se suele usar como sinónimo de competencia (error muy común). También se la emplea dentro de un conglomerado de poderes y atribuciones del Estado. Otros la determinan para limitar el ámbito territorial y material en que un juez puede actuar.

Sin embargo, según Hernando Devis Echandía, todas estas acepciones son erradas. Para el profesor Devis Echandía, el fin esencial de la jurisdicción corresponde al deber de la satisfacción del interés público en la realización del derecho y, en los casos concretos, mediante decisiones que obliguen a las

²⁵ Sentencia n.º 1010-18-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de noviembre de 2023, párr. 56

partes del respectivo proceso²⁶. Para Couture, la jurisdicción es la soberanía del Estado, aplicada al órgano especial a la función de administrar justicia²⁷. Para un correcto desempeño de las funciones, las autoridades encargadas de ejercer jurisdicción, según Devis Echandía, deben estar investidas de ciertos poderes y elementos²⁸.

Se establece, según la doctrina, que un juez, para ejercer su facultad de jurisdicción, posee: i) poder de decisión, potestad para dirimir las controversias; ii) poder de coerción, lo cual le brinda al juzgador de la capacidad de hacer cumplir sus decisiones removiendo los obstáculos que se oponen al cumplimiento; iii) poder de documentación o investigación, con lo que magistrados pueden decretar y practicar pruebas; y iv) poder de ejecución, lo que permite imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que este derive de una sentencia o de un título proveniente del deudor²⁹.

Por otro lado, según Casco Pagano, la jurisdicción se conforma con cinco elementos: i) *notio*, que es el derecho de conocer determinada controversia; ii) *vocatio*, como la facultad de obligar a la comparecencia de las partes; iii) *coertio*, que es la facultad de recurrir a la fuerza pública para lograr el óptimo cumplimiento de lo ordenado; iv) *judicium*, elemento que corresponde a la facultad de emitir sentencias que terminen el proceso, y v) *executio o imperium*, que se trata del poder para ejecutar las resoluciones judiciales³⁰.

Por lo tanto, el poder de ejecución es una potestad esencial dentro del ámbito jurisdiccional. Esto permite a las autoridades judiciales asegurar un efectivo cumplimiento de sus decisiones. Este poder se manifiesta en la capacidad de imponer mandatos claros y expresos que pueden originarse en sentencias o en títulos de ejecución. En otras palabras, el poder de ejecución garantiza que las obligaciones (reconocidas en sentencias o en títulos de ejecución) no queden en meras declaraciones y su cumplimiento no sea un acto de buena fe del deudor. Sin el poder de ejecución, las decisiones judiciales u obligaciones contenidas en un título de ejecución carecerían de fuerza práctica.

Por tanto, para sustanciar un proceso de ejecución que ha derivado en un estado de ejecución forzosa es imprescindible que el juzgador posea poder de ejecutar. Hernando Devis Echandía expone un concepto doctrinario de ejecución más apegado a la práctica, relevante para este análisis. Se refiere a un proceso de ejecución cuando se acude a la fuerza, por la vía coercitiva, para asegurar un cumplimiento, entregando bienes o rematarlo para con su

26 Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, 97.

27 Eduardo Couture, *Fundamentos de derecho procesal civil* (Buenos Aires: Póstuma, 1958), 469.

28 Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, 99.

29 *Ibid.*, 100.

30 Hernán Alberto Casco, *Derecho procesal civil* (Asunción: Tricolor, 2000).

uso satisfacer el derecho del ejecutante³¹. Esta definición resulta exacta para el presente análisis. Corresponde, entonces, conocer, con base en los poderes otorgados en la legislación, quién está facultado para sustanciar un proceso de ejecución.

Desde una óptima normativa, la facultad de ejecutar se reserva exclusivamente a los jueces de instancia. El artículo 150 del COFJ determina que las juezas y jueces tienen la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado³². Asimismo, el artículo 132 del mismo cuerpo legal establece que estas autoridades jurisdiccionales poseen facultades coercitivas, herramientas para hacer cumplir con mandatos³³.

Sin embargo, el legislador no ha conferido a un árbitro la facultad de *imperium* que emana de la jurisdicción. Si bien la institución arbitral posee herramientas para formar un sistema de justicia integral, el legislador ha limitado sus facultades de jurisdicción, suprimiendo, en concreto, aquella que le permitiría ejecutar una decisión arbitral o, como en este caso, un título de ejecución.

La sentencia 2520-18-EP/23, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, ha establecido que la jurisdicción ordinaria auxilia al arbitraje, pues los árbitros no poseen potestades de *executio*. Esta concepción es compartida por la doctrina. Díez-Picazo y Venegas establecen que los árbitros carecen de potestad de ejecución y, por tanto, de imperio para ejecutar decisiones que se adopten. Por dicha razón, los árbitros deberán solicitar el auxilio de la jurisdicción ordinaria para ejecutar sus decisiones. Como bien indica Jijón, el reconocimiento de la justicia arbitral por parte del Estado obliga a este a ejecutar los laudos arbitrales³⁴.

La misma legislación arbitral reconoce implícitamente que los tribunales arbitrales no poseen capacidad legal para ejecutar decisiones o títulos de ejecución. El artículo 32 de la LAM determina que cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas. En el mismo artículo se determina que los laudos arbitrales se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia mediante la vía de apremio³⁵.

Esta visión, incluso, corresponde a una óptima internacional. El Tribunal Constitucional de España, en su Auto 259/1993, determinó que la institución arbitral necesita ir de la mano con el juez natural. En una fase procesal, en la que el incumplimiento por parte de a quien se le ha impuesto determinada

31 Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, 165.

32 Artículo 150, COFJ.

33 Id.

34 Rodrigo Jijón Letort, "La independencia e imparcialidad de los árbitros", *Juris Dictio* 7, nº 11 (octubre, 2007): 26-36.

35 Artículo 32, LAM.

orden ha ocasionado una ejecución forzosa, solo a los jueces les corresponde hacer ejecutar lo juzgado.³⁶ Por tanto, se ha considerado que la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los órganos propios de la función judicial.³⁷ Según Juan Colombo, los árbitros no pueden ejecutar sus decisiones por las medidas coercitivas. Según este autor, la coercitividad es un instrumento demasiado serio y peligroso cuyo manejo se reserva al poder público.³⁸

En conclusión, los árbitros en efecto poseen facultades jurisdiccionales. Sin embargo, no gozan del poder de ejecutar y, en parte, de coerción. Por lo tanto, se dificulta la declaratoria de competencia frente a un proceso de ejecución en el que se busque ejecutar un acta transaccional, por ejemplo, de una manera forzosa. Esto conlleva una evidente contradicción que se expone mediante un caso hipotético en el punto subsiguiente.

4. ¿ES UN ACIERTO O UN ERROR DEL LEGISLADOR PERMITIR LA INCLUSIÓN DE CONVENIOS ARBITRALES EN TÍTULOS DE EJECUCIÓN?

Para evaluar si la reforma al COGEP, que permite incluir una cláusula arbitral en títulos de ejecución como oposición al proceso de ejecución, fue un acierto legislativo, es crucial trasladar los conceptos previamente expuestos al ámbito práctico. Un ejemplo ilustrativo se encuentra en el proceso judicial número 17230-2023-19781, relacionado con la ejecución de un acuerdo transaccional.³⁹ En dicho caso, la parte actora, al presentar su solicitud de ejecución, adjuntó como prueba un laudo emitido en el proceso arbitral número 017-2021, administrado por el Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Industria de la Construcción (CENAMACO).

Este laudo reflejaba la decisión del Tribunal Arbitral durante la audiencia de sustanciación, en la cual, al existir un título de ejecución, el tribunal se declaró incompetente. Su argumentación se basó en que, a pesar de que el documento evidenciaba la voluntad inequívoca de las partes para someterse al arbitraje, el árbitro no podía ejercer competencia debido a su falta de facultades coercitivas para hacer cumplir los mandatos contenidos en un título de ejecución, dada la naturaleza del documento.

Por esto, la parte acreedora y, ahora actora del proceso judicial citado, recurrió a la justicia ordinaria, campo donde su acto de proposición fue calificado y admitido a trámite.

36 Auto 259/1993, Tribunal Constitucional de España, 20 de julio de 1993.

37 Vanessa Aguirre, "El arbitraje y las normas de procedimiento ordinario: una interacción incomprensible", *Juris Dictio*, n.º 22 (diciembre 2018): 39, <http://dx.doi.org/10.18272/ju.v22i22.1194>.

38 Juan Colombo Campbell, *La competencia* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004), 471.

39 Proceso Judicial n.º 17230202319781, Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, 29 de septiembre de 2023.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En el presente artículo se analizó la pertinencia de incluir un convenio arbitral dentro de un título de ejecución, a raíz de la reforma introducida por la Ley Orgánica para la Transformación Digital y Audiovisual, publicada el martes 7 de febrero de 2023 en el Registro Oficial n.º 245. Esta reforma modificó el COGEP, permitiendo que la existencia de un convenio arbitral se utilice como base para oponerse al proceso de ejecución.

Para llegar a una conclusión, se estudiaron varios aspectos. Primero, se contextualizó el proceso de ejecución y se explicó su función esencial, que es hacer efectiva una obligación reconocida mediante potestades jurisdiccionales. Se detalló el procedimiento para sustanciar estos procesos, proporcionando al lector las herramientas necesarias para comprender el problema jurídico en cuestión. A continuación se planteó la interrogante sobre quién es competente para conocer un proceso de ejecución. La revisión normativa y doctrinaria reveló que los jueces de instancia son los competentes para ejecutar un título de ejecución, en este caso. Mientras que los árbitros carecen de la competencia para ejecutar derechos ya reconocidos debido a su falta de *executio* o *imperium*.

Con base en estos conceptos, se concluye que incluir un convenio arbitral en un título de ejecución puede provocar demoras innecesarias para la ejecución de derechos previamente reconocidos, lo que resulta en una pérdida de eficiencia procesal. Esta situación se agrava cuando el juzgador, al enfrentar una oposición basada en la existencia de convenio arbitral, se ve obligado a inhibirse, dejando al árbitro la tarea de decidir sobre su propia competencia. Sin embargo, los árbitros no tienen la autoridad para conocer la ejecución de títulos como actas de mediación, acuerdos transaccionales, hipotecas o contratos de prenda.

Por lo tanto, si no se da una facultad de ejecución a los árbitros, se recomienda una reforma urgente al Código Orgánico General de Procesos, específicamente la eliminación del numeral 8 del artículo 373, que establece la posibilidad de oponerse al proceso de ejecución mediante la existencia de un convenio arbitral. Esta reforma garantizaría una ejecución más efectiva, evitando demoras y tropiezos procesales innecesarios.



USFQ LAW REVIEW



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 2, octubre 2024

DOI Núm. 1: <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2>

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>

Enrique Jervis Dávalos

ICC YEA - International Chamber of Commerce | Presidente

Comisión Derecho Corporativo
(Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0005-4060-7661>

Luz Nicole Alvarez Barreno

ICC YEA - International Chamber of Commerce | Presidente

Comisión Derecho Corporativo
(Guayaquil, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0005-4939-800X>

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>

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>

Nicole Karolina Padilla Palacios

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0000-3112-985X>

Rut Doménica Urresta Domínguez

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0002-7975-7227>

Krithian Marcelo Guevara Tipán

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0005-0823-0059>

Ruth Mariana Ponce Guillén

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0009-4793-5747>

Douglas Mateo Chiluisa Letamendi

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0001-2904-5750>

Belén Estefanía Cruz Villalva

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0009-5919-0826>

Stephany Michelle Loayza Ponce

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0002-0739-2150>

PRESENTACIÓN DEL DOSSIER

Es un honor presentar la primera edición del Dossier especializado en derecho corporativo de *USFQ LAW REVIEW*, una publicación fruto de la colaboración entre el Comité Editorial de la revista y la Mesa de Derecho Corporativo de la Comisión de Young Ecuadorian Attorneys (YEA) de la Cámara de Comercio Internacional (ICC).

Este Dossier se concibió como un espacio para que los miembros de la Mesa de Derecho Corporativo de ICC YEA, a través de sus artículos, puedan incidir en el desarrollo doctrinario del derecho corporativo ecuatoriano. La obra refleja la evolución y análisis académico de instituciones jurídicas incorporadas o modificadas en las recientes reformas a la Ley de Compañías, y examina su impacto en el marco del derecho económico y mercantil en Ecuador.

La presente edición incluye dos artículos seleccionados y revisados rigurosamente. Nos complace presentar una obra que no solo documenta la transformación de las normas jurídicas aplicables a las empresas, sino que también profundiza en los efectos de estos cambios en el ámbito económico y mercantil, en un país que enfrenta importantes retos en la modernización de sus instituciones corporativas.

Primero, en el ámbito de Grupos Empresariales, José Alejandro Salvador examina el desarrollo reciente del régimen de responsabilidad para grupos empresariales en Ecuador. Tras la reforma a la Ley de Compañías, el país ha comenzado a considerar aspectos de control y subordinación en estos grupos, más allá de la mera propiedad accionaria. Este artículo analiza los beneficios y desafíos de aplicar la responsabilidad limitada en estructuras empresariales complejas, proponiendo la herramienta de *Enterprise Liability* como un medio para prevenir abusos y asegurar un resarcimiento efectivo para los acreedores.

Segundo, en cuanto a los Derechos de los Accionistas, Pablo Aguinaga explora las implicaciones de la reforma de 2023 a la Ley de Compañías, la cual elimina el requisito de un porcentaje mínimo de participación para ejercer el derecho de impugnación. Este cambio, que permite a los accionistas minoritarios recurrir decisiones sin importar su porcentaje de capital, podría ampliar la protección para estos actores. El artículo evalúa los efectos de esta modificación, considerando tanto las ventajas como los riesgos de una protección incrementada para los socios minoritarios.

Agradecemos a los distinguidos autores por su inestimable aportación, así como a todo el equipo editorial de la USFQ LAW REVIEW y a la directiva de la Mesa Corporativa de la ICC YEA por su apoyo en este proyecto.

Kevin Damián Ortiz Arias
EDITOR EN JEFE

Karen Paola Moreira Pinargote
EDITORA EN JEFE

Luz Nicole Álvarez Barreno
EDITOR EN JEFE

Enrique Jervis Dávalos
EDITORA EN JEFE

Quito, octubre de 2024

Régimen de responsabilidad limitada en grupos empresariales. Hacia una aplicación de la doctrina del Enterprise Liability en la legislación ecuatoriana

Limited Liability Regime in Corporate Groups. Towards an Enforcement of the Enterprise Liability Doctrine in Ecuadorian Law

JOSÉ ALEJANDRO SALVADOR GONZÁLEZ*

Recibido / Received: 27/05/2024

Aceptado / Accepted: 25/08/2024

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3322>

Citación:

Salvador Gonzalez J.A. “Régimen de responsabilidad limitada en Grupos Empresariales. Hacia una aplicación de la doctrina del Enterprise Liability en la legislación ecuatoriana”, USFQ Law Review vol. 11, no. 2, noviembre de 2024, <https://doi.org/10.18272/ulr.v1i2.3322>

* Miembro de la Mesa Corporativa de la ICC YEA y Asociado en Robalino Abogados, Quito 170525, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: josealejandro-11@hotmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-0468-6586USFQ>

RESUMEN

El régimen de grupos empresariales fue por mucho tiempo un aspecto de limitado desarrollo bajo la legislación ecuatoriana. No fue sino hasta la última reforma a la Ley de Compañías que Ecuador dejó de percibir a los grupos empresariales como una estructura basada en propiedad accionaria y pasó a analizarlos con fundamento en supuestos de control, subordinación y posibles efectos que dichas estructuras pudieran tener en las relaciones con terceros acreedores. Al tratarse de una regulación nueva en el escenario legislativo ecuatoriano, este trabajo analiza la naturaleza del grupo empresarial, con especial enfoque en los argumentos que apoyan o desestiman la necesidad de que dichas estructuras se puedan beneficiar del principio de responsabilidad limitada. Una vez analizadas las ventajas y los obstáculos de la aplicación de una limitación de responsabilidad en estos grupos, se argumentará sobre la necesidad de plantear un régimen de responsabilidad enfocado en grupos empresariales. Se estudia el uso de la herramienta conocida como *Enterprise Liability*, para evitar un abuso de responsabilidad limitada y perseguir a la estructura como una sola, en lugar de distinguir entre accionistas y la compañía como vehículo independiente. Finalmente, este trabajo analiza la legislación ecuatoriana en torno a cómo se ha desarrollado el régimen de responsabilidad para grupos empresariales, con énfasis en la necesidad de que dicho régimen goce de un tratamiento independiente al levantamiento de velo. Esto debido a que su aplicación en grupos empresariales es insuficiente y no garantiza una responsabilidad íntegra de la compañía matriz, ni un resarcimiento efectivo para los acreedores afectados.

PALABRAS CLAVE

Grupo empresarial; responsabilidad limitada; matriz; subordinada; control; *Enterprise Liability*; levantamiento del velo societario

ABSTRACT

Corporate group legislation was, for a long time, an aspect of scarce development under Ecuadorian law. It was not until the latest reform to the Company Law (Ley de Compañías) that Ecuador stopped perceiving corporate groups as a structure based on share ownership and began to analyze them based on assumptions of control, subordination, and possible effects that such structures may have on relations with third-party creditors. Since this is a new regulation in the Ecuadorian legislative scenario, this paper analyzes the nature of corporate groups, with special emphasis on the arguments that support or reject the need for such structures to benefit from the limited liability principle. Once the advantages and obstacles on the application of limited liability in these structures have been analyzed, it will be argued whether it is necessary to consider the incorporation of a liability regime focused on corporate groups. It is suggested to

incorporate a regime known as «enterprise liability doctrine» to avoid an abuse of limited liability and to pursue the group as a single structure, instead of distinguishing between shareholders and the company as an independent vehicle. Finally, this paper analyzes Ecuadorian legislation focused on how this liability regime for corporate groups has been developed, emphasizing the need for it to enjoy an independent treatment from the veil piercing doctrine. This, given that its application to corporate groups is insufficient and does not guarantee full liability of the parent company, nor an effective compensation for the affected creditors.

KEYWORDS

Corporate group; limited liability; parent company; subsidiary company; control; Enterprise Liability; corporate veil piercing

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de grupos empresariales estuvo presente desde hace varios años en legislaciones extranjeras dentro y fuera de Latinoamérica. Su premisa era que la propiedad accionaria o el control de una compañía —que una vez fue un aspecto exclusivo de las personas naturales— ahora también podía ostentarse por otra compañía o persona jurídica. Tanto la doctrina como la legislación extranjera han discutido el peligro atado a que una compañía sea accionista de otra, sobre todo por el excesivo beneficio que otorga el principio de responsabilidad limitada en estos casos. El desarrollo académico y legislativo en torno a grupos empresariales ha tenido el enfoque de evitar que exista una extralimitación de los beneficios que, en su momento, estaban pensados para otro entorno económico.

El aspecto más discutido es la implementación de un régimen de responsabilidad adecuado que impida que los acreedores se vean perjudicados frente a un abuso del principio de responsabilidad limitada por parte de una estructura de grupo empresarial. En el caso ecuatoriano, fue hasta hace poco que la legislación dejó de entender al grupo empresarial como un sinónimo de una compañía *holding* o tenedora de acciones y, por ende, a la propiedad accionaria como el único supuesto de control o subordinación. A raíz de la reforma a la Ley de Compañías (en adelante LC) publicada en 2023¹, se incorporó un régimen diferente para estas estructuras enfocado en su conformación, obligaciones y supuestos bajo los cuales se puede determinar una consolidación del grupo empresarial.

Si bien Ecuador ha dado un gran paso al incorporar este régimen, el análisis para imponer responsabilidad no ha sido lo suficientemente claro. Sobre todo considerando que los grupos empresariales tienen una estructura mucho más compleja que las compañías tradicionales. Un régimen inadecuado de responsabilidad podría perjudicar a los acreedores. Por ello, este trabajo tendrá como finalidad analizar, a través de la doctrina y jurisprudencia anglosajonas, la aplicación del régimen de responsabilidad para este tipo de estructuras, llamado en el *Common Law* como *Enterprise Liability*.

En primera instancia se puntualizarán las condiciones para la conformación de las estructuras de grupos empresariales y los supuestos para determinar una situación de control. Seguido de ello, se analizará el principio de responsabilidad limitada y por qué su finalidad no es compatible cuando se aplica a las estructuras de grupos empresariales. A continuación, se estudiará por qué otras figuras de excepción a la responsabilidad limitada no son alternativas suficientes para evitar que los grupos empresariales puedan evadir sus

1 Ley de Compañías [LC], R.O. Suplemento 269 del 15 de marzo de 2023.

acreencias. Posteriormente, este trabajo revisará si existe una aplicación del régimen *Enterprise Liability* en la legislación ecuatoriana, analizando la LC en lo que respecta al régimen de responsabilidad en grupos. Finalmente, se evidenciará una confusión entre la regulación del *Enterprise Liability* en Ecuador y el régimen del levantamiento del velo societario, por lo que resulta importante delimitar las diferencias entre ambos conceptos.

2. DESARROLLO

2.1 NATURALEZA DE LOS GRUPOS EMPRESARIALES

El análisis sobre el derecho de sociedades en Ecuador se ha basado, hasta hace poco, en la premisa de que las compañías ecuatorianas se manejan principalmente con un régimen familiar y de capital cerrado. Esto implica que la compañía no recurre a los métodos provistos por el mercado de valores para financiar sus actividades. Además, significa que la administración y el control subyace en los mismos accionistas. Pese a que estas compañías son la regla general en el mercado ecuatoriano, existen otras formas de organización interna que responden a la necesidad de la compañía de alcanzar dimensiones económicas de mayor importancia, que la obligan inevitablemente a asumir una configuración bajo dirección unificada de otra compañía que la guíe².

Sobre esta base, la legislación ha reconocido la configuración de los denominados grupos empresariales. Estos están formados por compañías que mantienen su personalidad jurídica independiente, pero actúan considerando un mismo propósito y dirección por instrucciones o lineamientos impartidos por su matriz³, a través de varios mecanismos estudiados en el presente trabajo. Cuando una compañía se vuelve parte de un grupo, es innegable que su nueva estructura organizacional tendrá un impacto positivo en la optimización de su productividad y prestación de servicios, dependiendo de la actividad que busque desarrollar y su presencia en el mercado.

La composición del grupo empresarial cumple con una finalidad económica, pues permite el desarrollo y la competencia efectiva en el mercado mediante la innovación, abaratando costos y mejorando el acceso de bienes y servicios de mejor calidad al público. Roitman apoya este precepto. Indica que la existencia de grupos permite la creación de economías de escala, a fin de mejorar la eficiencia y facilitar la competencia entre compañías cuyas dimensiones son mayores a las que normalmente concurren en un mercado determinado⁴. Igualmente, sostiene que los grupos empresariales responden al proceso

2 Horacio Roitman et al., *Los grupos societarios: dirección y coordinación de sociedades* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012), 20.

3 Francisco Hernando Reyes Villamizar, *Derecho societario* (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2016), 308.

4 Roitman et al., *Los grupos societarios*, 60.

evolutivo del concepto de empresa, que se ha visto obligado a adaptarse a los procesos de diversificación financiera, estructural y geográfica impuestos por los sistemas económicos.

No obstante, varias críticas han nacido como producto de que una compañía matriz, como persona jurídica independiente, pueda gozar de la responsabilidad limitada por ser accionista de otra compañía del grupo o actuar en el mercado a través de esta, brindando a los beneficiarios finales una capa adicional de protección. Es así como los grupos empresariales pueden estructurarse de varias maneras. Sin embargo, todas estas estructuras responden a una misma necesidad, a saber: la de mantener, como matriz, el control de todas las compañías aguas abajo, lo que puede desembocar en prácticas abusivas en perjuicio de terceros o los accionistas minoritarios⁵. Posteriormente se analizarán las críticas respecto de la existencia de dichas estructuras, su efecto sobre los terceros y las herramientas para asegurar que la existencia de dichos grupos no represente ventajas abusivas frente a la sociedad.

2.2 ESTRUCTURAS DE GRUPOS EMPRESARIALES

La doctrina y el desarrollo normativo delimita a los grupos empresariales dentro de dos categorías principales conforme su estructura dentro del mercado. Por un lado, existen grupos cuyas compañías pertenecen a un nivel distinto de la cadena de producción, pero dentro de la misma actividad económica. Estos son denominados *grupos empresariales verticales* y su objetivo principal es gestionar la dependencia de terceros en el suministro de bienes o materia prima que requiere para elaborar su producto final⁶. La estructura es beneficiosa ya que, cuando el grupo produce todo lo que necesita y no está sujeto a precios o variables de terceros, maneja de mejor forma el financiamiento requerido para estos y, consecuentemente, se vuelve más eficiente.

Por otro lado, los grupos empresariales horizontales buscan el control y la dirección de compañías cuyas actividades sean las mismas que las realizadas por su matriz. Esta estructura tiene como finalidad principal buscar una presencia mucho más sólida dentro de un segmento particular del mercado, mejorando de esta forma su posición frente a sus competidores⁷. A diferencia de la integración vertical, la doctrina concuerda en que esta modalidad de grupo puede presentar más riesgos al mercado y llevar al grupo a recaer en actividades monopolísticas que afecten a los consumidores.

5 Demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, C-510 de 1997, Corte Constitucional de Colombia, 9 de octubre de 1997, 11.

6 Roitman et al., *Los grupos societarios*, 256.

7 Ibid., 259.

2.3 SUPUESTOS PARA LA EXISTENCIA DE UN GRUPO EMPRESARIAL EN DERECHO COMPARADO

El desarrollo legislativo en varios países de América Latina, en legislaciones anglosajonas y en la doctrina sostienen que un grupo empresarial requiere: i) unidad de propósito y dirección y ii) situaciones de subordinación y control⁸. El control se ha definido como la capacidad de influenciar de manera dominante, a fin de ejecutar la voluntad decisiva del principal. Por ejemplo, Engrácia-Antunes sostiene que una situación de control o dominancia entre matriz y subordinadas existe cuando la primera tenga una posición estratégica dentro de la organización que toma las decisiones, misma que le permite influir directa o indirectamente sobre la segunda⁹.

Las definiciones antes citadas dan apertura a que el control de decisión determinante pueda plasmarse de diferentes maneras, lo cual no ha sido ignorado por el legislador. El control de una sociedad, como se indica más adelante, puede plasmarse, entre otras formas, de manera directa, indirecta, mediante disposiciones estatutarias, contractuales, por participación en el capital social o mayoría decisoria.

2.3.1 CONTROL ACCIONARIO

La definición clásica de “grupo empresarial” hace especial énfasis en las situaciones de subordinación, siendo estas las más comunes cuando un grupo se consolida formalmente. Es menester tomar en consideración las maneras en las que puede plasmarse dicha subordinación. La subordinación se presenta en grupos empresariales por excelencia con propiedad accionaria, y es incluso de las causales que se encuentran presentes en la mayoría de legislaciones que regulan dichas relaciones. Autores como Broseta discuten que la relación más común de subordinación se basa en una propiedad accionaria leve y necesaria para ejercer control, aunque en casos extremos existe una propiedad del 100 % del capital social¹⁰. No obstante, para cada caso es plausible una subordinación¹¹.

Tal es la importancia de la propiedad accionaria que ha sido incluida formalmente como causal para determinar control sobre la subordinada. Por ejemplo, legislaciones como la alemana —que fue de las primeras en normar a los grupos empresariales o *Konzernrecht* bajo su Ley de Sociedades incluyen en

8 Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 318.

9 José Engrácia-Antunes, *Liability of Corporate Groups, Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law: An international and Comparative Perspective* (Denver: Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1994), 390.

10 Manuel Broseta, *Manual de Derecho Mercantil* (Madrid: Editorial Tecnos, 2006), 577.

11 *Ibid.*, 578.

sus disposiciones al grupo empresarial como vehículo para maximizar el valor para los accionistas. Además, se analiza cómo, a través del grupo, puede perjudicarse a los accionistas minoritarios y, sobre todo, a los acreedores extracontractuales por medio de la desviación de capital o inversiones riesgosas¹². Por ello, dicha regulación está enfocada en proteger a esas minorías.

En Colombia, a su vez, la legislación presume que la propiedad de la mayoría accionaria —de determinarse para cada caso—¹³, será elemento suficiente para presumir la existencia de una estructura de control. Este aspecto —también recogido por Alemania— es de suma importancia. Una vez nacida la presunción de existencia de un grupo empresarial sobre la base de un control accionario, la carga de la prueba para desvirtuar esta aseveración recaerá sobre la parte interesada en probar la independencia de la subordinada¹⁴. En el supuesto de que no se pueda demostrar que las compañías son independientes, la matriz será responsable de las pérdidas de la subordinada en operaciones decididas por la primera¹⁵.

Otras legislaciones, *verbigracia*, plasman un umbral distinto respecto de porcentaje accionario. Tal es el caso de la legislación francesa, que establece una propiedad del 40% o más de las acciones para que se pueda presumir control¹⁶. En cuanto a la LC, se presume que existe subordinación cuando la matriz detente el 50 % o más de las acciones de la subordinada¹⁷.

2.3.2 MAYORÍA DE DERECHOS DE VOTO

Existen sociedades en situación de subordinación que no guardan relación con la participación en el capital, sino con el control que el tipo de acciones pueda otorgarle. En este supuesto, y conforme sostienen varios autores, la participación accionaria propiamente dicha es irrelevante para determinar control. A pesar de que un accionista no tenga la mayoría del capital nominal, su participación toma relevancia cuando sus derechos de voto son suficientes para controlar la formación de los órganos de administración o para la toma de decisiones. Esto implica, como acto seguido, un control en las decisiones de su subordinada.

Es preciso comentar que esta mayoría se enfoca desde una óptica decisoria, incluso si no corresponde a una del tipo absoluta con relación a otros accionistas¹⁸. Esta mayoría puede plasmarse, por ejemplo, en los casos en que un

12 Gerard Wirth y Michael Arnold, *Corporate Law in Germany* (Munich: Beck C. H., 2017), 181.

13 Artículo 26, Ley 222 de 1995 [Ley de Sociedades de Colombia], Diario Oficial n.º 42.156 del 20 de diciembre de 1995.

14 Wirth y Arnold, *Corporate Law in Germany*, 184.

15 Artículos 17 y 18, Aktiengesetz [Ley de Sociedades alemana], Gaceta Federal n.º 51 del 7 de febrero de 2023.

16 Artículo L233-16.2, Code de Commerce [Código de Comercio francés], Registro 2015-900 del 23 de julio de 2015.

17 Artículo 429.3, LC.

18 Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 319.

accionista minoritario, porcentualmente hablando, detente acciones con voto múltiple que represente una mayoría simple o calificada y, por consiguiente, una mayoría decisoria; o que, al contrario, su solo voto pueda evitar la toma de decisiones al no permitir que se consolide una mayoría requerida.

La LC plasma este concepto en su texto, refiriéndose a que una situación de control se presumirá con una mayoría accionaria en el capital social o derechos de voto. No obstante, el supuesto de mayoría de derechos de voto, además de contemplar el escenario del voto múltiple, se anticipa ante otras situaciones que puedan representar un control sobre las decisiones. Así, prescribe escenarios sobre votos conjuntos entre la matriz y las subordinadas que formen parte del capital social de otra subordinada, emisión de votos constitutivos de mayoría mínima o aseguramiento de votos con otros accionistas¹⁹. Por medio de este mecanismo, la LC blindará cualquier tipo de maniobra para evitar que el voto de la matriz pase desapercibido.

2.3.3 CONTROL DE ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS

El control puede también radicar en las personas encargadas de la administración. Es el caso ejemplificado por Broseta, en el que los administradores de la matriz son, a su vez, administradores de la subordinada. En estos supuestos, existe un control en la ejecución de las decisiones y, sobre todo, en la supervisión y control diario de las actividades de la matriz y la subordinada. Cabe señalar, conforme lo indica el autor, que estos supuestos son más comunes cuando las compañías son familiares, pues, al conformar un grupo, la identidad de los administradores suele mantenerse o incluso se designa a los mismos accionistas²⁰.

La LC se refiere expresamente a una presunción de subordinación cuando la mayoría de los miembros de los órganos de administración de la matriz sean miembros de los órganos de la subordinada²¹. Así mismo, Brasil en su *Lei das Sociedades Anónimas*, la segunda que implementó regulaciones sobre grupos empresariales luego de la alemana, contiene disposiciones respecto de un control administrativo parecido al ecuatoriano. No obstante, lo complementa con la obligación de que, al probarse la configuración del grupo empresarial, las compañías estarán obligadas a formar órganos de administración separados de aquellos controlados por la matriz. Con ello, se propende a una independencia en las decisiones²².

19 Artículo 429.2, LC.

20 Broseta, *Manual de derecho mercantil*, 579.

21 Artículo 429.2, LC.

22 Artículo 162.2, Lei Das Sociedades Anonimas [Ley de Sociedades de Brasil], Registro n°. 9.457 de 1997.

2.3.4 CONTROL POR ACUERDOS

Es importante considerar que el control puede ligarse a un concepto de propiedad, sea directa o indirecta, que permita tomar decisiones o escoger a quienes en lo posterior estarán encargados de hacerlo. No obstante, el control puede también plasmarse en un aspecto que ligue a las compañías con fundamento obligacional, como un contrato. Un supuesto para determinar subordinación es, conforme lo regulan algunas legislaciones, cuando —por medio de un contrato o acuerdo de cualquier naturaleza— una compañía se coloca en una situación de subordinación frente a otra²³. La doctrina española igualmente analiza este presupuesto de control, estableciendo en este caso que el contrato será el medio de dominación frente a la subordinada, por el cual la cohesiona para comportarse de una determinada manera²⁴.

Meredith Dearborn analiza este supuesto de control argumentando que, con independencia de la naturaleza del contrato o acuerdo, este siempre debe ser revelado o público, a fin de asegurar intereses de terceros acreedores contractuales²⁵. Del mismo modo, argumenta que dichos acuerdos, a fin de asegurar una correcta protección, deben obligar a la matriz a asumir las pérdidas de las subordinadas, así como a establecer reservas en caso de eventuales obligaciones con terceros o accionistas pasivos. Aunque esto sea correcto en lo que respecta a evitar que el grupo empresarial se aproveche de su estructura para externalizar sus riesgos en mayor proporción, es menester considerar que estos acuerdos contienen en la mayoría de casos, si no en todos, información confidencial de la operación de las compañías. Por esta razón, ponerlos a disposición del público podría traer más consecuencias negativas que beneficios a los acreedores.

Esta posición es acogida por la Ley de Sociedades alemana bajo el *Contractual Konzerne*. En ella, se establece que, una vez determinada la presunción, el acuerdo en cuestión debe volverse público. Esto, a fin de que terceros acreedores puedan conocer sobre dicha estructura de manera previa a contratar con la compañía²⁶. Además, se responsabilizará a la matriz por todas las pérdidas de la subordinada, con independencia de si estuvieron relacionadas al control de la primera²⁷. La LC analiza esta causal de manera más específica, indicando que se presumirá control cuando exista un acuerdo de actuación conjunta, expreso o tácito, para participar con similar interés en el control de compañía²⁸.

23 Pablo Girgado, *Grupo de empresas y derecho antitrust: La aplicación de las normas anticolusorias en el derecho intragrupo* (Madrid: Marcial Pons, 2007), 20.

24 Broseta, *Manual de derecho mercantil*, 579.

25 Meredith Dearborn, “Enterprise Liability: Reviewing and Revitalization Liability for Corporate Groups”, *California Law Review* 97, n.º 1 (diciembre de 2008): 216, <https://doi.org/10.15779/Z384Q41>.

26 Volker Bringezu, “Parent-Subsidiary Relations under German Law”, *The International Lawyer* 7, n.º 1 (enero de 1973): 139, <https://www.jstor.org/stable/40704818>.

27 *Ibid.*, 493.

28 Artículo 429.4, LC.

Es perfectamente posible que, del solo análisis del comportamiento de las sociedades, se determine que existe un acuerdo tácito.

3. RESPONSABILIDAD LIMITADA EN SOCIEDADES MERCANTILES

La responsabilidad limitada es un principio fundamental del derecho de sociedades. Implica que los accionistas que forman parte de la sociedad constituida a partir del nacimiento de la persona jurídica como centro de imputación diferenciado responderán, por regla general, hasta por el monto de su respectiva aportación²⁹. Si bien el principio surge dentro de un contexto económico distinto al que hoy en día existe, responde a las mismas necesidades que produjeron su nacimiento. Entre otras, estas son la posibilidad de permitir la diversificación de capital y la distribución de riesgos entre los accionistas, la compañía y los terceros que realizan actividades económicas con la persona jurídica³⁰.

Así mismo, la responsabilidad limitada, de la mano con la personalidad jurídica independiente, reafirma que, una vez que la compañía nace a su vida jurídica, esta es independiente de aquellos que la conforman. La jurisprudencia anglosajona ha discutido sobre la naturaleza de la figura, desestimando argumentos respecto de que la compañía actúe como agente de sus accionistas. Por ejemplo, recoge casos en los que los argumentos a favor de exigir responsabilidad directa al accionista fueron fundamentados sobre la base de que la compañía es un agente por medio del cual los accionistas interactúan en el mercado, volviéndolos responsables de las actuaciones de esta³¹. No obstante, estos argumentos fueron desestimados por las autoridades que los conocían, con base en que la compañía no es una cosa sobre la cual se ostenta propiedad, sino una persona jurídica distinta que sirve como un nexo para contratos, esta posición es sostenida, entre otros, por Ronald Coase³².

4. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD LIMITADA EN EL DERECHO SOCIETARIO

La responsabilidad limitada, bajo la teoría contractual³³, busca eliminar costos de transacción y agilizar las relaciones comerciales. Vale la pena analizar las

29 Reinier H. Kraakman et al., *The anatomy of corporate Law: A Comparative and Functional Approach* (Oxford: Oxford University Press, 2017), 8-9.

30 Stephen M. Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", *Journal of Corporate Law* 26, n.º 3 (julio de 2001): 12, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.236967>.

31 Walkovsky c. Carlton, Corte de Apelaciones de Nueva York, 29 de noviembre de 1966, párr. 4.

32 Ronald Coase, "The Nature of the Firm", *Economica* 4, n.º 16 (noviembre de 1937): 386, <https://doi.org/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>.

33 Esta teoría, expuesta por Stephen Bainbridge, analiza que la responsabilidad limitada opera como una regla general, con la finalidad de eliminar costos de transacción al momento de negociar. Bainbridge discute además las razones por las cuales se optó por la responsabilidad limitada como regla general, y no otro tipo de responsabilidad, con base en escenarios respecto de compañías abiertas o cerradas frente a acreencias contractuales y extracontractuales. Ver, Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 2.

ventajas de la responsabilidad limitada y su razón para ser la regla general. En principio, permite una mayor diversificación en las inversiones de los accionistas, pues existen incentivos como la protección patrimonial o *defensive asset partitioning*³⁴ ante un eventual caso de incumplimiento o insolvencia de la persona jurídica. Como consecuencia, los accionistas serán acreedores residuales y no podrán ser restituidos de sus aportes, sino hasta que el último acreedor haya sido pagado.

Con la responsabilidad limitada, la distribución de riesgos permite que los réditos de una actividad económica sean ilimitados para los accionistas, pero las pérdidas fueran asumidas en proporción al monto aportado por cada uno de estos³⁵. Aquello no solamente presenta beneficios para el accionista que, de otra forma, sería más adverso al riesgo. También es positivo para el desarrollo de la actividad comercial, que en varias instancias tiene repercusiones valiosas sobre la sociedad.

Igualmente, permite que la compañía pueda tener una división entre el capital social o las inversiones en esta y la administración. Aunque no son excluyentes, la responsabilidad limitada hace posible que los accionistas que no están interesados en el manejo administrativo de la compañía no tengan que interceder, cuestión que en ciertos casos podría entorpecer la marcha operacional de esta. En el supuesto en el que un accionista fuera ilimitadamente responsable, además de que su inversión bajaría significativamente debido al riesgo que corre su patrimonio personal, no podría dejar que un aparato de gobierno y administración se encargue por sí solo de la marcha de la compañía sin su supervisión.

Un accionista tendría más incentivos para participar de la administración de la compañía, lo cual puede resultar contraproducente cuando no conoce el negocio en cuestión. Incluso, este régimen afectaría directamente el incentivo de monitoreo de la compañía, pues, además de solo recaer en la administración, tendría incidencia en el monitoreo al resto de accionistas. El accionista deberá supervisar que los demás no corran riesgos relativos a inversiones, endeudamiento y demás que pudieran resultar en un crecimiento de la compañía, pero al ser de alto riesgo son poco llamativos para los inversionistas.

Entre las ventajas más plausibles para los acreedores existe la facilidad para exigir el cobro de acreencias frente a un incumplimiento. Bajo la premisa de que existiera una responsabilidad solidaria, las compañías solo celebrarían

34 Henry Hansmann y Richard Squire, "External and Internal Asset Partitioning: Corporations and Their Subsidiaries", en *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, ed. Jeffrey Gordon y Wolfe Georg Ringe (Nueva York: Oxford University Press, 2018), 312.

35 Stephen M. Bainbridge y M. Todd Henderson, *Limited Liability: A Legal and Economic Analysis* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2016), 42.

contratos basándose en la capacidad crediticia de los accionistas, mas no en las atribuciones de la compañía como generador de riqueza. Ahora, si se adoptaran modalidades como la responsabilidad *pro rata*³⁶, los acreedores tendrían que perseguir a todos los accionistas por el porcentaje de la deuda que corresponde sobre la base de su participación en el capital. Si esto puede resultar complicado frente a una compañía cerrada con más de dos accionistas, su aplicación resultaría imposible en una compañía que cotiche sus acciones en el mercado de valores.

La responsabilidad limitada elimina dichas dificultades y convierte en deudor a un solo responsable: la compañía³⁷. Existen ocasiones en las que no todos los acreedores tienen un contrato que les permita exigir algo a la compañía, más cuando de por medio existe fraude o abuso del derecho. El caso de los acreedores extracontractuales ha sido motivo de discusión para la doctrina en varias ocasiones. Se ha mencionado que puede ser el único caso en el que la responsabilidad limitada, como regla general, no se justifica³⁸. Cuando a esto se añade un fraude o abuso del derecho, corresponde la aplicación del levantamiento del velo societario para desconocer la persona jurídica independiente que ha sido usada como una mera fachada para un beneficio fraudulento de quienes la integran.

No obstante, cuando no se configura este fraude o abuso, el argumento que apoya la aplicación de la responsabilidad limitada radica en que una acreencia extracontractual, desde un accidente automovilístico hasta daños ambientales o de contaminación, tendrá una repercusión considerable en la reputación de la compañía y en la finalidad de maximización de valor para los accionistas. La responsabilidad limitada trae como consecuencia —más en estos casos— un deber de responsabilidad con la sociedad, en respuesta a que esta ha permitido el incentivo de la responsabilidad limitada.

La evidencia empírica en el caso Jonathan Harr c. Dalkton Shield muestra cómo la contaminación del agua por parte de la compañía causó que entrara en proceso de bancarrota. A pesar de que todos los acreedores fueron resarcidos por los daños, y ninguno de los accionistas fue directamente responsable, el daño a su imagen corporativa la llevó a su extinción³⁹. Considerando lo anterior, la responsabilidad limitada en casos de responsabilidad extracontractual se justifica por el beneficio que trae a la sociedad, además de que el deber de responsabilidad que asume la compañía actúa como elemento disuasivo para causar daños a terceros, dados los efectos reputacionales que pueda llegar

36 Henry Hansmann y Reinier Kraakman, "Towards Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts", *The Yale Law Journal* 100, n.º. 7 (mayo de 1991): 1884, <http://hdl.handle.net/20.500.13051/8625>.

37 Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 19.

38 *Ibid.*, 32.

39 Jonathan Harr c. Dalkton Shield, Corte de Apelaciones del Distrito de Florida, 21 de enero de 1985, párr. 18.

a tener⁴⁰.

5. RESPONSABILIDAD LIMITADA EN GRUPOS EMPRESARIALES

Es fundamental considerar que el principio de responsabilidad limitada, desde sus orígenes modernos en Reino Unido⁴¹, hasta su aplicación en Estados Unidos a partir del siglo XIX⁴², denota su enfoque hacia la sociedad en desarrollo. Su intención radicaba en asociarse para generar plazas de empleo, riqueza e impulsar objetivamente las industrias que estaban en proceso de crecimiento. Ante este panorama nació la necesidad de que las estructuras corporativas muten hacia una organización interna más elaborada, que partía de la posibilidad de que los accionistas no fueran solo personas naturales, sino también otras compañías.

Este escenario fue por muchos años una prohibición *de facto* en Estados Unidos⁴³, hasta que el estado de Nueva Jersey permitió expresamente que la adquisición de acciones pueda perfeccionarse cuando el adquirente fuera otra compañía⁴⁴. Los tribunales, ante la realidad de los hechos, comenzaron a catalogar a las adquisiciones de acciones por parte de una compañía como posible, únicamente si los estatutos lo permitían. Caso contrario, y como ocurrió en el caso *Peabody c. Chicago Gas Trust Co.*⁴⁵, fue aplicada la teoría *ultra vires*⁴⁶ para inobservar las adquisiciones, aludiendo que las actuaciones de la compañía habían excedido su objeto social determinado.

Evidentemente, este fue un aspecto que no estaba previsto cuando la responsabilidad limitada fue establecida como regla general del derecho de sociedades. Parecía contraintuitivo pensar que los accionistas de una compañía, que gozan de responsabilidad limitada, usen el vehículo societario para ser accionistas de otra, aplicando una segunda capa de protección a los activos del beneficiario final. Esta posibilidad hizo que la responsabilidad limitada deje de ser un mero blindaje para el accionista por deudas de la compañía para convertirse en un blindaje para la matriz por obligaciones de sus subordinadas, así como de las subsidiaras controladas de manera indirecta por la principal⁴⁷.

Producto de lo anterior, las empresas pasaron a reestructurar su organización

40 Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 22.

41 Phillip Blumberg, "Limited Liability and Corporate Groups", *The Journal of Corporate Law* 11, n.º 4 (enero de 1986): 587, https://digitalcommons.lib.uconn.edu/law_papers/28.

42 Ibid.

43 Dearborn, "Enterprise Liability", 203.

44 Engrácia-Antunes, *Liability of Corporate Groups*, 402.

45 *People ex rel. Peabody c. Chicago Gas Trust Co.*, Corte Suprema de Illinois, 26 de noviembre de 1889, párr. 8.

46 La doctrina *ultra vires* analiza la incapacidad de una compañía de celebrar actos que excedan su capacidad operativa, misma que fue delimitada previamente por sus accionistas en el objeto social. Ver Paul Noboa, "La doctrina *Ultra Vires* en el contexto societario ecuatoriano" SSRN (abril de 2020): 1, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3587514>.

47 Blumberg, "Limited Liability and Corporate Groups", 604.

interna, aprovechando al máximo la integración de diferentes compañías para la creación de un grupo empresarial. Latty analiza cómo esta restructuración cambió por completo la visión corporativa, dejando de lado el concepto tradicional de que la compañía por sí sola era la corporación completa. Ahora, entendida como la unidad económica que interactúa en el mercado, podía estar compuesta por un sinnúmero de compañías detrás⁴⁸. Como producto de que la responsabilidad limitada pueda ser objeto de beneficio por parte de otra compañía debido a que representa una protección adicional, surge la preocupación de que fácilmente puede prestarse para un abuso por parte de la sociedad matriz en las relaciones que mantenga a través de sus subordinadas.

5.1 IMPLICACIONES EN LA RESPONSABILIDAD LIMITADA FRENTE A LA EXISTENCIA DE UN GRUPO EMPRESARIAL

Uno de los conflictos más latentes en responsabilizar a las compañías que forman parte de un grupo empresarial es que todas las integrantes se benefician de la responsabilidad limitada. Cada una sigue siendo una persona jurídica distinta, con independencia de que exista relación entre estas, ya sea por participación en el capital social o por cualquiera de los supuestos discutidos. Esto implica que la sola propiedad accionaria o vinculación entre compañías y el consecuente control que una tenga sobre otra no es causal para una responsabilidad adicional⁴⁹. De otro modo, no existiría ningún incentivo para expandir el mercado. La responsabilidad limitada no puede comprometerse por la sola configuración de control.

La jurisprudencia anglosajona ha resuelto sobre varios supuestos en los que existe una pretensión que busca responsabilidad de una compañía que maneja, tras bambalinas, a otra que se obliga con terceros. Entre estos, el caso *Pullman's Palace Car Company c. Missouri Pacific Railway* data de un conflicto en el que la compañía actora demandaba el cumplimiento de un acuerdo de exclusividad que le permitía construir, diseñar y proveer los vagones a Missouri Pacific Railway para las rutas que manejaba o que podía llegar a manejar en un futuro⁵⁰.

Eventualmente, Missouri Pacific Railway adquirió propiedad accionaria de otras que tenían el mismo giro de negocio. A través de estas se inició un proceso de contratación con otros proveedores para el diseño y construcción de los vagones. El actor alegó que la exclusividad pactada fue violada. A pesar de

48 Evin Latty, *Subsidiaries and Affiliated Corporations* (Chicago: The Foundation Press, 1936), 4.

49 Christian A. Witting, *Liability of Corporate Groups and Networks* (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 67.

50 *Pullman's Palace Car Company c. Missouri Pacific Railway 789*, Corte del Distrito Este de Missouri, 7 de diciembre de 1885, párr. 6.

que la corte reconoció vulneraciones a la exclusividad por el uso de *know-how* en el diseño de los vagones, desestimó la pretensión de la extensión de la exclusividad al grupo empresarial, dado que la obligación era solo con Missouri Pacific Railway, no con sus subordinadas⁵¹. Esto, tomando en cuenta que las compañías son personas jurídicas distintas, a pesar de que su manejo administrativo o control corresponda al mismo accionista o junta directiva⁵².

La jurisprudencia anglosajona manejó este criterio en varios casos, alineando sus decisiones a la teoría tradicional de que las compañías son personas jurídicas independientes de quienes las conforman. En el caso *Gibbs c. Greenville & Columbia R.R.*, la Corte de Carolina del Sur estableció que la propiedad accionaria de la matriz en su subordinada es irrelevante porque no afecta la identidad y finalidad de esta⁵³. Bajo la hipótesis del presente trabajo, a pesar de que este criterio respete la personalidad jurídica independiente y reafirme el principio de responsabilidad limitada, ignora el hecho de que una estructura compuesta de varias compañías puede diluir la responsabilidad limitada tanto que esta puede no tener cabida nunca.

Sin embargo, el solo hecho de beneficiarse de la responsabilidad limitada por medio de la constitución o adquisición de una compañía no es reprochable⁵⁴. Pese a esto, la práctica evidenció un uso excesivo de personas jurídicas fantasma para el abuso del principio de responsabilidad limitada, aspecto que obligó a los tribunales anglosajones a modificar sus criterios. En el caso *Central Trust Co. c. Bridges*⁵⁵ se concluyó que la personalidad jurídica independiente de la que goza una compañía dentro de un grupo empresarial resulta en una doble capa de protección contra una eventual responsabilidad. Acontecimientos como estos iniciaron la tendencia de que se pueda considerar una responsabilidad de la matriz, en el supuesto de que la subordinada haya actuado bajo lineamientos de la principal y esto dé como resultado un fraude en la adquisición o venta de activos⁵⁶.

6. ¿ES DESEABLE LA APLICACIÓN DE RESPONSABILIDAD LIMITADA A GRUPOS EMPRESARIALES?

Pese al continuo desarrollo en los criterios para disminuir los abusos de la responsabilidad limitada entre grupos, la jurisprudencia citada no discutía por completo algunos aspectos adicionales. Por ejemplo, ignoró la idea de que, al actuar por medio de una subordinada, la matriz se beneficiaba con un

51 Id., 597.

52 Blumberg, "Limited Liability and Corporate Groups", 609.

53 *Gibbs c. Greenville & Columbia R.R.*, Corte del distrito de Carolina del Sur, 8 de agosto de 1882, párr. 69.

54 Witting, *Liability of Corporate Groups and Networks*, 70.

55 *Central Trust Co. c. Bridges*, Corte de Apelaciones de Estados Unidos, Sexto Circuito, 1 de agosto de 1893.

56 Blumberg, "Limited Liability and Corporate Groups", 610.

incentivo para una externalización de riesgos exagerada. Estas consideraciones abren puertas a la duda de si es deseable que el principio de responsabilidad limitada proteja a la matriz de las obligaciones de la subordinada o si es momento de que el legislador replantee su aplicación.

La doctrina ha desarrollado esta idea. La responsabilidad limitada nació como un incentivo para motivar la inversión en el mercado sin arriesgar el patrimonio del accionista, suprimiendo su aversión al riesgo. En el caso de las compañías, estas no tienen la aversión al riesgo que las personas naturales sí, sobre todo porque ya están inmersas en el mercado y ya no hay un desincentivo para su participación en el capital social de otra compañía⁵⁷. Es lógica la conclusión de que la aversión al riesgo no es un contingente que limite la participación de una compañía en el capital de otra, en comparación con lo que ocurre con las personas naturales, y no puede ser utilizado como un argumento que apoye la aplicación de este principio en grupos empresariales.

Otro punto relevante tiene que ver con la facilidad de dividir la propiedad y el control. Por regla general, la responsabilidad limitada permite la diversificación de las inversiones por parte del accionista, así como la facilidad de que estas no vayan atadas a un deber de administración. Es una ventaja que permite no formar parte de la administración interna ni tampoco vigilar al resto de los accionistas, ya que la administración se centraliza en el aparato creado para esto⁵⁸.

No obstante, cuando se trata de una relación matriz-subordinada, la matriz se vuelve accionista con el fin de utilizar a esta como medio para su actividad económica. En este sentido, una consecuencia de dicha finalidad será que la matriz esté activamente presente en la administración y vigilancia financiera de la subordinada, directamente o a través de los que sean designados por esta⁵⁹. Incluso, en muchas estructuras económicas el desempeño y crecimiento de las subordinadas son lo que mantiene en funcionamiento a la compañía matriz. Además, conforme Blumberg indica, el monitoreo de la matriz también evita la configuración de daños antes de que ocurran⁶⁰. Por esto, el escenario en el cual una compañía decida ser accionista de otra solo para mantener su calidad de accionista pasivo sin involucrarse en la administración es excepcional en estas estructuras.

Finalmente, una de las causas más discutidas por la doctrina respecto de la necesidad de inobservar el principio de la responsabilidad limitada para grupos

57 Witting, *Liability of Corporate Groups and Networks*, 72.

58 *Ibid.*, 73.

59 Ian Ramsay, "Allocating Liability in Corporate Groups: An Australian Perspective", *Connecticut Journal of International Law* 13, n.º 2 (octubre de 1999): 350, <https://ssrn.com/abstract=1024901>.

60 Blumberg, "Limited Liability and Corporate Groups", 614.

es la externalización de riesgos. Cuando la inversión se realiza por personas naturales, la consecuencia lógica es que se externalizan los riesgos de la compañía y los accionistas a terceros, que son quienes asumen la posibilidad de no ser pagados en caso de que el vehículo no tenga los suficientes recursos, salvo una determinación de fraude⁶¹. En este escenario, los accionistas tendrán incentivos para invertir más de lo que invertirían si el riesgo afectase su patrimonio, permitiendo así que el mercado fluya de mejor manera⁶².

En el contexto de grupos empresariales este beneficio puede resultar en daños graves a la sociedad, porque el incentivo principal del grupo será externalizar la mayor cantidad de riesgos por medio de sus subordinadas y filiales, de manera que las varias capas de responsabilidad limitada sean lo suficientemente grandes como para evitar la materialización de un daño o responsabilizarse por ellos. En este sentido, si la compañía matriz está protegida por la responsabilidad limitada propia y de sus subordinadas y filiales, es muy probable que esta realice actividades de muy alto riesgo y que tengan un efecto negativo para la sociedad, pero aumenten el valor presente neto del grupo⁶³. Esto es peligroso. Sin un régimen de responsabilidad definido, y si el capital o los activos de la subordinada no son suficientes para pagar las acreencias, los acreedores no podrán exigir cualquier obligación pendiente.

A esto se suma que la matriz podría tener el incentivo de que cada subordinada sea capitalizada en un porcentaje mínimo con relación a lo que debería capitalizarse para realizar las actividades en cuestión. O, en su defecto, que teniendo el capital suficiente sea infracapitalizada para evitar el pago de acreencias, como será analizado en acápite posteriores. Todos estos aspectos relativos a la aversión al riesgo representan para el presente trabajo una de las consecuencias que más incentiva a la creación de un régimen de responsabilidad enfocado a estas estructuras. Esto es a raíz de que los grupos empresariales tienen menos aversión al riesgo en el contexto de ser accionista de otra de lo que tienen las personas naturales.

Todos los factores discutidos se justifican bajo un régimen de responsabilidad limitada aplicable a personas naturales, sobre todo por el bienestar que representan a la sociedad, a pesar de que existan contingentes, como la responsabilidad extracontractual, analizados en apartados precedentes. No obstante, en grupos empresariales la responsabilidad limitada ha generado varios fenómenos estructurales que vale la pena analizar, ya que fundamentan la premisa de que no es socialmente deseable mantener este beneficio como parte de los grupos, dentro de estos fenómenos se destacan el denominado

61 Hansmann y Kraakman, "Towards Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts", 1891.

62 Ibid.

63 David Leebron, *Limited Liability, Tort Victims and Creditors* (Nueva York: Center for Law and Economic Studies, Columbia University School of Law, 1992), 42.

judgment-proofing y la infracapitalización de la sociedad.

6.1 FUNDAMENTOS DEL *JUDGMENT-PROOFING*

La doctrina analiza que la estructura más común de los grupos empresariales es aquella que adopta una organización dividida, o una forma de “M”⁶⁴. Esta consiste en que cada una de las subordinadas pertenecientes al grupo se dedican a una etapa distinta de la cadena productiva en lo que respecta a manufactura, procesamiento, ventas y administración del negocio. En el entendido de que la actividad económica sea responsable, genera un efecto positivo, pues focaliza el desarrollo de cada negocio a una compañía en particular, lo que permite un desarrollo más centralizado de cada actividad y mejores resultados a largo plazo. Muscat sostiene que es común que las compañías formen grupos empresariales que van más allá del control o la administración sobre otras⁶⁵.

Esto va ligado con la premisa de la responsabilidad limitada, pues denota un efecto positivo en el mercado, incentivando el desarrollo y, sobre todo, la independencia de las compañías. Así se fundamenta el argumento de que detentar control de otra sociedad no puede ser *per se* sancionable. La responsabilidad es una consecuencia de que previamente exista un supuesto de hecho que configure el nacimiento de esta responsabilidad. Dicha consecuencia no corresponde al solo estatus de configurarse como grupo, ni nace a partir de que se configure control de la matriz en la subordinada⁶⁶.

La compañía tiene la plena capacidad de conformar grupos empresariales y puede aprovecharla para blindarse por medio de varios vehículos que solo sirvan para aquel propósito. Visto así puede, deliberadamente, estructurar su propio grupo empresarial constituyendo subordinadas y filiales con la única finalidad de proteger activos, evitar un alcance efectivo de estos frente a una demanda por responsabilidad o, en general, para evitar ser directamente responsable de las actividades que realice a través de sus subordinadas. Esa habilidad de constituir sus compañías fantasma con el fin de eliminar o reducir la responsabilidad directa toma el nombre, en el derecho anglosajón, de *judgment-proofing*⁶⁷.

Verbigracia, una compañía matriz que es propietaria de todo el activo corriente podría constituir una subordinada para que sea dueña de todos sus equipos y otra con la sola finalidad de que se obligue con terceros. La última realizaría las actividades de mayor riesgo con los equipos de la primera subordinada, a

64 Witting, *Liability of Corporate Groups and Networks*, 79.

65 Andrew Muscat, *The Liability of the Holding Company and the Debts of its Insolvent Subsidiaries* (Nueva York: Ashgate Publishing, 1996), 155.

66 Rene T. Wieser, *Liability within Corporate Groups* (Frankfurt: Societas Verlagsgesellschaft, 2019), 34.

67 Lynn LoPucki, “The Death of Liability”, *The Yale Law Journal* 106, n.º. 1 (octubre de 1996): 20, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.7589>.

los cuales solo tiene acceso por medio de un contrato de arrendamiento. En caso de que existiera un incumplimiento o daño grave que exija responsabilidad de la última, esta no contaría con activos suficientes. Solo fue creada como una mera fachada para evitar un desmedro patrimonial de la compañía matriz.

Squire indica que el *judgment-proofing* puede evidenciarse en otras circunstancias, por ejemplo, en las de financiamiento. En ellas se constituye una compañía con el objetivo de que se obligue con las instituciones financieras o terceros, a fin de mantener los estados financieros del resto del grupo sin pasivos que puedan resultar como contingentes para otro tipo de operaciones⁶⁸. Aunque su aplicación ha sido criticada sobre la base de que primero se deberá analizar la naturaleza de las transacciones que las compañías realizan⁶⁹, para los fines de este trabajo resulta importante analizarlo sobre una presunción de externalización de riesgos y un abuso por parte de la matriz. Cabe notar que su estructura se basa en la creación de compañías con el fin de externalizar riesgos mediante la segmentación de activos o endeudamiento excesivo, cuestión que incide en la facilidad que tengan terceros de exigir responsabilidad.

6.2 INFRACAPITALIZACIÓN

La infracapitalización ha sido objeto de mucho análisis dentro de casos de grupos empresariales o de levantamiento del velo societario. Uno de los argumentos en el caso *Walkovsky c. Carlton* sugería que las compañías que formaban parte del grupo empresarial de Carlton estaban infracapitalizadas⁷⁰. Dentro de este análisis, los jueces establecen que se puede entender a la infracapitalización como *ex ante* cuando los fondos colocados inicialmente en la compañía para realizar sus actividades eran insuficientes para la naturaleza de las mismas. A su vez, la infracapitalización podría considerarse como *ex post* cuando los fondos de la compañía son retirados de esta, sea en forma de utilidades generadas o salarios a sus accionistas o administradores, dejando al vehículo con pocos recursos para cubrir sus obligaciones⁷¹.

Tanto la infracapitalización *ex ante* como *ex post* tienen factores que discuten su aplicabilidad en el escenario de determinar un verdadero fraude o abuso. Bainbridge sostiene que es imposible prever los riesgos que requieren que la compañía mantenga una cantidad de fondos determinados para enfrentarlos⁷². En el caso *ex ante*, este trabajo considera casi imposible tomarlo como

68 Richard Squire, "Strategic Liability in the Corporate Group", *The University of Chicago Law Review* 78, n.º. 2 (mayo de 2011): 614, https://ir.lawnet.fordham.edu/faculty_scholarship/66.

69 Steven Schwarcz, "The Inherent Irrationality of Judgment Proofing", *Stanford Law Review* 52, n.º. 1 (abril de 1999): 37, https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/497.

70 *Walkovsky c. Carlton*, párr. 19.

71 *Id.*

72 Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 53.

un fraude o abuso, ya que uno de los remedios planteados por la doctrina ha sido mantener disposiciones como la del capital mínimo⁷³. Esta alternativa no resulta efectiva, pues una compañía puede fácilmente cumplir con este mínimo, pero adquirir obligaciones que superen el umbral de su capital, sin modificarlo. En esta hipótesis, legalmente no existiría una infracapitalización, a pesar de que no pueda cumplir posteriormente con dichas obligaciones.

En la infracapitalización *ex post* se abre la discusión respecto de los casos en los que la matriz puede efectivamente responder a un fraude o abuso que tenga como consecuencia una responsabilidad. En el supuesto planteado en líneas precedentes, ¿podría la distribución de fondos en forma de utilidades o salarios sugerir que una compañía está siendo infracapitalizada? Con esta sola secuencia de hechos, no.

Dado que es imposible conocer sobre las obligaciones posteriores y cuánto es un monto razonable para enfrentarlas, los accionistas pueden beneficiarse de los resultados generados por la compañía y esto no puede considerarse *de facto* como un fraude o abuso del derecho. Contrario es el caso de cuando estas acciones son realizadas con el objetivo de evadir acreencias. Clark sostiene que para estos casos se requiere todavía un análisis más complejo, ya que además se debería revisar si la infracapitalización hizo que el deudor reciba menos de lo que razonablemente hubiera percibido si esos fondos no eran extraídos de la compañía y si estos retiros causaron o devinieron en un estado de insolvencia⁷⁴.

Aunque esta última presenta más factores que pueden delimitar responsabilidad adicional, y más en grupos empresariales, es una figura que requiere un análisis en cada caso. El criterio del presente trabajo es que la infracapitalización, para considerarse un fraude o abuso del derecho, requiere la acción y la intención de evitar responsabilidad o defraudar a acreedores. Si esto no se delimita, se está frente al caso de que la compañía es un nexo entre comerciantes y el resto de personas que intervienen en el mercado, y esta tiene la función de aumentar el valor presente neto y beneficiar a sus accionistas, lo que bajo ningún concepto es un comportamiento fraudulento.

7. EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO COMO MECANISMO PARA IMPONER RESPONSABILIDAD EN GRUPOS EMPRESARIALES

La única excepción a la responsabilidad limitada bajo una visión tradicional es el levantamiento del velo societario. Esto permite hacer caso omiso de la persona jurídica independiente y perseguir a los accionistas de manera

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Robert Clark, *Corporate Law* (Toronto: Little, Brown & Company, 1986), 39.

solidaria solo cuando se ha determinado previamente un fraude o abuso de la personalidad jurídica⁷⁵. Se ha discutido si esta doctrina puede aplicarse en grupos empresariales. En la mayoría de casos la relación matriz-subordinada es de tipo accionarial, por lo que se podría perseguir a la compañía matriz o accionista por las obligaciones de su subordinada. Esta idea, en el contexto de los grupos empresariales, no es del todo acertada.

El levantamiento del velo podría permitir que se responsabilice a la compañía accionista por las obligaciones de la subordinada, sin embargo, esto no resulta beneficioso en un escenario en el que la compañía accionista sea, a su vez, manejada por varias compañías atrás que también son parte del mismo grupo. Bajo este contexto, puede ser que tampoco cuente con suficientes activos para responder, dejando a un acreedor sin mecanismos.

La doctrina australiana ha intentado adaptar el levantamiento del velo societario a los grupos empresariales mediante la categorización de la compañía matriz como una suerte de administrador oculto o de hecho⁷⁶. Una vez que la matriz sea catalogada como tal, es posible levantar el velo en el supuesto de que esta, en calidad de administradora de la subordinada, tome las decisiones que han incurrido en fraude o abuso, buscando que la matriz responda de manera solidaria. No obstante, esta doctrina deja al acreedor bajo la misma situación que lo analizado en líneas anteriores. La administración puede también ser manejada a través de varias personas jurídicas de manera simultánea. En este sentido, sería posible responsabilizar solidariamente a la matriz, pero en la práctica sería extremadamente complicado identificar al verdadero administrador oculto en un grupo de gran extensión.

Cabe resaltar la posible aplicación de la doctrina del abuso del derecho. En Ecuador, se define como aquel exceso irrazonable por parte del titular de un derecho, de tal forma que los fines de aquel y del ordenamiento jurídico se vean desviados deliberada y voluntariamente⁷⁷. Según Alessandri y Somarriva, un abuso de derecho se configura, entre otras cosas, cuando el hecho ejecutado es aparentemente legal, ocasiona daño y excede o contraría su destino económico y social⁷⁸. No obstante, su aplicación puede resultar genérica al abarcar una serie de supuestos para identificar el abuso, sin direccionar su atención al problema específico discutido en el presente trabajo.

A pesar de las alternativas en torno a la aplicación de esta doctrina en grupos empresariales, el análisis empírico, sobre todo de mayor aplicación en

75 Kraakman et al., *The Anatomy of Corporate Law*, 133.

76 Helen Anderson, "Piercing the Veil on Corporate Groups in Australia: The case for reform", *Melbourne University Law Review* 33, no. 2 (enero de 2009): 355, <https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.20103161>.

77 Artículo innumerado agregado al 36, Código Civil [CC], R. O, Suplemento 46 del 24 de junio de 2005.

78 Arturo Alessandri y Manuel Somarriva, *Derecho civil* (Santiago de Chile: Nascimento, 1957), 184.

legislaciones anglosajonas, ha dado cabida a nuevos mecanismos de excepción a la responsabilidad limitada, entre estos la denominada *enterprise liability*. Mientras que el levantamiento del velo societario es definido como el mecanismo de enfoque vertical que permite perseguir a quienes están por encima de la compañía cuando se ha determinado que existe fraude o abuso, el *enterprise liability* permite analizar a todo el grupo empresarial como uno solo, fungiendo como el mecanismo de enfoque horizontal que persigue al resto de compañías del grupo, directa o indirectamente relacionadas con la obligada, por las obligaciones de esta⁷⁹.

8. LA DOCTRINA DE LA *ENTERPRISE LIABILITY* PARA IMPONER RESPONSABILIDAD A GRUPOS EMPRESARIALES

Críticos hacia la doctrina del levantamiento del velo societario han analizado la necesidad de desarrollar la *enterprise liability* como alternativa para evitar asociar a los grupos empresariales con el levantamiento del velo. Este análisis resalta que la naturaleza de esta última difiere en muchos sentidos de los fundamentos que sostienen la existencia de la *enterprise liability*. Dearborn, por ejemplo, manifiesta que la *enterprise liability* se concentra más en los aspectos económicos detrás de los incentivos que llevan a la conformación de grupos empresariales. Se enfoca en el grupo empresarial como un universo individual y reconoce que, a pesar de que cada compañía es una persona jurídica independiente, todas forman parte de dicha universalidad para su interacción en el mercado⁸⁰.

Bajo esta mirada, un acreedor de cualquier tipo podría perseguir a cualquiera de las compañías que forman parte del grupo empresarial por las obligaciones de una de las subordinadas. Esto tendría lugar cuando se determine que fue utilizada como una mera fachada para externalizar los riesgos de la matriz y, simultáneamente, evitar responder por daños causados. La doctrina se enfoca en obligar a la internalización de riesgos de las subordinadas por parte de la matriz bajo una premisa económica. Se parte del presupuesto de que la responsabilidad de los grupos empresariales existe, sobre todo, cuando hay una excesiva externalización de riesgos. Stone apoya este argumento alegando que la obligación de internalizar riesgos por parte de la matriz se acoge a principios de maximización económica, en el sentido de que las sanciones se enfocarán en imponer responsabilidad a la matriz y, por ende, afectar los resultados generados por el hecho dañoso⁸¹.

79 Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 61.

80 Dearborn, "Enterprise Liability", 210.

81 Christopher D. Stone, "The Place of Enterprise Liability in the Control of Corporate Groups", *The Yale Law Journal* 90, n.º 1 (noviembre de 1980): 70, <https://doi.org/10.2307/795857>.

La compañía matriz y sus administradores, en busca de maximizar el valor presente neto, tomarán en consideración que existe un riesgo inminente de responsabilidad por las acciones de las subordinadas, a pesar de tratarse de compañías distintas. Por ello, obligará a acoger una modalidad de toma de decisiones enfocada en los riesgos futuros a los que puedan enfrentarse como grupo empresarial. Así, se eliminaría la noción de que el principio de responsabilidad limitada evitará un riesgo a sus inversiones si las actuaciones así lo ameritan.

Bainbridge, al contrario de lo que ha mostrado el desarrollo jurisprudencial, aboga en considerar a esta doctrina como independiente enfocada en grupos empresariales, en lugar de una variación del levantamiento del velo⁸². Este trabajo considera acertada esta visión ya que facilitaría, de manera conceptual, la clarificación de la diferencia entre buscar responsabilidad de una persona como accionista por fraude o abuso del derecho y responsabilizar a un grupo empresarial por las actuaciones de una de sus compañías subordinadas. Además, permite enfocarse en la naturaleza del fraude basado en la estrategia de emplear, por ejemplo, el *judgment-proofing* para externalizar riesgos de manera excesiva y utilizar a las compañías subordinadas para blindar a la matriz.

8.1 APLICACIÓN DE LA *ENTERPRISE LIABILITY* EN LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia ha desarrollado esta doctrina en aras de adaptar las situaciones de los grupos empresariales a una realidad más acorde, separándose de otras formas de responsabilidad como las discutidas en apartados anteriores. Uno de los casos más emblemáticos es el denominado Amoco Cádiz, el cual conoció sobre el naufragio de un buque y consecuente derrame de varias toneladas de petróleo en las costas de Francia que estaban siendo transportadas por la compañía Amoco Transport Company, constituida en Liberia⁸³. Las particularidades que asocian el caso a la *enterprise liability* recaen principalmente en que Amoco Transport Company era una filial de la compañía Standard Oil Corporation, que era dueña de la primera a través de una subordinada.

Adicionalmente, otro de los componentes recaía en que los daños fueron avallados en aproximadamente dos mil millones de dólares, frente a una compañía cuyo patrimonio consistía en el buque que recientemente había naufragado. Ante esto, la Corte de Illinois, encargada del caso, se enfrentó con la pretensión de responsabilizar a Standard Oil Corporation por el accidente de su filial. Conforme describe Antunes, la corte tuvo dos alternativas enfocadas

82 Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 71.

83 Re Oil Spill in Amoco Cadiz, Corte del Distrito Noreste de Illinois, 15 de junio de 1992, párr. 8.

en aplicar la teoría tradicional y no responsabilizar a la matriz, considerando que las compañías son personas jurídicas independientes o en aplicar la doctrina de la *enterprise liability* y responsabilizar a la matriz⁸⁴.

De la mano con este ejemplo, es importante sostener por qué la *enterprise liability* por sí sola no es la panacea. Tomando en cuenta el criterio de la corte, ninguna de las opciones previstas en líneas precedentes llevaba a una respuesta congruente. La corte reconoció en su sentencia la personalidad jurídica independiente bajo la teoría tradicional, pero determinó que efectivamente existía un control matriz-filial. No obstante, eso no fue lo que llevó a la decisión de responsabilizar a la matriz. El caso se resolvió considerando si el control, como supuesto de hecho, tenía incidencia en la falta de recursos de la filial para responder por las obligaciones que se generaron como producto de este naufragio.

La corte analizó cómo la filial, además de funcionar en las mismas instalaciones que su matriz, tenía a su directorio compuesto por los mismos miembros de las demás subordinadas, así como el de la matriz. En este último punto se evidenció que la construcción del buque hundido fue aprobada por el directorio de la matriz y financiada con fondos de dos de sus subordinadas, sumado a la negligencia en la aprobación de requisitos para la construcción correcta del buque⁸⁵. El presente trabajo sostiene que la aplicación de esta doctrina requiere no solo introducirla en la legislación local, como es el caso de Ecuador, pero abrir puerta al análisis fáctico del caso para una eventual responsabilidad del grupo empresarial, como se analizará en apartados posteriores.

Igualmente, el caso de *Walkovsky c. Carlton*, aunque no analiza como factor principal la *enterprise liability*, muchos factores recogen la posible aplicación de esta en la resolución. El caso data de un accidente automovilístico entre un taxi de propiedad de la compañía Seon Corp. y Walkovsky, en el cual este solicitaba el resarcimiento de los daños. No obstante, Seon Corp. no tenía suficiente capital para responder. Walkovsky alegó que Seon Corp. era parte de una estructura de compañías de servicios de taxis, todas bajo el control de Carlton, por lo que la responsabilidad debía ser del único accionista⁸⁶.

La corte de Nueva York conoció al inicio de la causa varios argumentos del actor para alegar una responsabilidad personal del accionista. Entre estos, el que más se ajusta a la *enterprise liability* era el que sugería que ninguna de

84 José Engracia-Antunes, "New Avenues on Intragroup Liability", SSRN (2017), traducción al inglés de "Neue Wege im Konzernhaftungsrecht. Nochmals: Der 'Amoco Cadiz'-Fall", en *Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht: Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag* (Colonia: Verlag Otto Schmidt, 2000), 996.

85 *Ibid.*, 1006.

86 Stephen M. Bainbridge, "Abolishing Veil Piercing", 7.

las compañías del grupo tenía realmente una identidad separada⁸⁷. A pesar de que este argumento no fue tomado en consideración para establecer responsabilidad, la doctrina analiza que esta pudo ser la mejor alternativa para responsabilizar a la totalidad del grupo empresarial, en lugar de optar por la aplicación de la doctrina del velo societario.

Durante la apelación, se pudo verificar que todas las compañías estaban infracapitalizadas *ex post* y que, efectivamente, todas eran manejadas por su único accionista, incluso hasta como una fachada, pues el negocio lo dirigía Carlton en su totalidad. La corte optó por responsabilizar directamente a Carlton mediante un levantamiento del velo, decisión criticada por la doctrina sobre la base de que no había fundamentos que sostengan dicho levantamiento, siendo más plausible una responsabilidad con otro enfoque, como el discutido en este trabajo⁸⁸.

9. APLICACIÓN DE LA *ENTERPRISE LIABILITY* EN ECUADOR

A raíz de la última reforma a la LC del 15 de marzo de 2023, el panorama societario del Ecuador dio un giro más significativo del que tuvo lugar en febrero de 2020 con la llegada de la Sociedad por Acciones Simplificada o con la Ley de Modernización de diciembre del mismo año. La última reforma trajo consigo un panorama más amplio respecto a la necesidad de regular los grupos empresariales. Hasta antes de ella, un grupo empresarial bajo el espectro societario era entendido, en sentido material, dentro del concepto de la compañía *holding* o tenedora de acciones, definida como aquella cuyo objeto social se limita a la tenencia de acciones de otras compañías⁸⁹.

Si bien es posible asemejar a una *holding* con los grupos empresariales, sobre la base de que la matriz ejerce un control de propiedad respecto de sus subordinadas, tiene mucho más sentido asemejarlas en una relación género-especie, la primera siendo los grupos empresariales y las compañías *holding*, como un supuesto de control basado en propiedad accionaria, la segunda. Dicha postura fue la que adoptó el legislador al incluir toda una nueva regulación en torno a los grupos empresariales. Esta sección contempla los supuestos de control bajo los cuales la autoridad puede suponer que existe un vínculo de control⁹⁰.

La regulación mencionada reconoce la posibilidad de que los supuestos de control puedan no solamente involucrar compañías, sino también personas naturales o personas jurídicas sin fines de lucro⁹¹. Esto se correlaciona con

87 Ibid.

88 Ibid., 6.

89 Artículo 429, Ley de Compañías [LC], R. O. Suplemento 347 del 10 de diciembre de 2020.

90 Id., artículo 429.9.

91 Id., artículo 429.3.

la postura de Reyes Villamizar, quien aborda los supuestos de control como aquellos que no son excluyentes de figuras no societarias, pero que tienen una incidencia en el manejo de vehículos societarios⁹².

En lo que respecta al análisis de la aplicación de la doctrina de la *enterprise liability*, Ecuador ha contemplado varios mecanismos para determinar, *ex ante*, una vinculación empresarial. Así mismo, ha delimitado varias obligaciones que estos deben cumplir, *ex post*, una vez que se haya determinado dicha subordinación. Por ejemplo, en el segundo caso, se obliga a los grupos empresariales a elaborar estados financieros consolidados además de los individuales, así como informes de gestión que podrán ser conocidos por todas las compañías del grupo⁹³. Igualmente, se plantea la prohibición de imbricación accionaria, la cual prohíbe una adquisición de acciones de la matriz por sus subordinadas o sus administradores⁹⁴, cuya premisa es evitar la circulación ficticia de capital y clarificar las cuentas contables para las partes interesadas⁹⁵.

No obstante, la LC, en cuanto a la responsabilidad del grupo, el análisis de una *enterprise liability* queda incompleto, pues la ley no termina clarificando su existencia, sobreponiendo la doctrina del levantamiento del velo societario. Al respecto, el artículo 429.8 de la LC reza:

Art. 429.8.- Los grupos empresariales no constituyen personas jurídicas. Por lo tanto, todos los integrantes del grupo tendrán personalidad jurídica independiente de los demás integrantes del grupo y, salvo que se hubiere levantado el velo societario por la concurrencia de fraude, simulación, abusos o vías de hecho, o cuando, en sede judicial, se atribuyere responsabilidad con fundamento en la figura de los administradores de hecho u ocultos, no existirá responsabilidad solidaria e ilimitada entre los miembros del grupo empresarial⁹⁶.

En este sentido, se reafirma la independencia jurídica de cada una de las compañías del grupo, pero se establece que la responsabilidad solidaria e ilimitada se impondrá sobre la premisa de que, o bien se levante el velo o bien se determine la existencia de la figura de administrador de hecho u oculto. Conforme lo sostenido en el presente trabajo, lo correcto sería establecer dicha responsabilidad en torno a la *enterprise liability*. Eso haría posible perseguir a cualquiera de los miembros del grupo empresarial sin que de por medio haya una relación de propiedad accionaria directa. Bastaría que se verifique la actuación fraudulenta para que cualquiera de los miembros del grupo pueda

92 Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 313.

93 Artículo 429.12, LC.

94 Id., artículo 429.4.

95 Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 332.

96 Artículo 429.8, LC.

asumir dicha responsabilidad. De otro modo, tal y como fue analizado con anterioridad, en caso de operar un levantamiento del velo, solo la compañía que se encuentre aguas arriba como accionista podría responder, ignorando el hecho que la estructura de vinculación comprenda aún más compañías que estén blindando a la matriz a través de un *judgment-proofing*.

Es importante resaltar aspectos sobre la forma en que la regulación toma como ejemplo supuestos de responsabilidad de grupos empresariales de otras legislaciones cuando sanciona incapacidad de pago de la subordinada. Verbigracia, la obligación de la matriz de cubrir las pérdidas anuales o de asumir las obligaciones de la subordinada frente a terceros⁹⁷ y la responsabilidad de la matriz por quiebra de la subordinada⁹⁸. Esta última idea es recogida por el artículo 429.8 que, en su tercer párrafo, prescribe:

Art. 429.8.- [...] [C]uando la situación de quiebra de una compañía subordinada parte de un grupo empresarial debidamente reconocido hubiera sido producida por actuaciones realizadas por la compañía matriz o sus controlantes en virtud de la subordinación, la sociedad matriz, sus controlantes o cualquiera de sus compañías subordinadas o vinculadas responderán, en forma subsidiaria, por los créditos insolutos de la compañía declarada en quiebra, cuando los activos de ésta resultaren insuficientes para cumplir con sus obligaciones⁹⁹.

Este artículo, al contrario del citado anteriormente, es un claro ejemplo de cómo la LC contempla una aplicación de la *enterprise liability* mediante la cual se impone responsabilidad a la matriz. Es importante resaltar cómo esta responsabilidad no parte de un levantamiento del velo societario y se enfoca únicamente en la relación matriz-subordinada, ignorando una relación de propiedad accionaria como primer elemento de vinculación. Esto abre un escenario de responsabilizar a la cabeza del grupo o cualquiera que se vincule a la compañía insolvente por las obligaciones que queden insolutas.

10. ¿ES LA DOCTRINA DE LA *ENTERPRISE LIABILITY* LA SOLUCIÓN?

La doctrina de la *enterprise liability* ha tenido su acogida en varias legislaciones del mundo, sobre todo por la perspectiva económica, que permite tener un rango de visión más amplio sobre cuándo se requiere verificar o no un control y posterior responsabilidad. Uno de los factores más importantes de

97 Artículo 502.1, Responsabilidad por pérdidas de la sociedad subordinada, Código das Sociedades Comerciais [Código de Sociedades Comerciales portugués], Diario Oficial n.º. 201/1986, Serie I del 2 de septiembre de 1986.

98 Klaus J. Hopt, "Group of Companies: A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups", *European Corporate Governance Institute Working Papers*, n.º. 752/2024 (enero de 2024): 9, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4708515>.

99 Artículo 429.8, LC.

esta doctrina recae en que la responsabilidad no desconoce ni ignora a la responsabilidad limitada de los accionistas por las obligaciones de la compañía, como lo hace el levantamiento del velo societario. A diferencia de esto, mira al grupo como una unidad que actúa en conjunto para lograr sus objetivos y utiliza a esta actuación *de facto* como una calidad bajo la cual se debe identificar a la estructura.

Sin embargo, la doctrina aún requiere que muchas aristas sean desarrolladas con un poco más de claridad. En principio, como fue mencionado en apartados anteriores, la legislación ecuatoriana aún no se ha desprendido totalmente de la noción tradicional del levantamiento del velo como alternativa maestra para responsabilizar a quienes están cobijados por la responsabilidad limitada. Aunque la idea de que la *enterprise liability* sea planteada como alternativa, existen muchos factores a considerar para su correcta aplicación.

Es fundamental analizar esta idea volviendo al caso de Amoco Cadiz discutido anteriormente. En él se enfatiza que la imposición de responsabilidad debe mirar al supuesto de control como un nexo causal para la fijación de sanciones. Ello no implica que la mera existencia del primero llevará a concluir lo segundo. Antunes analiza lo decidido en Amoco Cadiz como la teoría dual que permite no solo determinar el control, sino utilizarlo para verificar que es efectivamente lo que lleva a la conducta que genera el daño¹⁰⁰. Dearborn analiza este precepto en línea similar, aduciendo que la *enterprise liability* verifica la existencia de control en la medida que esta permita tomar decisiones para trasladar los costos que puedan generar daño¹⁰¹.

La legislación ecuatoriana presupone escenarios donde se configura el control y establecen obligaciones y prohibiciones *ex ante* para estos grupos. Sin embargo, el desarrollo normativo debería enfatizar aún más en criterios que lleven a la autoridad a fortalecer el análisis del nexo causal entre el control y la responsabilidad. Para esto, Blumberg sostiene que, una vez que se verifique una relación de control, es necesario hacer un examen de fondo, mediante el cual se puedan contestar algunas preguntas. Entre estas, por ejemplo: i) ¿la existencia de la subordinada se supedita a las metas de la matriz?; ii) ¿la estructura se presenta como una sola ante el público o existe una imagen individualizada de cada compañía?; iii) en ausencia de una personalidad jurídica independiente, ¿las compañías son parte del mismo negocio?; iv) ¿la subordinada tiene como función la externalización de los riesgos de la matriz¹⁰²? Sobre la base de lo analizado, estas preguntas son fundamentales para establecer el nexo causal entre el control y la responsabilidad, pues esta última debe ser solo

100 Engrácia-Antunes, "New Avenues on Intragroup Liability", 1008.

101 Dearborn, "Enterprise Liability", 248.

102 Phillip Blumberg, "The Corporate Entity in an Era of Multinational Corporations", *Delaware Journal of Corporate Law* 15, n. 2 (1990): 340, https://digitalcommons.lib.uconn.edu/law_papers/58.

una consecuencia de que se tenga un control sobre los hechos que puedan generar daño a terceros.

No obstante, se considera que este análisis, al representar una posible excepción a la responsabilidad limitada, debe ser lo suficientemente estricto como para no aplicar este principio fundamental del derecho societario. Por esta razón, el examen de fondo debe diseñarse de modo que todas las preguntas se respondan de manera positiva para imponer responsabilidad. De otro modo, la aplicación de la *enterprise liability* podría devenir en una doctrina discrecional y criticada debido a que pondría en peligro los incentivos de diversificación, inversión y en general de ingreso de operadores económicos al mercado, como hasta el momento es el levantamiento del velo societario.

11. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El presente trabajo ha tenido como finalidad analizar a los grupos empresariales. Se estudió que se trata de una figura novedosa, incorporada a la legislación ecuatoriana para normar relaciones entre personas jurídicas independientes que se encuentren bajo el control de una matriz. Esta situación existía desde hace mucho tiempo, pero su falta de reconocimiento normativo dificultaba una correcta determinación de su estructura y sus efectos. Se identificó que si bien los grupos empresariales nacen bajo la premisa de que es posible que una sociedad pueda limitar su responsabilidad al adquirir acciones en otra, esta consecuencia no fue sino un efecto no deseado del crecimiento económico y de las nuevas estructuras empresariales.

Por esta razón, se concluye que, en estricto sentido, no existe un fundamento para que las compañías ya constituidas requieran de un beneficio como la responsabilidad limitada para incentivar su entrada al mercado, a diferencia de cómo esto sí representa un incentivo para las personas naturales. Así, resulta necesario establecer un correcto régimen de responsabilidad que permita proteger a terceros acreedores que puedan verse afectados por el múltiple blindaje de responsabilidad limitada que pueda tener una compañía.

Este régimen de responsabilidad no es compatible con el régimen excepcional que, tradicionalmente, se ha aplicado para perseguir a los beneficiarios finales, como lo es el levantamiento del velo societario. Además de ser fuertemente criticado por devenir muchas veces en discrecional, permite llegar hasta el accionista detrás de la compañía que ha sido utilizada como fraude o abuso del derecho. Sin embargo, resulta insuficiente cuando la estructura trasciende a una en la que varias compañías interactúan. Además, su relación puede no ser siempre de tipo accionaria, por lo que la figura resultaría improcedente si no se determina esta relación de propiedad entre el accionista y la compañía.

En lugar de aquello, se presenta como alternativa la aplicación de la doctrina de la *enterprise liability* para responsabilizar a todo el grupo empresarial, con independencia de que exista una relación de propiedad o no, siendo necesaria únicamente la determinación de control. Pese a que la legislación ecuatoriana ha dado un gran paso hacia la aplicación de dicha doctrina, la reconoce incorrectamente como una variación del levantamiento del velo societario o una aplicación de responsabilidad semejante.

En este sentido, las recomendaciones de este trabajo frente a todo este análisis giran en torno a desarrollar la doctrina de la *enterprise liability* en el plano legislativo, a fin de asegurar la protección a los acreedores mediante la aplicación correcta de este nuevo régimen de responsabilidad como una figura independiente al levantamiento del velo societario. Además, es importante fijar preceptos que permitan la verificación de control y del nexo causal del daño. De otro modo, al establecer el control como el aspecto que conlleva a la responsabilidad, implícitamente se estaría sancionando la facultad asociativa de los operadores económicos que interactúan en el mercado, lo cual tendría un efecto de desincentivo a la diversificación de portafolios e inversiones.

Eliminación del requisito del 25 % de participación en el capital social en los recursos de impugnación de acuerdos sociales

Elimination of the 25% Shareholding Requirement for Challenges to Corporate Resolutions

PABLO ALEJANDRO AGUINAGA TRILLOS*

Recibido / Received: 24/07/2024

Aceptado / Accepted: 25/08/2024

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3360>

Citación:

Aguinaga Trillos, P.A. “Eliminación del requisito del 25 % de participación en el capital social en los recursos de impugnación de acuerdos sociales”, USFQ Law Review vol. 11, no. 2, noviembre de 2024, <https://doi.org/10.18272/ulr.v11i2.3360>

* Miembro de la Mesa Corporativa de la ICC YEA y Asociado Corporativo en Spingarn, casilla postal 17-1200-841, Quito 170904, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: pabloaguinaga.96@hotmail.com; ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1682-1570>.

RESUMEN

Antes de la reforma de 2023, el derecho de impugnación estaba reconocido por la Ley de Compañías como un derecho fundamental para todos los accionistas, independientemente de su porcentaje de participación en el capital social. Sin embargo, el ejercicio de los recursos procesales de impugnación sí dependía del porcentaje de participación que tenía el socio o accionista en el capital social de la compañía. Luego de la reforma a la Ley de Compañías, se eliminó el requisito del porcentaje mínimo de participación en el capital social para ejercer los recursos procesales de impugnación. Este cambio en el régimen de los recursos procesales de impugnación es clave para el futuro, ya que podría abrir la posibilidad de una protección excesiva a los socios y accionistas minoritarios.

PALABRAS CLAVE

Reforma; Ley de Compañías; requisito de participación mínima; capital social; recurso(s) procesal(es) de impugnación; socios y accionistas

ABSTRACT

Before the 2023 reform, the right to challenge decisions was recognized by the Companies Act as a fundamental right for all shareholders, regardless of their percentage of participation in share capital. However, the exercise of legal remedies for challenging decisions did depend on the shareholder's or member's percentage of participation in the company's share capital. Following the reform of the Companies Act, the requirement of a minimum participation percentage in share capital to exercise procedural challenges remedies was eliminated. This change in the regime of procedural challenge remedies is crucial for the future, as it may lead to excessive protection for minority shareholders.

KEYWORDS

Reform; Companies Act; minimum participation requirement; capital stock; procedural remedies; partners and shareholders

1. INTRODUCCIÓN

El 15 de marzo de 2023 entró en vigor una de las reformas legales más trascendentales de la historia de Ecuador para el régimen jurídico societario. Antes de dicha reforma, el marco legal societario estaba inmerso en una excesiva solemnidad de actos y contratos, con requisitos anacrónicos para la ejecución de actos societarios y un régimen deficiente para el ejercicio y defensa de los derechos de socios y accionistas. El mundo contemporáneo exigía un marco jurídico societario dinámico, flexible y progresivo capaz de adaptarse al vertiginoso mercado global, que cada día avanza más rápido y no puede detenerse por formalidades legales innecesarias.

Afortunadamente, las disposiciones contenidas en la Ley de Compañías (en adelante LC) previas a la reforma fueron, en su mayoría, modificadas en aras de una modernización sumamente aclamada por el sector empresarial privado. Esta reforma a la LC simplificó procesos, aclaró disposiciones confusas y amplió el marco de protección de los derechos de los socios y accionistas que conforman las sociedades reguladas por dicha ley. Gracias a la reforma a la LC, Ecuador tiene una de las legislaciones societarias más vanguardistas del mundo¹.

Uno de los temas más relevantes abordados en la reforma a la LC es el relacionado con los recursos procesales de impugnación de socios y accionistas a las resoluciones de los órganos de gobernanza y administración de las compañías. Antes de la reforma, la ley exigía que los socios o accionistas de las compañías tuvieran una participación mínima del 25 % en el capital social para ejercer judicialmente los recursos de impugnación. Tras la reforma, este requisito fue eliminado, lo que representó un cambio sustancial en el ejercicio de los recursos procesales de impugnación. Esto generó dudas e incertidumbre entre administradores, inversores y abogados societarios, quienes debaten si esta eliminación será positiva o excesivamente proteccionista con los socios y accionistas minoritarios.

Para desarrollar una posición sobre esta cuestión, primero se revisarán algunos conceptos societarios clave, como la noción de compañía, los modos en que se toman decisiones en los órganos sociales y el derecho fundamental de impugnación de los socios y accionistas. Tras repasar estos conceptos, se analizará el requisito de participación mínima en el capital social, reflexionando sobre su fundamento, las posiciones a favor y en contra de su exigencia y los mecanismos alternativos a dicho requisito.

1 Paúl Noboa Velasco, “La implementación del *blockchain* en gobierno corporativo y la *tokenización* de las acciones”, *USFQ Law Review* 9, n.º. 1 (julio de 2022): 47, <https://doi.org/10.18272/ulr.v9i1.2567>.

2. CONCEPTOS SOCIETARIOS RELEVANTES

Para abordar el régimen de los recursos de impugnación de los socios y accionistas minoritarios a las resoluciones adoptadas por mayoría en los órganos de gobernanza y administración de las compañías es necesario revisar algunos conceptos societarios básicos. En primer lugar, la compañía forma su voluntad y la expresa al exterior. Dado que la compañía es una persona *ficta*, no tiene la capacidad de formar su voluntad de manera autónoma e independiente, por lo que necesita un medio para construir y manifestar su intención, permitiéndole llevar a cabo las actividades para la cual fue constituida. Ignacio Lojendio Osborne sostiene que, como persona jurídica, la compañía “necesita de una especial técnica para formar su voluntad, con el fin de manifestarla al exterior y para desarrollar la actividad social. La sociedad actúa por medio de unos instrumentos que la Ley califica como órganos”².

Los órganos sociales de las compañías, su funcionamiento, atribuciones y deberes deben estar detallados en los estatutos de cada sociedad y, de manera supletoria, con la regulación establecida en la ley³. La magister Cristina Escobar Albuja clasifica los órganos sociales de las sociedades mercantiles en Ecuador en cuatro categorías generales: (i) el órgano decisorio de la empresa que es la junta general de socios o accionistas, (ii) el órgano de administración que es el directorio o consejo de administración, (iii) el órgano de ejecución que es el representante legal y (iv) el órgano de fiscalización en caso de que el estatuto contemple su creación⁴. El artículo se concentrará exclusivamente en las dos primeras categorías: el órgano decisorio o de gobernanza (la asamblea o junta general de socios o accionistas) y el órgano de administración (el directorio o consejo administrativo).

La asamblea o junta general de socios o accionistas es el órgano supremo de la compañía y, como tal, los acuerdos y resoluciones adoptadas en estas sesiones son la máxima manifestación de la “voluntad social”⁵. Para que estos acuerdos y resoluciones sean adoptados válidamente debe verificarse una serie de requisitos de formalidad con relación a la comparecencia y capacidad de los socios y accionistas presentes en la junta o asamblea. La convocatoria, la elaboración de la lista de asistentes, la verificación del quórum de instalación y la verificación del quórum de decisión son algunos de los requisitos y procedimientos para llevar a cabo la junta o asamblea general. Cuando se cumplen los

2 Ignacio Lojendio Osborne, “La junta general de accionistas”, en Guillermo Jiménez Sánchez, comp., *Derecho Mercantil* (Barcelona: Ariel, 2003), 320.

3 Disposición Reformatoria Octava, Ley Orgánica de Emprendimiento e Innovación, R. O. Suplemento 151 del 28 de febrero de 2020.

4 Cristina Escobar Albuja, *El derecho de impugnación de las minorías frente a las resoluciones de juntas generales en las sociedades anónimas y limitadas al amparo de la legislación societaria ecuatoriana* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2011), 28, <http://hdl.handle.net/10644/2302>.

5 Artículo 115, Ley de Compañías, R. O. 312 del 5 de noviembre de 1999, reformado por última vez el 23 de noviembre de 2023.

requisitos y procedimientos legales y estatutarios para la adopción de acuerdos en los órganos de gobernanza, esto tendrá como resultado una manifestación válida de la voluntad social, la cual será ejecutada a través de los administradores de las compañías.

Por regla general, las resoluciones se adoptan por la mayoría absoluta de los socios y accionistas con derecho a voto presentes en la junta o asamblea⁶. La excepción a esta regla general es el cuórum de decisión que requiere de una mayoría reforzada o calificada por mandato de la ley o el estatuto. Esta mayoría reforzada o calificada tiene como objetivo subir el porcentaje de aprobación para asuntos de una trascendencia muy importante para el desarrollo de las actividades de las compañías. En algunos casos, se requiere de un cuórum de decisión unánime de los socios y accionistas (v. g. el aumento de capital por elevación del valor de las acciones)⁷ o de un porcentaje de mayoría que esté determinado en el estatuto social. De todas formas, las resoluciones adoptadas con el cuórum de decisión necesario para cada asunto serán de cumplimiento obligatorio para todos los administradores, socios y accionistas, aun cuando uno de estos no hubiera concurrido a la junta o asamblea, salvo los casos previstos en la ley⁸.

2.1 DERECHOS DE LOS SOCIOS Y ACCIONISTAS ANTE LOS ÓRGANOS SOCIALES

Una vez revisados los conceptos societarios básicos de este análisis, se abordará cuáles son los derechos de los socios y accionistas en las compañías que les permitirán eventualmente ejercer los recursos procesales de impugnación. La LC reconoce varios derechos fundamentales para los socios y accionistas, como el derecho a percibir los beneficios sociales en los términos previstos por la ley, el derecho a acceder a la información contable y social de la compañía, el gozar de preferencia en los aumentos de capital, entre otros⁹. Para efectos del presente artículo, los derechos fundamentales de los socios y accionistas a analizar son (i) el derecho a participar en las juntas y asambleas generales y (ii) el derecho a impugnar los acuerdos sociales cuando estos sean contrarios a la ley o a los estatutos¹⁰.

El derecho a participar en la junta o asamblea de socios o accionistas es fundamental si se considera el carácter democrático que tiene la forma en la que se toman las decisiones en las compañías. De acuerdo con lo señalado anteriormente, la participación de los socios y accionistas en las sesiones de los

6 Id.

7 Id., artículo 184.

8 Id., artículo 245.

9 Id., artículo 207.

10 Id., artículo 114.

órganos sociales es el medio para la formación de la voluntad social, que se manifiesta en un acuerdo o resolución que será ejecutado por los administradores. La relevancia del derecho de los socios y accionistas de participar en las sesiones de los órganos sociales se ve materializado en la obligación de los administradores de realizar la convocatoria a los miembros que forman parte del respectivo órgano de gobernanza o de administración, cumpliendo los requisitos que establece la ley y los estatutos. El carácter democrático en la adopción de las decisiones se ve garantizado en la obligación de realizar una votación por parte los socios y accionistas con derecho a voto sobre los asuntos puntualizados en la orden del día. La votación y el conteo de los resultados se efectúa sobre la base del cuórum de decisión establecido por la ley o el estatuto para el asunto sometido a conocimiento del órgano social respectivo. Para que la adopción de un acuerdo o resolución se convierta en la voluntad social, se necesita de la mayoría a favor de los socios o accionistas con derecho a voto en la junta o asamblea. En este punto toma crucial importancia el porcentaje de participación en el capital social que representa cada socio y accionista, debido a que permite verificar las interacciones y los efectos de la existencia de grupos mayoritarios y minoritarios en las compañías.

En este orden de ideas, el derecho de impugnación se vuelve esencial, ya que protege a los socios y accionistas en casos en los que los acuerdos sociales no se adoptaron conforme a la ley o el estatuto, o cuando dichos acuerdos afectan los intereses o derechos de terceros, así como de otros socios y accionistas. Este derecho puede ejercerse a través de los recursos procesales de impugnación, que en nuestra legislación societaria son la acción de impugnación, la acción de nulidad, la acción de apelación y —tras la reforma a la LC— la acción de opresión a accionistas minoritarios. Ahora bien, el derecho de impugnación y los recursos procesales de impugnación han sido objeto de debate con respecto a sus requisitos y alcance.

Antes de la reforma de 2023, la LC reconocía el derecho de impugnación como un derecho fundamental para todos los socios y accionistas, sin importar su porcentaje de participación en el capital social. Sin embargo, el ejercicio de los recursos procesales de impugnación estaba condicionado por el porcentaje de participación de cada socio o accionista en el capital social de la compañía. Con la reforma a la LC se eliminó este requisito del porcentaje mínimo para ejercer dichos recursos procesales. Este cambio es clave en el presente análisis, ya que puede dar lugar a una excesiva protección para los socios y accionistas minoritarios.

Por lo expuesto, surgen las siguientes interrogantes: ¿por qué existía un porcentaje mínimo de participación en el capital social para el ejercicio de los recursos procesales de impugnación? ¿La eliminación de este requisito puede

dar lugar a un uso inadecuado de los recursos procesales de impugnación por parte de socios y accionistas minoritarios? La primera interrogante se responderá analizando los diferentes criterios que la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado han desarrollado para fundamentar la existencia de este requisito. En cuanto a la segunda interrogante, se explorará una posible tesis considerando las normas incluidas en la reforma a la LC como contrapeso a la eliminación del requisito del porcentaje mínimo de participación en el capital social.

3. EL REQUISITO DE PARTICIPACIÓN MÍNIMA EN EL CAPITAL SOCIAL PARA LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS SOCIALES

Todos los recursos procesales de impugnación, previo a la reforma, exigían una participación mínima del 25% de los socios o accionistas demandantes en el capital social de la compañía para activar cualquier acción, lo cual fue objeto de controversia desde su incorporación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Este requisito se encontraba en nuestra legislación desde el Código de Comercio de 1960¹¹, no sufrió ninguna variación hasta la reforma de marzo de 2023, en la que se eliminó el requisito de porcentaje de participación para invocar los recursos contemplados en los artículos 215, 216 y 249 de la LC. Ahora bien, durante el estudio de esta disposición a lo largo del tiempo se pueden identificar dos posiciones opuestas respecto a la incorporación de esta limitación al ejercicio de los recursos procesales de impugnación.

3.1 POSICIÓN A FAVOR DE LA EXISTENCIA DEL REQUISITO DE PARTICIPACIÓN MÍNIMA EN EL CAPITAL SOCIAL

Un sector de la doctrina defiende la existencia de un porcentaje mínimo de participación en el capital social para el ejercicio de la acción de impugnación y apelación. Este apoyo se fundamenta en la necesidad de proteger a la compañía de litigios producto de las acciones judiciales malintencionadas presentadas por un grupo minoritario de accionistas que podrían interrumpir el normal desarrollo de sus actividades mercantiles. El legislador estableció este requisito para evitar que socios o accionistas disidentes entablen recursos sin fundamento o de mala fe contra resoluciones adoptadas de manera democrática por los órganos de gobernanza y administración, conforme a lo que exige por la mayoría que exija el estatuto o la LC para cada asunto.

En palabras de María Inmaculada Rodríguez, “la cuota calificada de capital social se establece con el fin de evitar los inconvenientes de impugnaciones con fines meramente chantajistas (acciones de disturbo), pasando de un

11 Artículo 297, Codificación Código de Comercio, R. O. Suplemento 1292 del 20 de agosto de 1960.

derecho individual a un poder de cuota de capital social”¹². En esta misma línea, Cristina Escobar sostiene que “[l]a exigencia de un porcentaje podría evitar que, en ciertos casos, socios o accionistas minoritarios impugnen sin sustento acuerdos adoptados por las juntas generales entorpeciendo la buena marcha de los negocios de la compañía”¹³. Para Pedro Jesús Baena, la inexistencia de un porcentaje mínimo para el ejercicio de la acción de impugnación puede ocasionar que “[...] cualquier accionista, aunque poseyera una sola acción, podía poner en jaque a la sociedad con una acción de impugnación, normalmente basada en vicios menores de procedimiento [...]”¹⁴. Por lo expuesto, el criterio de la doctrina tiene un enfoque de protección a la compañía y sus actividades comerciales, considerando que la acción puede ser ejercida de forma abusiva y que fijar un porcentaje mínimo sirve de garantía democrática en sentido que un número representativo del capital sea el necesario para impugnar la resolución adoptada en el seno del órgano social y como mecanismo para minimizar el riesgo del uso estratégico y oportunista del derecho¹⁵.

Desde el enfoque del derecho comparado, hay varios ordenamientos jurídicos que contemplan en su regulación societaria el requisito de participación mínima en el capital social para ejercer los recursos de impugnación. En el artículo 201 de la Ley General de Sociedades Mercantiles de México se dispone que “[l]os accionistas que representen el treinta y tres por ciento del capital social podrán oponerse judicialmente a las resoluciones de las Asambleas Generales [...]”¹⁶. Se identifica una disposición similar en el artículo 206 de la Ley de Sociedades de Capital de España, que establece que, para impugnar los acuerdos sociales, se requiere al menos el uno por ciento del capital social y que los estatutos pueden reducir aún más ese porcentaje si los socios así lo desean¹⁷.

La jurisprudencia en Ecuador no ha realizado un aporte significativo al análisis sobre los fundamentos que sostienen la existencia del requisito del capital social mínimo para el ejercicio de los recursos de procesales de impugnación. En los pocos casos que los jueces conocían de alguna causa con relación al ejercicio de alguno de los recursos procesales de impugnación, estos se limitaban a verificar que los demandantes cumplan, entre otros requisitos, con poseer con una participación mínima del 25 % en el capital social. La sentencia

12 María Inmaculada Rodríguez Roblero, *Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje* (Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2010, https://www.researchgate.net/publication/279694885_Impugnacion_de_acuerdos_sociales_y_arbitraje).

13 Escobar, “El derecho de impugnación de las minorías”, 88.

14 Pedro Jesús Baena Baena, “El derecho de impugnación de acuerdos de la junta general en las sociedades de capital en España: legitimación activa ordinaria y ampliada”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción* 34, n.º. 1 (junio de 2018): 40.

15 *Ibid.*, 40.

16 Artículo 201, México, Ley General de Sociedades Mercantiles, Diario Oficial de la Federación del 4 de agosto de 1934, 201, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgsn.htm>.

17 Artículo 206, Ley 31/2014 [España], Jefatura del Estado [por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la Mejora del Gobierno Corporativo], BOE del 4 de diciembre de 2014, 3 de diciembre de 2014.

más relevante que abordó superficialmente este requisito fue emitida en 1998 por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. En esta sentencia se trataron dos temas: (i) si la acción de nulidad y la acción de impugnación eran recursos diferentes y (ii) si los demandantes que ejercieron la acción de nulidad contra una resolución de junta general debían cumplir con el requisito del 25 % de participación. En relación con el primer tema, los jueces consideraron que no eran recursos diferentes sobre la base del principio “donde la ley no distingue tampoco debe distinguir el juez”¹⁸. Sobre el segundo tema, los jueces resolvieron que los accionistas sí debían contar individual o conjuntamente como mínimo con el 25 % de participación en el capital social para ejercer la acción¹⁹.

Por lo tanto, esta sentencia refleja el criterio general de la jurisprudencia con respecto al requisito de participación mínima en el capital social, criterio que se limita a verificar el porcentaje de participación de los demandantes al momento de tramitar las causas, sin profundizar en el fundamento de su existencia.

La Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros (en adelante SCVS), como órgano de control de las compañías en Ecuador, tiene una posición mixta con relación a la existencia del requisito del capital social mínimo. La SCVS se posiciona a favor del requisito del capital social mínimo para la acción de impugnación de los acuerdos sociales, pero se posiciona en contra de exigirse este requisito para el ejercicio de la acción de nulidad. El argumento del órgano de control se fundamenta en la naturaleza de cada acción, siendo una de naturaleza colectiva (acción de impugnación) y la otra de naturaleza individual (acción de nulidad)²⁰.

El análisis de la SCVS sobre la acción de impugnación y su naturaleza colectiva se sostiene en que el objeto de esta acción es impugnar las resoluciones de los órganos sociales que no se adoptaron de conformidad con la ley o el estatuto o que dichas resoluciones lesionaron los intereses de la compañía en beneficio de un grupo de socios o accionistas. Las causas que se invocan para el ejercicio de la acción de impugnación no se relacionan directamente con la vulneración de derechos de la compañía o los otros socios o accionistas, sino que se refiere a la vulneración de intereses de la compañía o de sus socios o accionistas. La diferencia propuesta por la SCVS radica en que el objeto de cada acción es distinto y, como tal, no tiene el mismo grado de protección jurídica. En otras palabras, la acción de impugnación vela por “los intereses” de los socios y accionistas, mientras que la acción de nulidad tiene por objeto

18 Serie 16, Gaceta Judicial 16, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 26 de octubre de 1998, 13

19 Ibid.

20 Gaceta Societaria, Doctrina 102, octubre de 2018, 192.

impugnar acuerdos que “vulneren los derechos” de los socios o accionistas. Por tal motivo, el criterio de la SCVS es que el socio o accionista que ejerza la acción de nulidad no necesita contar con el mínimo de participación del 25 % para que sea admitida su demanda, mientras que los socios o accionistas que ejerzan la acción de impugnación sí necesitan contar con una participación mínima del 25 % en el capital social²¹.

Así, existen varios argumentos a favor de la corriente que apoya la inclusión de un porcentaje de participación mínimo en el capital social de la compañía para el ejercicio de los recursos procesales de impugnación. La doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia tienen diferentes perspectivas que aportan al fundamento jurídico para justificar la existencia de este requisito. No obstante, es importante resaltar que hay un sector de la doctrina y la SCVS que tiene una posición mixta en este tema, al considerar que ciertos tipos de recursos procesales de impugnación están sujetos a este requisito y otros no. Específicamente, el criterio de la SCVS es que la acción de impugnación sí está sujeta al requisito del capital social mínimo y la acción de nulidad no tiene esta limitación.

3.2 POSICIÓN INTERMEDIA A LA EXISTENCIA DEL REQUISITO DE PARTICIPACIÓN MÍNIMA EN EL CAPITAL SOCIAL

En el derecho comparado podemos identificar legislaciones que fijan un porcentaje mínimo de participación en el capital social para ejercer los recursos de impugnación, por ejemplo, la regulación española y la legislación chilena. También podemos identificar legislaciones que no limitan el ejercicio de los recursos a este requisito, por ejemplo, la legislación de Uruguay y Argentina. En contraste con los dos anteriores grupos se encuentran las legislaciones mexicana y peruana, que denotan una mixtura de ambas posiciones, al contener un sistema de normas que realizan sutiles distinciones entre los diferentes recursos de impugnación. Del mismo modo, esta posición mixta también se desarrolla en la jurisprudencia de México y España, que distinguen entre la acción de nulidad y la acción de impugnación (o su equivalente en cada país).

Primero, se analizarán las disposiciones de la legislación peruana, que funciona como un gran ejemplo de estructurar un sistema equilibrado con la implementación de un porcentaje mínimo de participación en el capital social para el ejercicio de los recursos de impugnación. El artículo 140 de la Ley General de Sociedades establece que la impugnación de los acuerdos sociales lo puede realizar cualquier accionista que haya votado en contra del acuerdo, que no haya asistido a la sesión del órgano social y los que han sido ilegítimamente

21 Id., 247.

privados de emitir su voto²². Del texto anterior se evidencia que no hay limitación al ejercicio de la acción al porcentaje de participación en el capital social. No obstante, al revisar el artículo 145 del mismo cuerpo normativo se dispone que, para la suspensión de los efectos de la resolución adoptada por el órgano social correspondiente, se debe contar como mínimo con el 20 % de participación en el capital social, caso contrario no procede la suspensión²³. Por lo tanto, se evidencia que este régimen de recursos de impugnación tiene una regulación mixta, la cual permite a cualquier socio o accionista a ejercer su derecho a la impugnación de los acuerdos sociales y, al mismo tiempo, incluye una limitación para que no se suspendan los efectos de estos acuerdos sociales, a menos que se cuente con un porcentaje de participación representativo en el capital social.

Por otro lado, al abordar la jurisprudencia mexicana se distingue de forma categórica entre dos tipos de recursos de impugnación, uno sujeto al requisito de capital social mínimo (acción de oposición) y el otro sin esta limitación (acción de nulidad). La Suprema Corte de Justicia de la Nación, dentro del proceso de amparo del 5 de marzo de 1953, estableció el siguiente criterio:

La acción para ejercitar la nulidad de una asamblea de accionistas no requiere forzosamente que quienes la promuevan representen el 33 % del capital social, [...] porque esta norma rige para el caso de una acción judicial de oposición a resoluciones adoptadas por una asamblea de accionistas y no a la acción de nulidad de la asamblea misma, la cual constituye una situación jurídica absolutamente diversa²⁴.

La tesis que realiza el tribunal del máximo órgano de justicia mexicano es el precedente que en esta jurisdicción distingue a la acción de nulidad y a la acción de impugnación (denominada acción de oposición). El fundamento de esta distinción es la causa o situación jurídica detrás del ejercicio de cada recurso. La acción de nulidad se enmarca en una situación jurídica del cometimiento de una infracción legal o estatutaria, la cual tiene lugar antes o durante la adopción de la resolución en el seno de los órganos sociales y que por sus características propias está regulada por el régimen general de la nulidad del Código Civil. Por otro lado, la acción de impugnación tiene una causa más concreta y determinada, propia de los socios y accionistas minoritarios, que tiene como situación jurídica la adopción de un acuerdo por parte de los socios y accionistas mayoritarios que, incluso en cumplimiento con la normativa legal y estatutaria, tiene un resultado abusivo y/o perjudicial para los intereses

22 Artículo 140, Perú, Ley General de Sociedades, Ley 26887, aprobada el 5 de diciembre de 1997, https://www.leyes.congreso.gob.pe/DetLeyNuma_1p.aspx?xNorma=6&xNumero=26887&xTipoNorma=0.

23 Id., artículo 145.

24 Amparo Civil Directo 2021/50, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Sala Auxiliar, Material Civil, 5 de marzo de 1953, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/385580>.

de los socios y accionistas minoritarios²⁵. En otras palabras, la diferencia central radica que en la acción de nulidad se fundamenta en un incumplimiento de la ley o el estatuto, mientras que la acción de impugnación se fundamenta en una conducta abusiva por parte de los socios y accionistas mayoritarios. En la jurisprudencia española también se puede encontrar esta distinción entre la acción de nulidad y la acción de impugnación en múltiples sentencias y con mayor profundidad en los análisis. El Tribunal Supremo de Madrid realiza una interpretación sistemática de las normas que regulan a la acción de nulidad y a la acción de impugnación de acuerdos sociales, en la cual se considera que el ejercicio de la acción de impugnación responde a una situación de “abuso de poder” y/o “abuso de derecho” por parte de los socios y accionistas mayoritarios en contra de los minoritarios²⁶. Esto significa que los socios y accionistas mayoritarios han actuado dentro del marco de la ley y el estatuto, pero ejerciendo sus derechos como mayoritarios de forma abusiva y en perjuicio de los minoritarios, lo cual es una situación contraria al ordenamiento jurídico²⁷. En este sentido, el Tribunal Supremo de Madrid reconoce que la acción de impugnación tiene como objeto declarar la nulidad de acuerdos sociales que lesionen los derechos e intereses de los minoritarios en escenarios de abuso por parte de los mayoritarios, situación que puede llegar a ser difícil de determinar y se debe realizar un minucioso estudio caso por caso²⁸. La dificultad de determinar el abuso de derecho en cada caso y el cuantioso número de acciones de impugnación de acuerdos sociales son el fundamento que impulsó incluir en la legislación española un mínimo de participación en el capital social para ejercer la acción de impugnación. Por lo tanto, vemos la postura mixta en esta jurisdicción al fijar un porcentaje mínimo de participación para ejercer la acción de impugnación, pero no aplica este requisito para la acción de nulidad que se regula por el régimen general civil español.

De lo revisado en este apartado, se puede comprobar que la posición mixta de la existencia del requisito de participación mínima en el capital social. Esta posición neutral se sustenta sobre tres premisas principales. La primera proviene de establecer un régimen de impugnaciones en el cual todos los socios y accionistas tengan la posibilidad de ejercer los recursos en contra de los acuerdos sociales, pero con la limitación de contar con un porcentaje de participación en capital social mínimo para la suspensión de los efectos de las resoluciones. La segunda es que se realiza una distinción entre los diferentes tipos de acción contra los recursos de impugnación. La tercera y última premisa surge del análisis del abuso del derecho como causa de una declaratoria de nulidad de los acuerdos sociales distinta del incumplimiento *per se* de una norma jurídica.

25 Amparo Directo 303/2005, Tribunales Colegiados del Primer Circuito de México, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil, 14 de julio de 2005, <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/176513>.

26 Sentencia n.º. 73/2018, Tribunal Supremo de Madrid, Sala de lo Civil, 14 de febrero del 2018, pág. 10, párr. 6.

27 Id., pág. 11, párr. 11.

28 Id., pág. 12, párr. 11.

3.3 POSICIÓN EN CONTRA DE LA EXISTENCIA DEL REQUISITO DE PARTICIPACIÓN MÍNIMA

Existe otro sector de la doctrina que debate la existencia del requisito de fijar un porcentaje mínimo de participación del capital social para el ejercicio de los recursos de impugnación. Esta corriente argumenta que hay otros mecanismos que pueden garantizar a la compañía que los socios y accionistas minoritarios no van a hacer un uso abusivo o inadecuado de los recursos de impugnación. Estos mecanismos alternativos pueden ser presentar una caución para el ejercicio de la acción, disponer en la normativa que se sancione al accionista minoritario que haga uso de la acción de forma abusiva, que la acción no tenga efectos suspensivos de la resolución adoptada por el órgano social, entre otras. Lo importante para esta contracorriente de la existencia de este requisito es que se pueda proteger el desarrollo normal de las actividades de la compañía sin menoscabar el derecho fundamental de los socios o accionistas a impugnar las resoluciones de los órganos sociales.

En primer lugar, y partiendo de los conceptos societarios básicos, los socios y accionistas tienen el derecho fundamental de impugnar los acuerdos sociales cuando estos sean contrarios a la ley o a los estatutos. Esto significa que este derecho aplica para todos los socios o accionistas y no es exclusivo para socios y accionistas con un porcentaje de participación específica en el capital social de las compañías. Lo anterior se sostiene sobre la base que la impugnación es un derecho fundamental reconocido por la LC para todos los socios y accionistas, independientemente del capital social que posean en la compañía. Antonio Brunetti describe a este derecho como insuprimible, que se reconoce a todos los accionistas y no trata de conceder a las minorías para que se opongan a las mayorías, sino que procura un equilibrio de poder²⁹. Si una resolución tomada en la junta o asamblea general es contraria a la ley o a los estatutos, todos los socios y accionistas conscientes de esa falta y del perjuicio que esta puede generar deben tener la capacidad de tomar las medidas para que la resolución quede sin efecto. El monto de la participación del socio o accionista en el capital social de la compañía es un elemento que no debe considerarse intrínseco a la facultad de los socios y accionistas para entablar las acciones procesales que, a su criterio, deban ser ejercidas para reconducir una resolución adoptada en los órganos de gobernanza y administración que contravenga a la ley y los estatutos sociales.

El sector de la doctrina que se alinea en esta corriente sostiene que la impugnación como derecho fundamental de los socios y accionistas no debe ser

29 Antonio Brunetti, *Tratado del derecho de las sociedades: sociedad por acciones* (México D. F.: Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1960), 526, citado en Escobar, “El derecho de impugnación de las minorías”, 45.

limitado a un porcentaje de participación. Cristina Escobar manifiesta que la imposición de este límite atenta “contra la naturaleza de dicho derecho, por cuanto, en la práctica, a una minoría que no conforme la cuarta parte del capital se la estaría dejando en estado de indefensión”³⁰. Judith Morales Barceló considera que la forma adecuada de garantizar que no se haga un uso abusivo de los recursos de impugnación es mediante la acreditación de un interés legítimo en la impugnación, lo que significa que será el juez quien resuelva, al momento de recibir la demanda, si el accionista tiene o no un interés legítimo para proceder con la sustanciación de la acción³¹.

La legislación comparada es una fuente de mecanismos alternativos a la existencia del requisito de participación mínima en el capital social. Un ejemplo de estos mecanismos alternativos se encuentra en la legislación societaria de Uruguay, donde el artículo 374 de la Ley de Sociedades establece que: “[e]l Juez podrá solicitar a los impugnantes la presentación de una garantía para eventualmente resarcir los daños que la promoción de la acción desestimada cause a la sociedad”³². En México también se encuentra un mecanismo alternativo en su Ley de Sociedades Mercantiles, la cual dispone que “[...] los actores dieren fianza bastante para responder de los daños y perjuicios que pudieren causarse a la sociedad, por la inejecución de dichas resoluciones, en caso de que la sentencia declare infundada la oposición”³³. En este sentido, se puede evidenciar que hay otros mecanismos reconocidos en el derecho comparado para fungir como contrapeso a la tentación de socios o accionistas minoritarios de hacer uso de los recursos procesales de forma inadecuada y que, al mismo tiempo, no se vulnere el derecho fundamental de los socios o accionistas a impugnar las resoluciones de los órganos sociales.

Luego de revisar los aportes de la doctrina y la legislación comparada, resulta indispensable revisar la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador con respecto a la existencia del requisito del 25 % de participación en capital social para el ejercicio de los recursos procesales de impugnación. En noviembre de 2023, la Corte Constitucional resolvió que, en el marco de nuestra constitución y el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la imposición del porcentaje mínimo de participación en el capital social era un límite que vulnera de forma directa al derecho constitucional de la tutela judicial efectiva, específicamente en lo que se refiere al acceso a la administración de justicia³⁴. La Corte señaló que “la restricción del derecho de los accionantes va más allá de lo imperioso, pues impide de manera absoluta que los accionistas minoritarios

30 Escobar, “El derecho de impugnación de las minorías”, 88.

31 Judith Morales Barceló, “Régimen de impugnación de los acuerdos sociales”, *Revista Internacional Consinter de Direito* 9, n.º. 9 (diciembre de 2019): 10, <https://doi.org/10.19135/revista.consinter.00009.35>.

32 Artículo 374, Ley 16.660 [Ley de Sociedades Comerciales, Uruguay] aprobada el 4 de septiembre de 1989.

33 Artículo 202, Ley General de Sociedades Mercantiles [México], Diario Oficial de la Federación, 4 de agosto de 1934.

34 Sentencia n.º. 6-22-CN/23, Corte Constitucional del Ecuador, 18 de octubre de 2023, párr. 56.

obtengan una revisión judicial sobre actos societarios que podrían ser ilegítimos”³⁵. Esta sentencia permitió a un grupo de accionistas, que no contaban con el 25 % de participación en el capital social, presentar la demanda de nulidad en contra de resoluciones de la junta general de accionistas y que esta sea admitida por el juez, lo cual resulta en un gran avance en materia de protección de los derechos de los socios y accionistas minoritarios nunca antes visto en Ecuador, en especial porque el efecto de la sentencia es retroactivo para todas las causas que estaban en trámite hasta incluso antes de la reforma a la LC³⁶. En consecuencia, la sentencia de la Corte Constitucional, al resolver la eliminación del requisito del capital social mínimo para el ejercicio de los recursos procesales de impugnación, permitió ampliar el espectro de protección de los socios y accionistas minoritarios, quienes se encontraban en una situación de clara indefensión.

Una vez revisados los fundamentos, posiciones a favor y en contra de la existencia del requisito de participación mínima en el capital social, la situación actual desde la reforma de marzo del 2023 y la sentencia de la Corte Constitucional, se puede responder a la primera interrogante planteada en este análisis señalando que el fundamento para que se haya incluido el requisito del capital social mínimo es la protección de las actividades diarias de las compañías de posibles acciones judiciales que fueran temerarias o abusivas por parte de los socios y accionistas minoritarios. Sin embargo, la existencia de este requisito limitaba el acceso a la tutela judicial efectiva y dejaba en indefensión a los socios y accionistas minoritarios de materializar su derecho fundamental de impugnación. También se observa que existen otros mecanismos que pueden garantizar a la compañía que los socios y accionistas minoritarios no estén incentivados a presentar recursos de impugnación de forma temeraria o abusiva. Por lo tanto, si bien la existencia del requisito del 25 % tiene un fundamento fáctico legítimo, su incorporación ocasionaba dejar en situación de indefensión a los socios y accionistas minoritarios, cuando hay otros mecanismos legales que garanticen los derechos e intereses de las compañías y de los diferentes grupos de socios y accionistas.

4. MECANISMOS ALTERNATIVOS A LA ELIMINACIÓN DEL REQUISITO DEL 25 % DE PARTICIPACIÓN

La reforma de marzo de 2023 a la LC suprimió el requisito del 25 % de participación mínima en el capital social para el ejercicio de los recursos de impugnación de los acuerdos sociales, lo cual para algunos —*prima facie*— puede tener consecuencias no deseadas para el normal desarrollo de las actividades

³⁵ Id., párr. 55.

³⁶ Id., párr. 2, pág. 16.

de las compañías, como también puede generar conflictos entre los grupos mayoritarios y minoritarios de socios y accionistas. Uno de los fundamentos para la existencia del requisito de participación mínima en capital social es proteger a las compañías de posibles acciones judiciales que sean ejercidas con intenciones temerarias, abusivas o mal intencionadas por parte de los socios o accionistas minoritarios y que esto interrumpa las actividades mercantiles ordinarias de la compañía. Tomando en cuenta lo anterior, la eliminación del requisito del 25 % de participación en el capital social se podría considerar como una oportunidad para que socios o accionistas minoritarios que, incluso con una sola acción o participación, puedan presentar demandas infundadas con el único fin de afectar a las compañías o a otros socios o accionistas. Esta situación puede hacer que se cuestione la conveniencia de la reforma a la LC, debido a que la eliminación del requisito del 25 % de participación pudo resultar en una excesiva protección a los socios o accionistas minoritarios, ya que ahora estos pueden ejercer cualquiera de los recursos procesales de impugnación para oponerse a las resoluciones o acuerdos adoptados por los órganos sociales, inclusive si estos acuerdos o resoluciones fueron adoptados con más del 99 % del capital social. No obstante, estos cuestionamientos pueden ser clarificados al revisar los mecanismos alternativos incluidos en la reforma, que tienen como objetivo cumplir con la misma función de prevenir de abusos por parte de los socios y accionistas minoritarios, al igual que el requisito mínimo de participación en el capital social.

Previamente se revisaron los argumentos de la corriente que se opone a la existencia del requisito de participación mínima en el capital social para el ejercicio de los recursos de impugnación. Entre estos argumentos se destaca uno que propone como alternativa que la ley contemple soluciones diferentes a la imposición de dicho requisito. En esta línea de ideas, las legislaciones uruguaya y mexicana son ejemplos de normativas que contienen mecanismos alternativos a la participación mínima en el capital social. La implementación de normas que exijan el pago de una caución antes de la sustanciación del proceso judicial o que el socio o accionista deba acreditar su interés legítimo en la causa son algunas de las soluciones adoptadas en otras jurisdicciones para prevenir el riesgo. Ahora bien, en Ecuador, ¿cuáles son los mecanismos que se implementaron en la reforma de 2023 como contrapeso a la eliminación del requisito de participación mínima en el capital social?

El primer mecanismo incorporado por la reforma en la LC lo encontramos en el artículo 215, el cual prescribe que la acción de impugnación no suspende los efectos de la resolución o del acuerdo adoptado por el órgano de gobernanza o el órgano administrativo³⁷. Del mismo modo, en el artículo 216.7 se establece que, para la acción de nulidad, solo se podrá suspender los efectos

37 Artículo 215, Ley de Compañías.

de los acuerdos sociales a través de una medida cautelar dictada por un juez y cumpliendo las siguientes condiciones: (i) que la suspensión no paralice la actividad de la compañía, (ii) que existan motivos graves que sustenten la suspensión y (iii) que no perjudique a terceros³⁸. Por consiguiente, este primer mecanismo alternativo que aplica para la acción de impugnación y la acción de nulidad cumple con el objetivo de proteger a las compañías, en especial a sus actividades mercantiles, para que no se vean afectadas por los litigios producto de la acción de impugnación o de nulidad. Por lo tanto, se puede estimar que este mecanismo es un contrapeso efectivo a la eliminación del requisito de participación mínima en el capital social.

El segundo mecanismo alternativo incluido en la reforma está también en artículo 216.7 de la LC, mismo que dispone que en la acción de nulidad el juez podrá disponer a los socios o accionistas demandantes que otorguen “garantía suficiente para responder por los daños que dicha medida cautelar pudiera causar a la compañía”³⁹. Esta garantía que determina el artículo 216.7 se asemeja al mecanismo implementado como contrapeso en la legislación mexicana con respecto a consignar un determinado valor ante el juez que conoce la causa, así como en la legislación peruana al determinar que se debe fijar una cuantía si se pretende la suspensión de los efectos de los acuerdos sociales. Lo relevante de este mecanismo es que cumple con el objetivo de garantizar una efectiva reparación a la compañía en el caso que la demanda no sea favorable para los actores y también ofrece una protección a los socios y accionistas demandantes al suspender los efectos de las resoluciones.

El tercer mecanismo alternativo incluido en la reforma de 2023 es el más disuasivo para evitar que socios y accionistas minoritarios presenten demandas sin fundamento o de mala fe en contra de los acuerdos sociales. Este mecanismo tiene la particularidad de aplicarse a todos los tipos de recursos procesales de impugnación, es decir, a la acción de impugnación, la acción de nulidad, la acción de apelación y la acción de opresión de accionistas minoritarios. El artículo 249 otorga al juez la facultad de ordenar a los socios o accionistas demandantes que reembolsen a los demandados los gastos incurridos en la defensa durante el proceso judicial. Además, el juez podrá imponer una multa a los socios o accionistas demandantes⁴⁰. Esta multa se determinará a criterio del juez que conozca la causa y podrá ascender hasta un monto equivalente al 5 % del patrimonio de la compañía demandada. En caso que el patrimonio de la compañía sea negativo, el juez podrá imponer a los socios o accionistas demandantes una sanción pecuniaria de hasta doce salarios básicos unificados del trabajador en general de Ecuador⁴¹. Las sanciones previstas en este artículo

38 Id.

39 Artículo 216.7, Ley de Compañías.

40 Artículo 249, Ley de Compañías.

41 Id.

representan un desincentivo significativo para que los socios y accionistas minoritarios evalúen cuidadosamente proponer un recurso procesal de impugnación sin el debido fundamento. Al mismo tiempo, los socios y accionistas que ejerzan cualquiera de los recursos de impugnación de forma fundamentada y con sustento no tendrán temor de que se les impongan estas sanciones.

Se debe considerar que las disposiciones del artículo 249 también incluye regulación que está contemplada en el derecho comparado como un mecanismo que limita la legitimación activa para el ejercicio de los recursos de impugnación. Este artículo no permite que los accionistas que votaron a favor de la resolución recurrida ejerzan cualquiera de las acciones contra la decisión de la mayoría expresada en los órganos sociales, lo cual es coherente, ya que resulta conflictivo el hecho que un socio o accionista vote a favor de una resolución y luego se oponga a ella. Del mismo modo, el artículo 249 prohíbe que se entablen acciones judiciales contra las resoluciones que establecen la responsabilidad de administradores y comisarios, algo que se ha observado en otras jurisdicciones y que genera conflictos. Específicamente, la Superintendencia de Sociedades de Colombia, en la Sentencia del 2 de marzo de 2021, ha señalado que el bloqueo por parte del accionista mayoritario para ejercer la acción social contra el administrador suele derivar en una acción de abuso del derecho por parte de los minoritarios, especialmente cuando el motivo del bloqueo del mayoritario es encubrir al administrador en cuestión⁴².

Una vez analizados los tres mecanismos alternativos incorporados en la LC como barreras a la posibilidad de que se ejerzan recursos de impugnación malintencionados por parte de socios y accionistas minoritarios, se puede afirmar que los cuestionamientos a la eliminación del requisito de participación mínima en el capital social son meras especulaciones de un sector que mantiene una visión tradicionalista de los recursos procesales de impugnación.

La eliminación de este requisito tiene como efecto indirecto moldear el comportamiento de los socios y accionistas mayoritarios, ya que ahora no podrán adoptar libremente acuerdos o resoluciones en las sesiones de los órganos sociales que sean abusivas y en perjuicio de los minoritarios. El requisito del 25 % de participación en el capital social era una barrera que protegía a los mayoritarios de acciones judiciales por parte de los minoritarios que no cumplieran con ese porcentaje. Ahora, los mayoritarios deben ser más conscientes de que el poder dentro de los órganos sociales está más equilibrado y que los minoritarios pueden impugnar resoluciones que no se hayan adoptado conforme a la ley o el estatuto.

42 Sentencia n°. 2021-01-061146, Superintendencia de Sociedades de Colombia, 2 de marzo de 2021, pág. 130.

Del mismo modo, los socios y accionistas minoritarios deben considerar que, si ejercen alguno de los recursos procesales de impugnación de forma infundada o de mala fe, pueden ser sancionados por el juez que conozca la causa. Por lo tanto, se puede afirmar que la eliminación del requisito del 25 % de participación en el capital social fue una reforma positiva para la legislación societaria en Ecuador. Esta reforma no representa una excesiva protección para los socios y accionistas minoritarios; al contrario, equilibra la balanza de poder entre mayoritarios y minoritarios al momento de adoptar acuerdos o resoluciones dentro de los órganos sociales.

La efectividad de estos nuevos mecanismos alternativos incluidos en la LC es una interrogante que podrá responderse a medida que se comience a aplicar este régimen en la práctica y se evalúe cómo se desarrolla la jurisprudencia nacional al respecto. Por ahora, las experiencias revisadas del derecho comparado sustentan un panorama positivo a futuro, ya que permiten considerar que los nuevos mecanismos han sido estructurados de tal manera que no resulten excesivamente proteccionistas para los socios y accionistas minoritarios ni excesivamente flexibles al abuso de poder de las mayorías.

La redacción de las normas sugiere que la balanza de poder está equilibrada en el momento en que se sustancian los procesos ante los jueces y árbitros respectivos. La eliminación del requisito del 25 % para el ejercicio de los recursos procesales ya representa una garantía efectiva para equilibrar el poder en la relación entre mayoritarios y minoritarios, en especial al considerar que en otras legislaciones la acción de nulidad no está sujeta a un porcentaje de participación en el capital social.

5. CONCLUSIÓN

La reforma de marzo de 2023 a la LC se puede concebir como una revolución en el ámbito societario ecuatoriano. En la reforma se eliminó el requisito de contar con mínimo el 25 % de participación en el capital social para que los socios y accionistas de las compañías puedan ejercer cualquiera de los recursos procesales de impugnación, lo cual fue el cambio más importante dentro del régimen de los recursos de impugnación reconocidos en la ley. No obstante, la eliminación de este requisito generó interrogantes sobre los posibles efectos que esta supresión puede tener en la relación entre los socios y accionistas de las compañías, específicamente en la adopción de resoluciones en el seno de los órganos de gobernanza y administración.

La primera interrogante planteada fue conocer el fundamento que sustentó la existencia del requisito de participación mínima del 25 % en el capital social desde 1960 hasta la reforma a la LC de 2023. De la investigación se deduce que la existencia de este requisito se fundamenta en la protección a la

compañía, específicamente en asegurar el normal desarrollo de las actividades de esta frente a cualquier disputa entre socios y accionistas.

Los fundamentos identificados que sirvieron de base para la inclusión del requisito de participación mínima en el capital social fueron los siguientes: (i) velar por la protección del normal desarrollo de las actividades mercantiles de la compañía y (ii) proteger el proceso democrático de adopción de acuerdos sociales mediante el voto a favorable de una mayoría calificada (75 %), es decir, proteger a los socios y accionistas mayoritarios. Sin embargo, estos fundamentos, aunque válidos, no consideraban que vulneraran los derechos de los socios y accionistas minoritarios que no contaban una participación superior al 25 %. Por lo tanto, la eliminación de este requisito representa una mejora significativa, ya que proporciona un marco más amplio de protección para el ejercicio del derecho de impugnación de socios y accionistas. Asimismo, establece un mecanismo que permite equilibrar el poder entre los socios mayoritarios y minoritarios al tenor de la legislación comparada.

La segunda interrogante, crucial en este análisis, fue determinar si la eliminación del requisito de la participación mínima en el capital social fue positiva o excesivamente proteccionista con los socios y accionistas minoritarios. Para abordar esta cuestión se analizó la doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia. De esta revisión se pudo identificar dos posturas contrapuestas, así como una posición mixta, cada una con sus argumentos y enfoques. La corriente a favor de mantener el requisito de participación mínima sostiene que esta modificación podría dar lugar a demandas abusivas y malintencionadas por parte de socios y accionistas minoritarios con el fin de obstaculizar las operaciones de la compañía y, de tal modo, alcanzar algún objetivo personal del o los demandantes.

Por otro lado, para el sector en contra de la existencia de este requisito, la reforma representa un avance sustancial en materia de protección de derechos de los socios y accionistas minoritarios, tomando en cuenta que la existencia de este requisito vulneraba el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el derecho fundamental de impugnación. La posición mixta se destaca por tener un enfoque que distingue diferentes situaciones jurídicas que pueden responder a la necesidad de tener un porcentaje de participación mínima en el capital o no, como sucede en la acción de nulidad y la acción de impugnación, que tienen una naturaleza y objeto distintos. En resumen, las tres posiciones tienen sus tesis, antítesis y síntesis sobre este tema, pero todas se basan en los mismos fundamentos de protección a la compañía, control del cumplimiento de la ley y el estatuto, prevención del abuso del derecho y equilibrar la balanza de poder entre los grupos mayoritarios y minoritarios de socios y accionistas.

Tomando en cuenta que es fundamental proteger el normal desarrollo de las actividades de la compañía y los derechos de los socios y accionistas, tanto mayoritarios como minoritarios, durante las disputas judiciales producidas entre socios y accionistas, la reforma a la LC no solo eliminó el requisito de participación mínima del 25 % en el capital social, sino también incluyó mecanismos alternativos que suplieran este requisito. Estos mecanismos tuvieron como objetivo cumplir tres finalidades para equilibrar la relación de poder entre los socios y accionistas mayoritarios y minoritarios, lo cual es la solución que se planteó en la reforma y el gran aporte que se realizó a la legislación societaria ecuatoriana. La primera finalidad es proteger las operaciones de las compañías mediante normas que prohíben suspender los efectos de las resoluciones adoptadas por los órganos sociales hasta que se resuelva el proceso judicial, salvo en algunas excepciones de carácter extraordinario. La segunda finalidad es ampliar el marco de protección de los socios y accionistas minoritarios mediante la eliminación del requisito de participación mínima en el capital social, lo que permite que socios y accionistas que no cumplieran con este porcentaje y se encontraban en estado de indefensión puedan ahora ejercer su derecho fundamental de impugnación. La tercera finalidad es establecer normas que reduzcan el incentivo de los socios y accionistas minoritarios a hacer un uso inadecuado o abusivo de los recursos sociales de impugnación. Esto se logra, por ejemplo, mediante la inclusión de sanciones monetarias significativas en caso de que el juez determine que la demanda fue temeraria o abusiva, así como la posibilidad de que los demandantes presenten una garantía al juez en caso de que la demanda cause perjuicios a la compañía o a terceros.

Por lo tanto, se puede concluir que la eliminación del requisito del 25 % de participación en el capital social fue un avance positivo para equilibrar la balanza de poder entre los socios y accionistas mayoritarios y minoritarios. Es importante destacar que esta eliminación no representa una excesiva protección a los accionistas minoritarios, ya que la reformá incluyó mecanismos alternativos al requisito de participación mínima, los cuales fungen como contrapeso ante la posibilidad de que los socios y accionistas minoritarios hagan un uso inadecuado de los recursos procesales de impugnación. No obstante, esta conclusión podrá ser validada en el futuro, cuando la jurisprudencia tenga que resolver causas producto de los recursos procesales de impugnación y aplique los nuevos mecanismos alternativos incluidos en la reforma, evaluando así si existen situaciones que no han sido abordadas en este artículo.



@usfqpress