

Mayo 2025
ISSN 2631-2573
E-ISSN 1390-8014

USFQ LAW REVIEW

Volumen XII. Núm. 1





VOLUMEN XII, Núm. I • MAYO 2025



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 XII, Número 1, mayo 2025

DOI Núm. 1: <https://doi.org/10.18272/wf0cgg57>

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTORES EDITORIALES

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

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

COMITÉ EDITORIAL

Editores en Jefe

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

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

Editores Asociados

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

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

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

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

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

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

Editores Junior

Doménica Nicole Viera Reyes
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0009-0004-7480-579X>

María Josefa Maldonado Páez
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0009-0003-3506-221X>

Andrés Regalado Mantilla
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0009-0007-6217-8823>

Lelia Doménica Medina Rodríguez
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0009-0004-2049-6178>

Isabella Garzón Campaña
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0009-0006-3946-6811>

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

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

REVISORES PARES EXTERNOS

Mario Ruiz, Eduardo Regalado, Juan Sebastián Jácome, José Moya, Andrés Mariño, Rafaella Romo-Leroux, Felipe Idrovo, Kevin Ortiz, María Victoria Vergara, Manuela Cárdenas, Carla Cepeda, Iván Izquierdo, David Molina, Felipe Castro, Santiago Cisneros, Lorena Barraqueta, Daniela Guarderas, Andrés Mariño, Jose Guillermo Moya, Sierra Bullock, Juan Francisco Pozo, María del Mar Gallegos, Juan Domingo Ponce, María Paula Mesías, Ana Isabel Cobo, Sergio Núñez, Adriana Orellana, Jaime Dousdebés, María Gracia Naranjo, Juan Sebastián Baquero.

CONSEJO ASESOR

Farith Simon, PhD
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

Mauricio Maldonado Muñoz, PhD
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

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

PRODUCCIÓN EDITORIAL:

Corrección ortotipográfica: Oswaldo Reyes

Diseño editorial: Nikolai Barakat

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. Liliana Mishel Chugchilán Tigasi y Juan José Cobo Ordóñez,
Editores en Jefe Universidad San Francisco de Quito (USFQ)
Calle Diego de Robles y Vía Interoceánica, Campus Cumbayá
Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: lawreview@usfq.edu.ec

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA

USFQ Law Review es la primera revista jurídica, académica, arbitrada e indexada del Ecuador, en ser íntegramente desarrollada y administrada por estudiantes de pregrado. Nació en el 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

Lo que alguna vez fue solo una idea ambiciosa entre estudiantes, hoy es una realidad. Número a número, *USFQ Law Review* se ha convertido en un referente para la comunidad jurídica por su excelencia, calidad y compromiso. La presente entrega no es la excepción. Tras un minucioso proceso editorial, tenemos el agrado de presentar el primer número del Volumen XII, que se compone de siete artículos destacados.

En Derecho civil, Sergio Núñez y Mariana Ponce defienden la autonomía de la extinción de dominio respecto de la nulidad de los negocios jurídicos. Los autores analizan que esta figura debe operar independientemente de la validez civil del acto que dio origen al dominio, para evitar que requisitos formales obstaculicen la recuperación de bienes de origen ilícito.

En materia de Derecho de daños, Sophia Lobato, María Victoria Yépez y Bernarda Haro cuestionan la visión tradicional que reduce la reparación del daño extrapatrimonial a una compensación económica. Proponen un enfoque que considere la naturaleza del bien jurídico lesionado a través de medidas reparadoras no necesariamente pecuniarias. Asimismo, plantean criterios objetivos para la cuantificación del daño en casos en los que la indemnización pecuniaria sea la vía adecuada.

En Derecho de competencia, Ivanna Matijevic explora cómo los efectos de red y el uso de *big data* pueden limitar la entrada de nuevos actores en los sistemas auxiliares de pagos. La investigación sugiere reformas regulatorias que promuevan la interoperabilidad, la portabilidad de cuentas y una arquitectura de finanzas abiertas, con el objetivo de evitar que estas herramientas se conviertan en barreras estructurales que impidan la competencia y afecten la innovación tecnológica en el sector financiero ecuatoriano.

En arbitraje, Gabriel Campoverde y Galo Gaibor analizan la causal de nulidad prevista en el literal d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador. A partir de un estudio doctrinal, jurisprudencial y empírico de fallos emitidos por la Corte Provincial de Pichincha entre 2017 y 2024, los autores concluyen que esta causal debe interpretarse como un mecanismo para corregir vicios de incongruencia, y no como una vía para revisar la competencia del tribunal arbitral. El artículo destaca la necesidad de uniformar el criterio judicial para fortalecer la seguridad jurídica y la autonomía del arbitraje.

En esta misma área, Paula Zambrano analiza si el consentimiento tácito puede extender la jurisdicción del tribunal arbitral. La autora indaga la naturaleza del requisito de escrituración del convenio arbitral y concluye que el

consentimiento tácito sí es viable bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Así, concluye que el silencio circunstanciado frente a la competencia puede considerarse manifestación de voluntad para arbitrar, lo que abre paso a una prórroga tácita de competencia.

En Derecho penal, Francel Vásquez examina la falta de criterios uniformes en la fijación de indemnizaciones económicas en Ecuador. A través de un enfoque deductivo, propone la incorporación de estándares normativos que permitan a los jueces determinar compensaciones justas y suficientes, especialmente en delitos en los que no es posible restituir el bien jurídico perdido, como la vida.

Finalmente, en Derecho penal y administrativo, David Yumiceba estudia la imputación por omisión en el ordenamiento ecuatoriano, bajo la figura de la posición de garante. Mediante un análisis histórico de los códigos penales de 1938 y 1971, se evidencia que los delitos por omisión en la administración pública no cumplen los elementos típicos exigidos por la norma vigente, lo cual impide su sanción efectiva. Frente a este vacío, el autor propone adoptar criterios de otros sistemas jurídicos que reconocen la responsabilidad penal por omisión cuando existe una fuente material de deber de garantía.

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

Destacamos también la participación de los Revisores Externos. Su colaboración ha sido esencial para maximizar la calidad de los artículos publicados en el presente número.

Una vez más, expresamos nuestro sentido agradecimiento a las firmas auspiciantes de este volumen: Pérez Bustamante & Ponce, Lexvalor, AVL, SVAR, Almeida Guzmán & Asociados, Cabezas Wray & Albán, Spingarn, Equity, Heka, ECIJA, Luzuriaga & Castro, Charry Saénz Jácome & Galarza, Durini & Guerrero, Corral Rosales, LEAL Counselors and Attorneys at Law, ZION, Andersen y Santamaría Abogados.

Por último, agradecemos inmensamente a Andrea Naranjo, Alejandra Larrea y Nikolai Barakat, miembros del equipo de USFQ Press, por su invaluable apoyo durante todas las etapas del proceso editorial.

A nombre del Comité Editorial, extendemos una cordial invitación a participar en los siguientes volúmenes de *USFQ Law Review*. Esperamos que este primero número del año 2025 sea de su agrado.

Quito, mayo de 2025

Liliana Mishel Chugchilán Tigasi
EDITORA EN JEFE

Juan José Cobo Ordóñez
EDITOR EN JEFE

ÍNDICE

La extinción de dominio como institución autónoma: por una desvinculación absoluta de la nulidad civil	1
SERGIO NÚÑEZ DÁVILA Y MARIANA PONCE GUILLÉN	
Reparación del daño extrapatrimonial en Ecuador: más allá de la indemnización pecuniaria	24
KAREN SOPHIA LOBATO, MARÍA VICTORIA YÉPEZ IDROVO Y BERNARDA ALEGRÍA HARO AILLÓN	
Big data y política de competencia: análisis de los efectos de red como posible barrera de entrada en los SAP	47
IVANA RAQUEL MATIJEVIC LÓPEZ	
De las cuestiones no sometidas al arbitraje: ¿nulidad por competencia o por incongruencia?	76
GABRIEL FRANCISCO CAMPOVERDE SANI Y GALO FERNANDO GAIBOR BARRAGÁN	
Prórroga de la competencia del tribunal arbitral: ¿es posible en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?	100
PAULA ISABEL ZAMBRANO YÉPEZ	
La indemnización económica como parte de la reparación integral en los delitos contra la vida	125
FRANCEL ADRIANA VÁSQUEZ SALAS	
Responsabilidad penal y omisión impropia en delitos contra la administración pública: un análisis de la posición de garante del funcionario	152
DAVID ALEJANDRO YUMICEBA LÓPEZ	

La extinción de dominio como institución autónoma: por una desvinculación absoluta de la nulidad civil

Asset Forfeiture as an Autonomous Legal Institution: Advocating for Full Autonomy from Civil Nullity

SERGIO NÚÑEZ DÁVILA*
MARIANA PONCE GUILLÉN**

Recibido / Received: 10/01/25
Aceptado / Accepted: 30/03/25
DOI: <https://doi.org/10.18272/a14tjq70>

Citación:

Núñez Dávila, Sergio y Mariana Ponce Guillén. “La extinción de dominio como institución autónoma: por una desvinculación absoluta de la nulidad civil”. *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 1. (mayo de 2025): <https://doi.org/10.18272/a14tjq70>.

* Profesor en Universidad San Francisco de Quito, Magíster en Derecho Civil Patrimonial por la Universidad Diego Portales de Chile, casilla postal 17-1200-841, Quito 17091, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: nunezsergio9@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0588-1292>.

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: marianaapnce@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0009-4793-5747>.

RESUMEN

La Ley Orgánica de Extinción de Dominio incluye, entre sus definiciones, el concepto de nulidad de origen. Además de que la misma ley lo hace, en las exposiciones de motivos de los proyectos que le dieron lugar también se menciona la posible nulidad de ciertos derechos de dominio adquiridos mediante negocios jurídicos ilegítimos. Este trabajo propone, con el objetivo de optimizar la eficacia de esta ley en la lucha contra la circulación ilegítima de bienes, una desvinculación total entre la extinción de dominio y cualquier supuesto vicio de nulidad de los negocios jurídicos. En consecuencia, se argumenta que la extinción de dominio debe ser absolutamente independiente de la validez o nulidad del negocio jurídico que sirvió como título para su adquisición. Es decir, no se requiere de la declaratoria de nulidad del negocio para que opere la extinción de dominio como figura prevista por la Ley Orgánica de Extinción de Dominio.

PALABRAS CLAVE

Extinción de dominio; nulidad civil; corrupción; lavado de activos; negocio jurídico

ABSTRACT

The Organic Law on Asset Forfeiture includes the concept of void from the outset among its definitions. In the explanatory memoranda of the bills that led to this law the potential nullity of certain property rights acquired through illegitimate legal transactions is mentioned. This paper proposes, with the aim of enhancing the efficiency of the law in fighting the illegitimate circulation of assets, a complete disassociation between asset forfeiture and any alleged defect of nullity in legal transactions. Consequently, it argues that asset forfeiture should proceed independently of the validity or nullity of the legal transaction that served as the basis for the acquisition. In other words, the nullity of the legal act is not a prerequisite for the enforcement of asset forfeiture as provided under the Organic Law on Asset Forfeiture.

KEYWORDS

Asset forfeiture; civil nullity; corruption; money laundering; legal act

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica de Extinción de Dominio (en adelante LOED)¹, en su lucha contra la corrupción y, en general, contra la circulación ilegítima de bienes, introdujo un nuevo modo adquisitivo en el artículo 603 del Código Civil (en adelante Código). Además de los cinco clásicos², el Código ecuatoriano ahora contempla un sexto modo: la sentencia ejecutoriada de extinción de dominio a favor del Estado.

Es natural que el fenómeno de la LOED sea estudiado desde la óptica penal, pues, por más que se afirme que la extinción de dominio no tiene una fisonomía punitiva, sigue siendo consecuencia de una actividad delictiva. Y esa actividad delictiva naturalmente está prohibida por el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) y la doctrina que lo acompaña. Lo que ocurre es que, hasta donde llegan nuestras noticias, las implicaciones civiles y patrimoniales de este novedoso modo adquisitivo carecen de un desarrollo doctrinario en Ecuador.

Frente al aún incipiente desarrollo en la materia, creemos importante hacer algunas precisiones sobre un equívoco que podría surgir con ocasión de la lectura de la LOED. Se trata de la relación que media entre la nulidad de los negocios jurídicos a través de los cuales se adquirió el dominio de ciertos bienes, con su posterior extinción. Y es que, como se verá, no solo el mismo texto de la LOED, sino también sus exposiciones de motivos hacen alusión al concepto de “nulidad de origen”, acaso para justificar la extinción de dominio que se materialice con la sentencia ejecutoriada.

El problema jurídico que planteamos consiste en determinar si existe independencia entre la acción de extinción de dominio y la validez del negocio que sirvió de título para la adquisición del bien. En el presente trabajo propondremos una distinción tajante entre ambas figuras, en miras a demostrar que son plenamente autónomas la una de la otra.

Para hacerlo, expondremos cómo podría vincularse la extinción de dominio y la nulidad de los negocios jurídicos. Argumentaremos que no es correcto ni conveniente fundamentar la extinción de dominio que dispone la LOED en un supuesto de nulidad del negocio jurídico, entendiendo a la nulidad en su sentido tradicional como una sanción de ineficacia por la falta de

1 Ley Orgánica de Extinción de Dominio [LOED], R.O. Suplemento 452 del 14 de mayo de 2021. Para un recuento más detenido de su proceso legislativo y sus últimas reformas, incluyendo aquella que tuvo como origen la consulta popular de abril de 2024, ver Sergio Núñez Dávila, “Sobre los efectos dominicales de la sentencia ejecutoriada de extinción de dominio a favor del Estado: reflexiones acerca del nuevo modo adquisitivo en el Código Civil ecuatoriano”, *Lawyers EC*, n.º. 6 (octubre de 2024): 27-39.

2 Nos referimos a la prescripción adquisitiva, a la accesión, a la tradición, a la ocupación y a la sucesión por causa de muerte. Estos cinco modos adquisitivos rigen en Ecuador desde la entrada en vigor del Código Civil en el año 1860, pues ya se encontraban presentes en el artículo 574. Código Civil [CC], Registro Auténtico del 3 de diciembre de 1860.

cumplimiento de uno o algunos de los requisitos exigidos legalmente.

Esta propuesta, creemos, fortalecería la eficacia de la LOED en su lucha contra la corrupción y la circulación ilegítima de bienes, pues permitiría que las extinciones de dominio no se supediten a la inobservancia de alguno de los requisitos de validez de los negocios jurídicos³. Primero, porque procesalmente no habría la necesidad de probar la ausencia de alguno de los requisitos y, segundo, porque a veces los negocios jurídicos ni siquiera estarían civilmente viciados. Lo que proponemos, entonces, es una completa independencia entre la nulidad y la extinción del dominio.

2. CASOS HIPOTÉTICOS

A efectos de defender nuestra propuesta con más claridad, estimamos ilustrativo exponer varios casos hipotéticos que permitan comprender qué tipo de bienes pueden y deben ser perseguidos por la LOED y en qué situaciones. A lo largo del trabajo se hará referencia a ellos.

Supongamos que el funcionario A incurrió en el tipo penal de concusión⁴ y, como resultado de ello, obtuvo una suma de USD 450 000,00. Disponiendo de esta cantidad, celebró un contrato de compraventa con la concesionaria de vehículos B. En virtud de este negocio, el funcionario A se obligó a pagar USD 85 000,00 a la concesionaria de vehículos, mientras que esta última se comprometió a entregarle a cambio un automóvil, con determinadas características, transfiriendo a su favor el dominio de la cosa.

Este supuesto ilustra dos de las definiciones previstas por la LOED en su artículo 3.1⁵. En primer lugar, la conducta del funcionario se encuentra tipificada como delito por el COIP. Tal como se ha señalado, se trata de un delito de concusión. Por tanto, y en los términos de la LOED, esta es una «actividad

3 Ya se ha propuesto una lectura de este modo adquisitivo con el fin de optimizar su eficacia, eficiencia y competitividad en contra de la corrupción. La tesis consiste en que no haría falta más que la ejecutoria de la misma sentencia para transferir el dominio de los bienes, con independencia de cualquier inscripción que en lo posterior se pudiese necesitar. Ver Núñez Dávila, “Sobre los efectos dominicales”, 27-39.

4 La norma penal ecuatoriana tipifica el delito de concusión en los siguientes términos: “Art. 281.- Concusión.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, sus agentes o dependientes oficiales que abusando de su cargo o funciones, por sí o por medio de terceros, ordenen o exijan la entrega de donativos, dádivas, presentes, promesas, derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, ventajas, sueldos, gratificaciones, beneficios inmateriales o beneficios económicos indebidos u otro bien de orden material, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años”. Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. Suplemento 180 del 10 de febrero de 2014.

5 “a) Actividad ilícita.- Las acciones u omisiones relacionadas con los delitos tipificados en el Código Orgánico Integral Penal principalmente de: concusión, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, producción, comercialización o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tráfico o trata de personas, terrorismo o su financiamiento, asesinato, sicariato, secuestro extorsivo, tráfico de armas, actividad ilícita de recursos mineros y delincuencia organizada.

No se necesita la declaración de sentencia penal condenatoria para iniciar la investigación y la fase jurisdiccional de extinción de dominio. [...]

c) Bien de origen injustificado. - Es aquel que no corresponde razonablemente a los ingresos de su titular o representa un incremento sin sustento en su patrimonio”. Artículo 3.1, LOED.

ilícita». Por otro lado, los referidos USD 450 000,00 encuentran su origen directo en el cometimiento de la actividad ilícita especificada, de manera que constituyen lo que la LOED ha llamado «bienes de origen ilícito». Finalmente, el automóvil adquirido en razón del contrato de compraventa entre A y B es lo que se conoce, como expondremos más adelante, como un «bien subrogado».

Si bien este último concepto no se encuentra expresamente en el artículo 3.1. de la LOED, es posible identificarlo en el artículo 19, inciso c. Este dispone que la extinción de dominio procede respecto del “bien o activo que provengan de la transformación o conversión parcial o total, física o jurídica del producto, instrumento u objeto material de actividades ilícitas”⁶. El automóvil no es sino la transformación de una parte del objeto de origen ilícito, es decir, la transformación de USD 85 000,00 en una cosa distinta.

Imaginemos, por otra parte, que X es un ciudadano de treinta y cinco años de edad a quien se le imputa haber incurrido en el tipo penal de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. El 23 de marzo de 2021, X y Z celebran un contrato de compraventa en virtud del cual el primero se obligó a entregar cierta cantidad de determinada sustancia, mientras que el segundo se comprometió a pagarle el precio pactado. Ambos estuvieron en todo momento conscientes de la ilicitud de su conducta. Como resultado de ello, X se hace con USD 50 000,00, que invierte en una finca a las afueras de la ciudad. En este ejemplo, al igual que en el anterior, es posible identificar (i) una actividad ilícita, (ii) un bien de origen ilícito y (iii) un bien subrogado. Sobre estos ejemplos volveremos en lo que sigue.

3. LA LOED Y SU REFERENCIA A LA NULIDAD DE ORIGEN

El artículo 1 de la LOED permite extinguir el dominio de los bienes de origen ilícito o injustificado o de destino ilícito que serán transferidos a favor del Estado. Por su parte, el artículo 3.1. define tanto a los bienes de origen ilícito como a los bienes de origen injustificado. Por los primeros debe incluirse a aquellos que provienen, directa o indirectamente, de una actividad ilícita de conformidad con el artículo 3.1.a. de la LOED⁷. Por los segundos, en cambio, se comprenden aquellos cuya titularidad “no corresponde razonablemente a los ingresos de su titular o representa un incremento sin sustento en su patrimonio”⁸.

6 Artículo 19.c., LOED.

7 La LOED define a la actividad ilícita de la siguiente manera: “Las acciones u omisiones relacionadas con los delitos tipificados en el Código Orgánico Integral Penal principalmente de: concusión, cohecho, peculado, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, producción, comercialización o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tráfico o trata de personas, terrorismo o su financiamiento, asesinato, sicariato, secuestro extorsivo, tráfico de armas, actividad ilícita de recursos mineros y delincuencia organizada”. Artículo 3.1.a., LOED.

8 Artículo 3.1.c., LOED.

Esto quiere decir que la LOED no solo lidia con los bienes que fueron producto de la comisión del delito (por ejemplo, el dinero que A recibió por concepto de la concusión), sino también con aquellos que fueron adquiridos con réditos provenientes de la actividad delictiva (como el vehículo que A compró a la concesionaria B). Estos son los bienes subrogados⁹.

Así, la LOED permite la extinción de dominio de una serie de bienes relacionados con actividades delictivas. Ocurre que tanto la LOED como sus exposiciones de motivos hacen alusión a una suerte de nulidad —en el sentido que fuere—, acaso algo más amplio como un vicio de origen, manifestando que ciertas titularidades resultan ilegítimas ante los ojos del derecho.

El artículo 3.1.e. de la LOED contiene una serie de definiciones, entre ellas se encuentra el concepto de nulidad de origen:

Art. 3.1. Definiciones. Para efectos de la presente Ley, se tomarán en cuenta las siguientes definiciones:

e) Nulidad de origen. Se produce cuando el objeto de los actos o negocios jurídicos que dieron origen a su adquisición es contrario al régimen constitucional y legal de la propiedad y, por tanto, los actos y contratos que versen sobre dichos bienes son nulos de origen, y en ningún caso constituyen justo título, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe¹⁰.

La Asamblea Nacional, en la exposición de motivos de su articulado, afirmó que los derechos reales necesitan un título válido que los justifique. Sostuvo que, de no ser ese el caso, el Estado “ejerce la facultad de desvirtuar la legitimidad de los bienes y de extinguir, por vía legal, un dominio al que se accedió ilegítimamente, pues son solo derechos con apariencia de legalidad”¹¹.

Por su parte, la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) expuso que cuando un bien no fue adquirido legítimamente de conformidad con alguno de los modos adquisitivos del Código, entonces ese individuo “no podría ser un titular de un derecho de propiedad digno de reconocimiento ni protección”¹². Nuevamente acude a la noción de titularidad aparente del derecho de propiedad, “ya que ante la ilegitimidad de su origen, en realidad este derecho nunca fue mercedor de reconocimiento jurídico”¹³.

9 Esta solución se ha dado también en cuerpos normativos similares a este dentro de la región. Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), *Guía de buenas prácticas sobre extinción de dominio y decomiso no basado en condena: experiencia regional con los países del GAFILAT* (Buenos Aires: GAFILAT, 2024), 33. <https://copolad.eu/es/guia-de-buenas-practicas-sobre-extincion-de-dominio-y-decomiso-no-basado-en-condena/>.

10 Artículo 3.1, LOED.

11 Oficio FV-AN-0206-2019, Asamblea Nacional [Exposición de motivos presentados por el asambleísta Fabricio Villamar para el Proyecto de Ley Orgánica de Recuperación de Bienes de Origen y Destino Ilícito e Injustificado (Ley de Extinción de Dominio)], 22 de octubre de 2019.

12 Oficio FGE-DSP-2017-014756-0, Fiscalía General del Estado [Proyecto de Ley de Extinción de Dominio remitido por la Fiscalía General del Estado al Presidente de la Asamblea Nacional], 20 de diciembre de 2017.

13 Id.

Al respecto nos surgen algunas preguntas. La primera radica en cuál sería la diferencia, de haberla, entre un proceso de esta naturaleza y una demanda de nulidad. Pues si lo que se pretende encontrar es la nulidad del negocio jurídico que justificó la transferencia del derecho real de dominio sobre ese bien, entonces el proceso de extinción de dominio parecería redundante en el sentido que buscaría probar y desvirtuar exactamente lo mismo. La segunda tiene que ver con cómo entender los efectos de una nulidad que extingue derechos, ya que esta figura tiene normalmente efectos retroactivos. En este escenario, parece inverosímil extinguir un derecho que nunca se habría tenido.

Nos parece necesaria una dilucidación al respecto, con el fin de que el régimen de la nulidad pueda coexistir pacíficamente con la extinción de dominio disciplinada por la LOED y su reglamento.

3.1. LA «NULIDAD DE ORIGEN» EN DISTINTAS LEGISLACIONES

No tenemos noticias de que el legislador ecuatoriano haya definido el concepto de nulidad de origen. Creemos que, al utilizar este término, quizás el legislador quiso hacer mención del concepto ordinario de nulidad de los negocios jurídicos. La nulidad, por regla generalísima, tiene lugar gracias a un vicio originario del negocio jurídico, en contraposición a un vicio sobreviniente del negocio jurídico¹⁴. Es en ese sentido que se debe comprender dicho término.

Las leyes que regulan esta figura en Colombia y Perú de alguna manera invocan el mismo concepto para justificar sus respectivas normas relativas a la extinción de dominio. La Ley 1708, emitida por el Congreso colombiano, dispone en su artículo 22 que “[u]na vez demostrada la ilicitud del origen de los bienes afectados en el proceso de extinción de dominio se entenderá que el objeto de los negocios jurídicos que dieron lugar a su adquisición es contrario al régimen constitucional y legal de la propiedad”¹⁵. Parece hacer alusión a un vicio originario del negocio jurídico a través del cual se adquirió el bien.

Así, dichos negocios pasan a considerarse nulos *ab initio*. Parece, entonces, que el legislador colombiano prevé a la nulidad del acto que sirvió de título para la adquisición del bien como un efecto de la declaratoria de extinción de su dominio en sí misma.

La regulación peruana es similar. El artículo 2.1. del Decreto Legislativo n.º 1373 prescribe que “todos los actos que recaigan sobre bienes de origen o

14 Como se puede ver en el pie de página 20 *infra*, la Corte Suprema chilena sí ha reconocido la posibilidad de que un negocio jurídico tenga un vicio de validez sobreviniente.

15 Artículo 22, Ley 1708 de 2014 por medio de la cual se expide el Código de Extinción de Dominio, Diario Oficial 49039 del 20 enero de 2014.

destino contrario al ordenamiento jurídico son nulos de pleno derecho”¹⁶. Posteriormente, en su artículo 32, dispone que toda sentencia resultado de un proceso de extinción de dominio debe, además de declarar extinta la propiedad, “declarar [...] la nulidad de todo acto recaído sobre el bien objeto del proceso”¹⁷. Se entiende, por tanto, que la nulidad del referido negocio es un efecto secundario de la declaratoria de extinción de dominio. Parece que ambas figuras tienen una relación de dependencia entre ellas. Esto, sin embargo, no queda del todo claro en la legislación ecuatoriana.

4. EFICACIA Y NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO

El negocio jurídico, entendido como un mecanismo para producir efectos jurídicos deseados por el agente o por las partes¹⁸, se encuentra ampliamente regulado en el Código. Dentro de esta regulación, la nulidad del negocio jurídico es un concepto puntual que guarda relación con su ineficacia.

Un negocio jurídico es ineficaz cuando no produce los efectos queridos, y puede darse por distintos motivos. Uno de ellos se fundamenta en la nulidad del acto, entendiéndose por esta a la sanción que el ordenamiento prevé por no haber cumplido los requisitos exigidos por ley para la celebración del acto¹⁹.

El Código dispone en su artículo 1697 que “[e]s nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes”²⁰. Por su parte, el artículo 9 del Código prescribe que “[l]os actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”²¹. En cuanto a los requisitos, el artículo 1461 contempla los siguientes: (i) la capacidad legal, (ii) el consentimiento libre de vicios de las partes celebrantes, (iii) la licitud del objeto y (iv) la licitud de la causa del acto.

En esta línea, Alessandri Besa define la nulidad como:

16 Artículo 2.1, Decreto Legislativo 1373, Diario Oficial El Peruano 1677448-2 del 4 de agosto de 2018.

17 Id., artículo 32.

18 Ramón Domínguez Águila, *Teoría general del negocio jurídico* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2012), 173.

19 Ibid., 181.

20 Artículo 1697, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46 del 27 de junio de 2005. En similar sentido se pronuncian Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortiz Monsalve, *Derecho civil* (Santa Fe de Bogotá: Temis, 1997), 473; José Luis Lacruz Berdejo et al., *Elementos de derecho civil: tomo I: parte general* (Madrid: Dykinson, 2005), 245. <https://www-digitaliapublishing-com.ezibiblio.usfq.edu.ec/a/44355>. Es con este sustento que se suele afirmar que la nulidad es un vicio congénito del acto jurídico en cuestión. Ahora bien, la Corte Suprema de Chile, en 2022, se refirió a la pérdida sobreviniente de causa como un supuesto de inexigibilidad de una obligación jurídica, lo que representa una novedad en el estudio de la materia: “en la actualidad la obligación de otorgarla [una caución] ha quedado por completo desprovista de sustrato y finalidad, sobreviniendo, por ende, una falta de causa que impide exigir su otorgamiento”. Rol n.º 66.075-2021, Corte Suprema de Chile, Tercera Sala, 14 de enero de 2022.

21 Artículo 1697, CC.

La sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto según su especie y la calidad o estado de las partes que en él intervienen, y que consiste en el desconocimiento de sus efectos jurídicos, estimándose como si nunca hubiese sido ejecutado²².

Esto implica que, al menos por regla general²³, la declaratoria de nulidad del negocio produce “el desconocimiento de sus efectos jurídicos”²⁴, dando así derecho a las partes a ser restituidas al estado en que se encontraban antes de celebrar el acto, tal como si este no hubiese jamás existido²⁵. La nulidad “los condena a ser privados de la eficacia normativa que la ley, en principio, atribuye a las manifestaciones de la voluntad privada”²⁶.

En las líneas que siguen expondremos lo que, según nuestro criterio, es una irreconcilable incompatibilidad entre los efectos ordinarios de la nulidad y la extinción de dominio disciplinada por la LOED.

5. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO ES INCOMPATIBLE CON LOS EFECTOS RETROACTIVOS ORDINARIOS DE LA NULIDAD

La nulidad, por disposición del artículo 1698 del Código, podrá ser absoluta o relativa²⁷. Sin perjuicio de las diferencias que estas guardan en cuanto a sus causales, legitimación activa y posibilidad de saneamiento²⁸, sus efectos son idénticos. Y es que una vez declarado nulo el acto o contrato, sea que se trate de nulidad absoluta o relativa, cesan los efectos que hasta antes de la declaratoria de nulidad se producían.

No obstante, la aversión del ordenamiento jurídico hacia las causales de nulidad es tal que no limita sus efectos para lo venidero, sino que busca erradicar, por regla general, todo rastro del negocio. Es más, se ha dicho que el efecto capital de esta institución es justamente su retroactividad²⁹.

El artículo 1704 del Código dispone en su inciso primero que la declaratoria

22 Arturo Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, tomo I (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008), 21. Conviene anotar que no todo supuesto de ineficacia tiene connotaciones sancionatorias, pues, por ejemplo, un negocio jurídico puede no producir sus efectos si, después de celebrado, las partes han preferido dejarlo sin efectos por mutuo acuerdo. Ver Domínguez Águila, *Teoría general del negocio jurídico*, 173 y 231.

23 Más adelante se desarrollarán las excepciones, situaciones en las que la nulidad no produce efectos retroactivos.

24 Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión*, 20.

25 Artículo 1704, CC.

26 Guillermo Ospina Fernández, y Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Bogotá: Temis, 2000), 443. La misma postura puede encontrarse en la Corte Nacional de Justicia, Proceso 465-2011, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de 28 de febrero de 2013.

27 Artículo 1698, CC.

28 Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica / Universidad San Francisco de Quito, 2023), 603-23.

29 Tal es el caso de, por ejemplo, Carlos Ducci Claro, quien se refiere a la retroactividad como “el efecto fundamental de la declaración de nulidad”. Carlos Ducci Claro, *Derecho civil: parte general* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995), 345.

de nulidad “da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”³⁰. O, lo que es lo mismo, a la *restitutio in integrum*. Esta figura busca evitar el enriquecimiento de quienes comparecieron a la celebración del acto anulado, procurando restituir las cosas a su estado original³¹.

Pese a que se dice con frecuencia que la nulidad tiene efectos retroactivos, surge la pregunta acerca de por qué consta en el artículo 1583.9 del Código como un modo de extinguir las obligaciones. Si el ordenamiento trata a un contrato como si nunca hubiera existido, ¿qué necesidad tiene de extinguir obligaciones que nunca habrían nacido en primer lugar? Así como no se puede transferir un derecho que no se tiene, naturalmente tampoco se puede extinguir una obligación que se supone nunca nació.

Ocurre, sin embargo, que no parece tan cierto que la nulidad sea una forma de extinguir las obligaciones. Vial del Río asevera que no se trata directamente de la extinción de obligaciones, sino de la destrucción del “acto o declaración de voluntad que engendró la obligación, extinguiéndose esta por consecuencia”³².

Esta tesis, sin embargo, no es absoluta. Y hay quienes no encuentran imprecisión alguna en la clasificación de la nulidad como forma de extinguir las obligaciones. Domínguez Águila, por ejemplo, sostiene que “declarada la nulidad [...] se produce el efecto destructivo sobre los títulos y derechos fundados en el negocio que se anula”³³. Es decir, a su criterio, se destruyen directamente aquellos derechos —y, por tanto, obligaciones— que emanaron del negocio declarado nulo.

Lo cierto es que la nulidad, por regla general, permite suponer que el contrato nunca existió y la misma suerte experimenta lo que se ejecutó con ocasión de su cumplimiento. La nulidad, al retrotraer los efectos, hace como si el contrato nunca se hubiera celebrado. La nulidad ataca el acto o contrato, y solo como consecuencia de aquello ataca a los derechos personales que de ese acto emanaron³⁴. En cambio, la extinción de dominio tiene una diferente naturaleza por su carácter *in rem*, pues no ataca negocio jurídico ni derecho personal alguno, sino que directamente ataca un derecho real con independencia del negocio jurídico que sirvió de título para su adquisición.

30 Artículo 1704, CC.

31 Ducci Claro, *Derecho civil*, 346.

32 Victor Vial del Río, *Teoría general del acto jurídico* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003), 247. Después de todo, el artículo 1583 del Código Civil también sostiene que la prescripción es una forma de extinguir las obligaciones, pese a que no es cierto, pues aquellas obligaciones subsisten como naturales según el artículo 1486.

33 Domínguez Águila, *Teoría general del negocio jurídico*, 222.

34 Al disponer el artículo 1583 del Código que la nulidad extingue obligaciones, que no son sino la contrapartida de los derechos personales, excluye la posibilidad de que se tenga a esta figura como extintora también de derechos reales. Pues, al fin y al cabo, la nulidad no es una forma de extinguir el derecho real de propiedad (o, en otras palabras, de transferir el dominio) del artículo 603 del Código Civil. La nulidad se limita a ser una forma de extinguir derechos personales, con las consecuencias que eso genera.

Nos parece incorrecto afirmar que la nulidad extingue derechos reales. La nulidad con sus efectos retroactivos permite concluir que, incluso de haberse ejecutado las prestaciones objeto de la obligación objeto del contrato, en realidad nunca hubo transferencias de dominio. No parece descabellado, en ese sentido, sostener que las partes del proceso de nulidad tienen a su disposición no solo los mecanismos para hacer ejecutar la sentencia que declaró la nulidad, sino también contarían en principio con una acción reivindicatoria para recuperar el bien cuya titularidad nunca transfirieron. A partir de la declaratoria de nulidad se asume que apenas se transfirió su posesión, pero no su propiedad.

En resumen, la nulidad, a diferencia de la extinción de dominio, erradica la propiedad, entendiéndose que nunca existió. Difícilmente podremos compatibilizar los efectos de la nulidad con los de la extinción de dominio. De declararse la nulidad, no hace falta extinguir derechos, se entiende que estos nunca nacieron. Ambas figuras parecerían resultar incompatibles en este sentido, pues la LOED lidia con un derecho real mientras que la nulidad lidia con el acto o contrato jurídico del cual emanaron derechos personales. Y, a nuestro juicio, esta incompatibilidad no se soluciona con las excepciones al principio general de la retroactividad en la declaratoria de nulidad.

5.1 EXCEPCIONES AL PRINCIPIO GENERAL DE LA RETROACTIVIDAD

De conformidad con Alessandri, Somarriva y Vodanovic, existen excepciones a la regla general de la *restitutio in integrum* como efecto capital de la nulidad. Según los autores, no se produce derecho a la restitución en “[e]l caso del poseedor de buena fe, que no está obligado a entregar los frutos que ha percibido mientras estuvo de buena fe, y se presume que lo está hasta el momento de la contestación de la demanda”³⁵ y, además, en los escenarios descritos por los artículos 1484 y 1705 del Código.

El Código, en su primer inciso, dispone que no habrá derecho a la restitución cuando se hubiese contratado con un incapaz, salvo que este se hubiere vuelto más rico en virtud del acto³⁶. El segundo inciso del artículo mencionado prevé qué habrá de entenderse por “hacerse más rico” en este contexto.

Por su parte, el artículo 1484 del Código, acaso con ánimo sancionatorio, dispone que “[n]o podrá repetirse lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita, a sabiendas”³⁷. Es decir, cuando la nulidad del negocio sea resultado de la ilicitud de su objeto o causa, siendo esto conocido por alguna de las

35 Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga, y Antonio Vodanovic, *Derecho civil: parte preliminar y parte general* (Santiago de Chile: Editora de Información Científico-Técnica Ediar-Conosur, 1991), 325.

36 Artículo 1705, CC.

37 Artículo 1484, CC.

partes o por ambas, no tendrán derecho a ser restituidas.

En este último caso, y siguiendo con el ejemplo que se planteó arriba, incluso si el contrato de compraventa de drogas entre X y Z es declarado nulo por su objeto ilícito, X conserva el dinero y Z conserva las sustancias cuya posesión es ilícita. Esto, claro está, siempre que las partes contratantes estuviesen al tanto de la ilicitud del objeto del negocio. De darse este supuesto, no habría obstáculo alguno para que opere la LOED sobre el dinero y sobre las sustancias estupefacientes como bienes de origen ilícito que son.

Sin embargo, en el ámbito penal existe también un mecanismo para privar de sus bienes a quien tenga en su contra una sentencia condenatoria. Se trata de la figura del comiso penal, que “procede en todos los casos de delitos dolosos y recae sobre los bienes, cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito”³⁸. Lo que ocurre, en nuestro criterio, es que no necesariamente en todo proceso penal se dispone el comiso de todos los bienes involucrados en el delito. Acaso porque para el juez sería, en principio, más relevante fijarse en la discusión sobre culpabilidad del acusado que en el nexo que ciertos bienes tendrían con la comisión del delito³⁹.

En el caso que hemos venido examinando, si Z resulta declarado culpable por el tipo penal de tráfico ilícito de sustancias, podrá verse privado de la propiedad que ejerce sobre la droga que adquirió de X. No obstante, de fallar la vía penal, de manera que el Estado no logra despojarle de este bien, queda aún la extinción de dominio prevista por la LOED y creemos que ahí está su valor agregado⁴⁰.

Si bien es cierto que no en todos los casos la nulidad tiene efectos retroactivos, ese sigue siendo su efecto ordinario, tornando a ambas figuras en excluyentes. ¿Por qué? Porque la figura de la extinción de dominio ataca un derecho real de propiedad que, de haberse declarado con anterioridad la nulidad del acto que transfirió dicho dominio, se reputa no haber existido. En general, el efecto retroactivo de la nulidad que erradica al derecho de propiedad o que, por lo menos, finge hacerlo no puede coexistir con la extinción de dominio, puesto que no es posible extinguir un derecho que nunca se tuvo.

38 Artículo 69, COIP.

39 Si bien parecen perseguir un mismo fin, se suele decir que tienen un carácter distinto. El comiso es una pena y solo procede ante una sentencia condenatoria ejecutoriada. Por el otro lado, si bien la LOED no tiene claridad sobre si efectivamente hace falta una sentencia condenatoria ejecutoriada para su procedencia, se suele decir que es una medida de tipo civil, no sancionatoria, dirigida en contra de la cosa (*in rem*) y no en contra de la persona. Por tanto, su procedencia en principio no exige un análisis de culpabilidad, y ahí estaría la distinción crucial entre ambas figuras.

40 Si bien no pretendemos sostener que la extinción de dominio es residual con ocasión del comiso penal, tampoco estimamos incorrecto afirmar que entre ambas figuras existe una relación de cooperación. Reflexiones similares pueden ser revisadas en Núñez Dávila, “Sobre los efectos dominicales”.

6. LA EXTINCIÓN DE DOMINIO, PARA TENER ALGÚN VALOR AGREGADO, DEBE DISTINGUIRSE DE LA NULIDAD

La nulidad es un concepto jurídico específico relativo a la sanción de ineficacia del negocio jurídico. Procuraremos demostrar que la nulidad de los negocios jurídicos, entendida como parte de la teoría del negocio jurídico del derecho privado, es ajena e independiente de la sentencia que declare la extinción de dominio en favor del Estado.

Cabe afirmar que la LOED no pretende sustituir o reemplazar a una demanda de nulidad propuesta en contra de algún negocio jurídico. El juicio de extinción de dominio tiene diferencias sumamente importantes con un proceso ordinario de nulidad, no solo en los plazos aplicables a ambas acciones, sino también al carácter jurídico de cada una de ellas.

6.1 PLAZOS APLICABLES A AMBAS ACCIONES: DE EXTINCIÓN DE DOMINIO Y DE NULIDAD

Según el artículo 4 de la LOED, la acción de extinción de dominio prescribe “en ochenta años desde la fecha en que se adquirió el o los bienes sujetos al proceso de extinción de dominio, o desde que el bien o activo fue destinado a la actividad ilícita”⁴¹.

Por otro lado, el régimen de la nulidad contiene una serie de particularidades relativas al tiempo en que puede pedirse judicialmente dicha sanción. De conformidad con el artículo 1697 del Código, la nulidad puede ser absoluta o relativa. Si bien ambos tipos de nulidad producen los mismos efectos⁴², tienen diferencias en lo relativo a sus causales de procedencia, a los legitimados activos y a los plazos en que se puede pedir dicha declaratoria⁴³.

Ambos tipos de nulidad requieren de declaración judicial —es decir, sus efectos no son *ipso iure*—, pero los vicios de nulidad absoluta, de conformidad con el artículo 1699, “no puede[n] sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años”⁴⁴. Mientras que los vicios de nulidad relativa, de conformidad con el artículo 1708, tienen un plazo de cuatro años para ser judicialmente demandados y el inicio del cómputo varía dependiendo

41 Artículo 4, LOED.

42 Vial del Río, *Teoría general del acto jurídico*, 247.

43 Art. 1698, CC.: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

44 Artículo 1699, CC.

de la causal invocada⁴⁵.

Si el legislador intencionalmente evitó la palabra *prescripción* para referirse al tiempo en que se puede pedir la nulidad y si esto debiera entenderse como un concepto distinto al de la prescripción, es una discusión de larga data⁴⁶. La dificultad radica en determinar si el legislador estableció una hipótesis de prescripción en los términos del número 9 del artículo 1583, o si en su lugar simplemente determinó que tanto en quince como en cuatro años se saneará el vicio congénito que padece el negocio jurídico⁴⁷.

Las consecuencias de esta discusión no son menores. Por ejemplo, si se tratara de un caso de saneamiento, entonces una acción de nulidad no podría prosperar, así como tampoco podría prosperar una excepción de nulidad. En cambio, de tratarse a la figura como la prescripción de la acción, eso no parece impedir que se plantee la nulidad en forma de excepción⁴⁸.

De cualquier manera, esto permite llegar a la conclusión de que hay negocios que, si bien ya no son susceptibles de ser anulados a través de una declaratoria judicial, el derecho real de dominio que se adquirió sobre su base sí puede ser extinguido a través de la LOED. Esto permite concluir que la acción de extinción de dominio es independiente de una nulidad que podría o no haber con relación al negocio jurídico que hizo las veces de título para la transferencia de dominio del bien en cuestión.

6.2 TIPO DE ACCIÓN: LA LOED CUENTA CON UNA ACCIÓN REAL Y LA NULIDAD O RESCISIÓN CON UNA ACCIÓN PERSONAL

El carácter de cada una de las acciones es diverso. Por una parte, y de conformidad con el artículo 3 de la LOED, la acción de extinción de dominio “se dirige contra bienes y no contra personas”⁴⁹. Esto quiere decir que se trata de una acción real que se dirige en contra de ciertos bienes con independencia de quién los posea o incluso de quién sea su propietario, y en general con independencia de las personas que pudieren relacionarse de alguna manera con ellos⁵⁰.

45 Artículo 1708, CC.: “El plazo para pedir la rescisión dura cuatro años. Este cuadrenio se contará, en el caso de violencia, desde el día en que ésta hubiere cesado; y en el caso de error o de dolo, desde el día de la celebración del acto o contrato. Cuando la nulidad proviene de una incapacidad legal, se contará el cuadrenio desde el día en que haya cesado esta incapacidad. A las personas jurídicas que, por asimilación a los menores, tengan derecho para pedir la declaración de nulidad, les correrá el cuadrenio desde la fecha del contrato. Todo lo cual se entiende en los casos en que leyes especiales no hubieren designado otro plazo”.

46 Domínguez Águila, *Teoría general del negocio jurídico*, 211.

47 *Ibid.*

48 *Ibid.*

49 Artículo 3, LOED.

50 Al respecto ver Núñez Dávila, “Sobre los efectos dominicales”, 29.

Por su parte, la acción de nulidad es personal, y así lo sostiene unánimemente la doctrina⁵¹. Alessandri Besa afirma que esta acción, de conformidad con la clasificación del artículo 597 del Código, es personal porque emana de un derecho personal y no de uno real⁵². No por casualidad el artículo 1583 del Código, en su número 9, establece que las obligaciones se extinguen “por la declaración de nulidad o por la rescisión”⁵³, entendiendo a las obligaciones estrechamente vinculadas a los derechos personales al ser su contrapartida, y teniendo una relación más lejana con los derechos reales⁵⁴. Hilando un poco más fino, Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga sostienen que una acción real pretende controvertir un derecho real, de tal manera que el demandado será aquella persona que se encuentre amenazando ese supuesto derecho que se pretende hacer valer, mientras que una acción personal pretende controvertir, acaso ejercitar, un derecho personal⁵⁵.

Las consecuencias de que la acción de nulidad sea personal son relevantes, como lo reconoce Alessandri Besa, principalmente para determinar los efectos que ha de tener la nulidad de un negocio jurídico cuando ya fue ejecutado y las cosas que fueron objeto de sus prestaciones ya pasaron a terceras personas⁵⁶.

Tanto la LOED como su reglamento son, a grandes rasgos, algo protectoras con los derechos de terceros que están de buena fe. Así, por ejemplo, el artículo 3.1.e. define a la nulidad de origen como aquella que se produce cuando el acto jurídico “es contrario al régimen constitucional y legal de la propiedad, y, por tanto, los actos y contratos que versen sobre dichos bienes son nulos de origen, y en ningún caso constituyen justo título, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe”⁵⁷. El mismo artículo define a los terceros de buena fe como aquellas personas “cuya conducta ha sido diligente y prudente, exenta de culpa en todo acto o negocio jurídico relacionado con los bienes objeto de esta Ley”⁵⁸.

Por su parte, el artículo 19.i. de la LOED manifiesta que la extinción de dominio procederá en contra de bienes abandonados que fueron utilizados en el cometimiento de actividades ilícitas, siempre y cuando no pertenezcan a un tercero de buena fe. De la misma manera, el artículo 31 de la LOED prescribe que el fiscal a cargo del caso deberá solicitar al juez el archivo de la investigación patrimonial cuando se verifique la circunstancia, entre otras, de

51 Ver Domínguez Águila, *Teoría general del negocio jurídico*, 212; Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión*, 582.

52 Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión*, 582.

53 Artículo 1583.9, CC.

54 Y es por eso que en nuestro sistema los contratos no pueden transferir el dominio de los bienes, pues estos no tienen efectos reales, sino que únicamente generan derechos personales a favor del acreedor que imponen al deudor la obligación de transferir su dominio.

55 Arturo Alessandri Rodríguez, y Manuel Somarriva Undurraga, *Los bienes y derechos reales* (Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1947), 62.

56 Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión*, 583.

57 Artículo 3.1. e), LOED.

58 Id.

que “los bienes cuestionados se encuentran a nombre de terceros y estos han sido adquiridos de buena fe”⁵⁹.

Por su parte, el régimen de la nulidad es más tajante, pues en caso de que un negocio jurídico sea anulado judicialmente, el artículo 1706 del Código prescribe que la nulidad declarada da acción contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales⁶⁰. En este sentido, a diferencia de la acción resolutoria cuyos efectos retroactivos respecto de la transferencia a terceros están sujetos a la buena o mala fe del tercero de conformidad con los artículos 1506 y 1507 del Código, la nulidad, con el matiz sancionatorio que la caracteriza, permite la acción reivindicatoria con indiferencia de aquellas consideraciones⁶¹. Por tanto, los terceros poseedores de la cosa que puede haber sido objeto de las prestaciones derivadas de ese acto no son legítimos contradictores en la acción de nulidad⁶².

Es en este sentido que la LOED y la nulidad se distancian sustancialmente con ocasión del tipo de acción que requieren y, por lo tanto, son diferentes las consecuencias frente a terceros que una posible declaratoria de nulidad o extinción de dominio acarrearía.

6.3 LA LOED PUEDE SER APLICADA INCLUSO EN CASOS EN QUE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS APARECEN COMO TOTALMENTE VÁLIDOS

La nulidad, como se ha anotado con anterioridad, comprende una sanción civil resultante de la inobservancia de “alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato”⁶³. Estos requisitos son, al tenor del artículo 1461 del Código, los siguientes: (i) la capacidad legal, (ii) el consentimiento libre de vicios de las partes celebrantes, (iii) la licitud del objeto y (iv) la licitud de la causa del acto⁶⁴. Por tanto, de concurrir todos ellos, el negocio jurídico sería perfectamente válido.

¿Qué ocurre si el negocio jurídico no resulta ser nulo? ¿La acción de extinción de dominio se volvería improcedente? Lo que hemos venido sosteniendo es que la extinción de dominio ha de operar sin perjuicio de la validez o nulidad del acto que sirvió de título para la adquisición de un bien. Y es que puede acontecer que, una vez examinado el acto, este ni siquiera contenga vicio de

59 Artículo 31, LOED.

60 Ejemplos de estas excepciones puntuales serían aquellos bienes que se adquirieron por prescripción adquisitiva o, en el caso de las donaciones entre vivos que, de conformidad con el artículo 1448 del Código Civil, solo dan acción reivindicatoria contra terceros poseedores en casos puntuales.

61 Ducci Claro, *Derecho civil*, 348.

62 *Ibid.*

63 Artículo 1698, CC.

64 Artículo 1461, CC.

validez alguno.

Volvamos al ejemplo del funcionario A, a quien se le imputa haber cometido el delito penal de concusión. A se comprometió con B a pagarle una suma de USD 85 000,00 a cambio de un vehículo automotor. El funcionario A es una persona legalmente capaz en tanto no incurre en alguna de las causales de incapacidad previstas por la ley. Su contraparte, la concesionaria de vehículos B, celebró el contrato mediante su representante legal, el gerente de la empresa. De igual manera, ambas partes manifestaron su voluntad en obligarse sin que existiera error, fuerza o dolo de intermedio. Parece que, al menos en cuanto a la capacidad o al consentimiento libre de vicios, el contrato no tiene defecto alguno.

¿Quizás objeto ilícito? Difícilmente. El artículo 1482 del Código Civil dispone que existe objeto ilícito, de manera general, “en todo contrato prohibido por las leyes”⁶⁵. No parece que la compraventa de un vehículo automotor se encuentre prohibido por las leyes. Si bien el dinero tiene probablemente un origen ilegítimo, difícilmente será rastreable en el sentido que la compraventa del automóvil se hizo exactamente con el dinero adquirido a través de la actividad ilícita. A esto debemos sumar la dificultad que implica el rastreo del dinero al ser un bien genérico y fungible, dificultad inherente a la tarea de demostrar que el pago de la compraventa fue realizado con el mismo dinero que se obtuvo con ocasión de la actividad ilícita. Sostener que este negocio jurídico tiene objeto ilícito nos llevaría al absurdo de que todo negocio jurídico que este individuo celebró en su vida cotidiana también adolece de objeto ilícito.

¿Será, acaso, un escenario de causa ilícita? Nuevamente, nos parece forzado sostenerlo. La causa de un acto o contrato se presta para diferentes entendimientos. Podrá tenerse por causa al motivo particular y psicológico que tenga cada persona para celebrar un negocio. El peligro de un entendimiento tal radica en la posible sanción de un mero pensamiento, una idea que no necesariamente ha abandonado el fuero interno de una persona.

Parraguez, catalogando al sistema ecuatoriano de causalista, señala que la causa cuya licitud debe ser examinada es aquella que mueve a una persona a “vender porque necesita el dinero para pagar una hospitalización”⁶⁶ o, en caso contrario, “para instalar un laboratorio de procesamiento de droga”⁶⁷.

Así, si el funcionario suscribió la compraventa para transportarse de un lugar a otro, para alardear sobre su poder adquisitivo o repartir sustancias estupefacientes, no tendremos certeza de ello. La cuestión de la causa y su ilicitud

65 Artículo 1482, CC.

66 Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 533.

67 *Ibid.*, 533-534.

habrá de ser probada ante el juez que conozca la acción de nulidad por causa ilícita. No obstante, y para efectos de esta explicación, supongamos a la causa de este contrato como el simple afán de transportarse de un lugar a otro. Motivo que, sin duda, parece no contravenir al ordenamiento jurídico.

Realizado este análisis, pareciera que el contrato no sufre de vicio alguno que conduzca hacia su nulidad. Pero tampoco es necesario que así sea y esa es, precisamente, la bondad de la LOED. De pretender extinguir el dominio que ejerce el funcionario A sobre el vehículo, no hace falta invocar una nulidad que no aparece fehaciente en el contrato. Basta con remitirnos al artículo 19, inciso c, de la LOED, que prevé la procedencia del régimen de extinción de dominio sobre bienes que consisten en la transformación “del producto, instrumento u objeto material de actividades ilícitas”⁶⁸. Y es en virtud de esta disposición que podrá operar la LOED sin perjuicio de que el negocio sea, al menos en apariencia, totalmente válido.

Nos parece, por lo expuesto, que supeditar la procedencia de la LOED a una posible nulidad del negocio jurídico a través del cual se adquirieron los bienes implica arrebatarle su eficacia. Pues es perfectamente posible que, con ocasión de la LOED, se extinga el dominio de ciertos bienes incluso si su adquisición, a la luz de un análisis desde la óptica de los requisitos de validez de los negocios jurídicos, resulta plenamente válida. Ya lo señala la Corte Constitucional colombiana en su sentencia C-740/03, donde estableció que la extinción de dominio “[e]s una acción autónoma e independiente tanto del *ius puniendi* del Estado como del derecho civil”⁶⁹. Diferenciándola así de cualquier otra acción penal o civil.

7. ¿CÓMO ENTENDER LA ALUSIÓN A LA NULIDAD DE ORIGEN DEL ARTÍCULO 3, NÚMERO 1, LITERAL E, DE LA LOED?

Queda la pregunta acerca de cómo debemos entender al concepto de nulidad de origen. Para empezar, nos parece adecuado puntualizar que este concepto no aparece de nuevo ni en la LOED ni en su reglamento. Y, además, la única alusión que la LOED hace de este concepto es en el artículo 3, dentro de las definiciones. No lo hace con ocasión de un enunciado prescriptivo, sino simplemente descriptivo.

Por otra parte, la Corte Constitucional analizó la constitucionalidad de un proyecto de ley, de muy similar tenor, en el dictamen 1-21-OP/21. La Corte, al referirse al concepto de nulidad de origen y a la extinción de dominio, distinguió entre el efecto extintivo del dominio y la nulidad como sanción ya

⁶⁸ Artículo 19, LOED.

⁶⁹ Sentencia C-740/03, Corte Constitucional de Colombia, 28 de agosto de 2003.

vigente en el ordenamiento jurídico:

La extinción del dominio en estos casos no solo resultaría desproporcionada, sino que, además, la situación se agrava al considerar que frente a estos ya existe una sanción en el ordenamiento jurídico: la nulidad, para la que además ya existen plazos de prescripción fijados en la norma.

La aplicación del Proyecto de Ley generaría que las personas que hayan incurrido en estas prácticas, además de la nulidad, deban someterse a otro tipo de sanción, esto es, la extinción de dominio sobre dichos bienes, sin que dicha sanción guarde una relación de proporción respecto de las actividades contrarias al ordenamiento jurídico⁷⁰.

Es así como la Corte Constitucional ya distinguió la nulidad de origen como principio de la LOED, con la nulidad como sanción civil por incumplimiento de los requisitos de validez del acto jurídico. De la cita anterior se desprende que la Corte se refiere a la nulidad propia del Código como otro tipo de sanción, como una sanción distinta de aquella que sería consecuencia de la extinción de dominio.

Creemos conveniente, primero, cuestionar la eficacia normativa de la definición de la LOED y, segundo, sostener que, en todo caso, la nulidad de origen a la que se refiere la LOED es un concepto distinto, acaso con una importante fisonomía moral, de la clásica nulidad civil. Consideramos que se trata de un error de técnica legislativa que no tomó en cuenta las implicaciones jurídicas que conlleva el concepto de la nulidad. Eso hace imperativo que la literatura jurídica aclare que, si la LOED y sus exposiciones de motivos se refieren a ella, lo hacen de una manera distinta a la comúnmente aceptada en el ámbito jurídico.

8. CONCLUSIONES

Como hemos argumentado a lo largo de este trabajo, nos parece que tanto la extinción de dominio como su respectivo proceso resultan incompatibles con la nulidad de los negocios jurídicos que pudieron haber servido de título para la adquisición de ciertos bienes. Hemos utilizado tres argumentos para sustentar nuestra postura:

- a. La sentencia ejecutoriada que declara la extinción de dominio en favor del Estado aparece incompatible con los efectos retroactivos que de ordinario se desprenden de una declaratoria de nulidad, pues no se puede extinguir

⁷⁰ Dictamen n.º 1-21-OP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de marzo de 2021, párrs. 81 y 82. Cabe notar que la Corte Constitucional catalogó a la extinción de dominio como una sanción para el afectado, pese a que eso ha sido ampliamente discutido, ya que con frecuencia se dice que se trata de un proceso civil sin tintes punitivos.

un derecho que se reputa no haber tenido jamás.

- b. El fundamento de la LOED consiste en aportar un proceso diferenciado y más ágil que el de la nulidad para que el Estado adquiera el dominio de los bienes contaminados. En ese sentido, no solo que la nulidad de los negocios jurídicos implica una acción personal mientras que el proceso de extinción de dominio requiere de una acción real, pero también los plazos de presentación de la acción varían. Ello se traduce a que, ya en la práctica, la acción de extinción de dominio sea resuelta con mayor celeridad sin que se tenga por prerequisite a la nulidad del negocio.
- c. En algunos casos, como en el de los bienes subrogados que fueron adquiridos con fondos de origen ilegítimo o injustificado, el negocio jurídico que sirvió de título para su adquisición ni siquiera parece tener vicio alguno viéndolo desde la perspectiva netamente civil de los requisitos de validez de los negocios jurídicos. Y, de todas maneras, es perfectamente posible extinguir su dominio a través del proceso regido por la LOED.

Por esto proponemos, en aras de fortalecer la lucha contra circulación ilegítima de bienes, que se despoje todo vínculo que parezca existir entre la LOED y la nulidad, pues debemos llegar a la conclusión de que la LOED utiliza el concepto nulidad de origen en un sentido diverso al comúnmente aceptado dentro de la legislación y la doctrina de tipo civilista, tal y como la Corte Constitucional lo reconoció en dictamen 1-21-OP/21.

La consecuencia de aquello es que, al despojar el vínculo entre ambas figuras, la LOED puede proceder con más libertad, toda vez que no habría duda de que no hace falta encontrar un vicio de validez en el negocio jurídico a través del cual se adquirió el bien para que proceda la extinción de su dominio. Así, la extinción de dominio puede proceder con independencia de que se verifiquen o no los requisitos de validez de los negocios jurídicos, y precisamente en esta separación tajante se encuentra su valor. De lo contrario, de ser la nulidad un requisito para la procedencia de la extinción de dominio, la LOED carecería de eficacia en la práctica toda vez que sería solo una manera distinta de enfocar una acción de nulidad.

PBP Pérez
Bustamante
& Ponce



TENEMOS LA EXPERIENCIA



WWW. PBPLAW.COM

 Pérez Bustamante & Ponce (PBP)

 @pbplaw

INNOVACIÓN - CONFIANZA - EXCELENCIA



LEXVALOR

ABOGADOS

Una Gran Firma

“Lexvalor se diferencia del resto de firmas de la región al ser aliados estratégicos y no simples asesores externos. Comprenden nuestras necesidades y nuestro negocio.”

Chambers and Partners Latin America 2024.

Nominada por segundo año consecutivo por la editora Chambers and Partners Latin America como firma del año Ecuador.

www.lexvalor.com



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

Reparación del daño extrapatrimonial en Ecuador: más allá de la indemnización pecuniaria

Reparation of Non-Pecuniary Damage in Ecuador: Beyond Monetary Compensation.

KAREN SOPHIA LOBATO*

MARÍA VICTORIA YÉPEZ IDROVO**

BERNARDA ALEGRÍA HARO AILLÓNO***

Recibido / Received: 08/01/2025

Aceptado / Accepted: 30/03/2025

DOI: <https://doi.org/10.18272/34xg9a64>

Citación:

Lobato, Sophia, María V. Yépez y Bernarda Haro. “Reparación del daño extrapatrimonial en Ecuador: más allá de la indemnización pecuniaria”. *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 1. (mayo de 2025): <https://doi.org/10.18272/34xg9a64>.

* Lexvalor Abogados, Abogada Asociada, casilla postal 17-1200-841, Quito 170523, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: sophilobato@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0818-2956>.

** Corte Constitucional del Ecuador, Asesora, casilla postal 17-1200-841, Quito 170523, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: maria.yepездidrovo@gmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9355-5758>.

* SBL Abogados, Abogada, Edificio Site Center, Torre III, Oficina 101, casilla postal 17-1200-841, Quito 170904, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: bernardaharo1@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4858-6800>.

RESUMEN

La responsabilidad civil busca que la víctima sea indemnizada por los daños sufridos. Esta reparación, tanto en el caso de daños patrimoniales como extrapatrimoniales, ha estado reducida a una indemnización de carácter pecuniario. Este artículo aterriza en el resarcimiento de los daños extrapatrimoniales y sostiene que, dependiendo del bien jurídico afectado en cada caso, estos daños pueden ser reparados a través de medidas que no necesariamente tendrán una naturaleza pecuniaria. Por otro lado, considera que la indemnización pecuniaria es una medida de reparación idónea cuando no es posible situar a la víctima en el estado anterior —o más próximo al anterior— al daño. El presente artículo aborda los diferentes criterios referentes a la fijación del *quantum* indemnizatorio en materia de daño extrapatrimonial y propone la inclusión de criterios objetivos aplicables al sistema jurídico ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE

Daño extrapatrimonial; reparación integral; indemnización pecuniaria; responsabilidad civil; valoración del daño

ABSTRACT

Civil liability seeks to ensure that the victim is compensated for the damage suffered. This reparation, both for damage to property and non-pecuniary damage, has traditionally been limited to monetary compensation. This article delves into the compensation of non-pecuniary damage, and argues that, depending on the legal interest affected in each case, such damage can be compensated through measures that will not necessarily have a pecuniary nature. On the other hand, it considers that monetary compensation is an appropriate form of reparation when it is not possible to restore the victim to their previous state—or the closest possible state—before the harm occurred. This article examines the different criteria that determine the compensation quantum in cases of non-pecuniary damage and proposes the incorporation of objective standards into the Ecuadorian legal system.

KEYWORDS

Non-pecuniary damage; full compensation; pecuniary compensation; civil liability; damage assessment

1. INTRODUCCIÓN

El derecho de daños tiene, por esencia, una función indemnizatoria. Aquello significa que, cumpliéndose ciertos requisitos, quien ha causado un daño a otro debe repararlo. En palabras de Díez-Picazo, la obligación indemnizatoria “significa el traspaso de una suma de dinero de una persona a la otra”¹ y, por lo mismo, acarrea una “disminución del patrimonio de aquel que ha sido obligado a indemnizar”². La indemnización pecuniaria es la regla en materia de daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales. En estos últimos se ha sostenido que la indemnización funge como “un sustituto a lo perdido por la conducta dañosa”³. Además, se han enfatizado las virtudes de la indemnización pecuniaria al señalar que el dinero “es la medida común del valor de los elementos que componen el patrimonio de todos los sujetos, y [...] es un medio para que las personas satisfagan necesidades o colmen aspiraciones”⁴.

De lo expuesto, parecería que, en materia de responsabilidad civil, la reparación del daño está reducida a una indemnización de carácter pecuniario. En nuestro criterio, esta concepción de la responsabilidad civil no es adecuada en materia de daños extrapatrimoniales. En este trabajo se sostendrá que una interpretación sistemática del Código Civil y del resto del ordenamiento jurídico ecuatoriano no excluye que los daños extrapatrimoniales puedan ser resarcidos a través de medidas distintas de la indemnización dineraria, que atiendan a la naturaleza del bien jurídico vulnerado en cada caso.

La indemnización pecuniaria, como se demostrará, es una medida adecuada en aquellos supuestos en los que no es posible situar a la víctima en el estado anterior —o más próximo al anterior— al daño. Para los casos en los que los daños extrapatrimoniales deban ser indemnizados pecuniariamente, este trabajo propone establecer un régimen de cuantificación con criterios objetivos, a partir de un análisis de derecho comparado, con el fin de aportar criterios claros al debate, hasta ahora interminable, sobre la valoración de este tipo de daño.

1 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial: la responsabilidad civil extracontractual* (Pamplona: Thomson Reuters, 2011), 20.

2 *Ibid.*, 22.

3 Carmen Domínguez Hidalgo, *El principio de reparación integral del daño y su contenido: algunas consecuencias para el derecho chileno* (Santiago de Chile: Estudios de Derecho Civil, 2009), 676-667, citado en Juan Carlos Darquea Suárez, “Aplicabilidad de la indemnización de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual en el régimen jurídico ecuatoriano: análisis del artículo 1572 del Código Civil”, tesis de grado, Universidad San Francisco de Quito (2014): 19, <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/3872>.

4 Arturo Solarte Rodríguez, *El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo: responsabilidad civil y negocio jurídico* (Bogotá: Ibáñez, 2011), 186, citado en Darquea Suárez, “Aplicabilidad de la indemnización de daños extrapatrimoniales en la responsabilidad contractual”, 2, <http://repositorio.usfq.edu.ec/handle/23000/3872>.

2. APROXIMACIÓN AL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

Según el bien jurídico lesionado, el daño puede ser patrimonial —en cuyo caso tiene un efecto pecuniario y es susceptible de una inmediata cuantificación en dinero— o extrapatrimonial —en cuyo caso afecta a un bien jurídico que, por su naturaleza, no es directamente cuantificable en dinero—. El daño extrapatrimonial es, entonces, un concepto amplio que engloba a todos los perjuicios causados a intereses no patrimoniales⁵. Justamente por la amplitud del concepto de “daño extrapatrimonial” se ha criticado que este sea identificado con el daño moral, que consiste únicamente en el sufrimiento o la aflicción experimentados por la víctima⁶.

Sin perjuicio de esta precisión terminológica, es importante insistir en que, de acuerdo con el artículo 2214 del Código Civil (en adelante CC)⁷, todo daño debe ser reparado, lo cual incluye a los daños extrapatrimoniales que no están expresamente contemplados por el legislador⁸. Sobre la base de lo anterior, a continuación se abordarán brevemente los principales tipos de daños extrapatrimoniales que han sido identificados por la doctrina. La naturaleza distinta de estos tipos de daños es la que, en nuestro criterio, brinda luces acerca de cómo dichos perjuicios deben ser compensados.

Probablemente la categoría más conocida de daño extrapatrimonial es el emocional. Este daño consiste en “el sufrimiento psíquico, la amargura, la aflicción o pena que el hecho ilícito ha producido en la víctima”⁹ y comúnmente se le denomina “daño moral”. Asimismo, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia (en adelante CNJ), citando a Alessandri, ha señalado que el daño moral “consiste exclusivamente en el dolor, pesar o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos”, por lo que la indemnización que lo repara se denomina *pretium doloris* que literalmente se traduce como “precio del dolor”¹⁰.

5 Carmen Domínguez Hidalgo, “Algunas consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n.º 19 (1998): 239, <https://www.projupucv.cl/index.php/rderecho/article/view/414>.

6 *Ibid.* En el mismo sentido, ver Marcelo Barrientos Zamorano, “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*”, *Revista Chilena de Derecho* 35, n.º 1 (enero-abril de 2008): 85-106, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2596316>.

7 “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”. Artículo 2214, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 10 del 24 de junio de 2005, reformado por última vez en R.O. 46 del 27 de junio de 2024.

8 Al respecto, la jurisprudencia nacional ha señalado que “[d]entro del término genérico ‘daños’, están involucrados tanto los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, materiales, inmateriales o morales, que en cualquier caso al irrogar perjuicios a la persona o sus bienes dan derecho a la indemnización o reparación”. Causa n.º 17309-2012-0609, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 5 de diciembre de 2017, apartado 5.1.1.

9 Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018), 19.

10 Causa n.º 17711-2016-0435, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 19 de enero de 2017, apartado segundo.

Otra clase de daño extrapatrimonial es la lesión de los derechos de la personalidad. De acuerdo con Hernán Corral, con independencia del sufrimiento y del dolor emocional, existe un daño cuando “se lesiona en forma directa e ilegítima un derecho de la personalidad, como la honra, la intimidad, la imagen, el derecho de autor”¹¹. Esta clase de daño se relaciona, entonces, con el menoscabo que una persona puede sufrir a su reputación y a su honor. Está recogida en el segundo inciso del artículo 2232 del CC, que prescribe que estarán obligados a reparar el daño causado aquellas personas que “manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación”¹².

A diferencia del daño emocional —que responde al sufrimiento y al dolor experimentados por la víctima en su fuero interno—, la “lesión de los derechos de la personalidad” y, en general, el daño a la reputación permite una valoración más objetiva y protege claramente los derechos al honor y al buen nombre de las personas naturales, así como la reputación en el caso de las personas jurídicas¹³. A manera de ejemplo, los daños que podrá recobrar la víctima de un caso de difamación estarán basados en un criterio objetivo de la pérdida de reputación y honra de la persona ante la sociedad¹⁴, contrario al sufrimiento, cuya intensidad y existencia dependen exclusivamente del fuero interno de la víctima.

Finalmente, es importante mencionar al daño corporal o fisiológico, que afecta la integridad física de las personas¹⁵ y la funcionalidad del cuerpo. Un ejemplo típico de esta clase de daño es la pérdida de una extremidad. Adicionalmente, dentro de esta categoría, es posible incluir al daño estético —el cual se circunscribe a las afectaciones a la apariencia física de una persona¹⁶— y al daño a los placeres de la vida —que consiste en la “privación de las satisfacciones de orden social, mundano y deportivo” de las cuales se beneficia una persona en las mismas circunstancias de la víctima y que puede ser una consecuencia de un daño corporal—¹⁷.

A pesar de que cada uno de estos daños extrapatrimoniales tiene un alcance diferente, en materia de responsabilidad civil, su resarcimiento suele limitarse a una indemnización dineraria en virtud del artículo 2232 del CC y conforme

11 Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil*, 19-20.

12 Artículo 2232, CC.

13 La Corte Constitucional, en la sentencia n.º 282-13-JP/19, aclaró que “el honor es un valor referible a las personas individuales” (párr. 103). Por lo tanto, en el caso de las personas jurídicas, es más adecuado referirse a la reputación o al prestigio.

14 Harry Brugman, “Conceptualización del daño moral en el derecho civil español, francés y puertorriqueño y su contraposición en el derecho común norteamericano”, tesis doctoral, Universidad de Valladolid (septiembre de 2015): 231, <https://core.ac.uk/download/pdf/211099814.pdf>.

15 Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil*, 20.

16 *Ibid.*, 21.

17 *Ibid.*, 22. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una persona que disfrutaba jugar fútbol todos los fines de semana y que sufre la pérdida de una extremidad. A raíz de este daño corporal, sufriría también un daño a los placeres de la vida, pues ya no podría jugar fútbol.

lo ha establecido la CNJ en varias sentencias¹⁸. A continuación, sobre la base del análisis del artículo 2232 del CC y a la luz del principio de reparación integral, se cuestionará si la indemnización pecuniaria es la única forma de reparar los daños extrapatrimoniales. Posteriormente, para los casos en que la indemnización pecuniaria sea la medida más idónea para reparar el daño causado, se analizarán las vicisitudes en torno a su cuantificación, se propondrán algunas soluciones que podrían ser adoptadas en el sistema jurídico ecuatoriano para la fijación del *quantum* indemnizatorio y, finalmente, se expondrá la relevancia del deber de motivación al momento de valorar daños extrapatrimoniales.

3. INDEMNIZACIÓN PECUNIARIA: ¿LA ÚNICA FORMA DE RESARCIR DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES?

En Ecuador, la indemnización de los daños extrapatrimoniales está regulada en el artículo 2232 del CC que prescribe:

En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, **podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.**

Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, **están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.**

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo (énfasis añadido)¹⁹.

Además de que la norma transcrita engloba a distintos tipos de daños extrapatrimoniales —como el daño a la reputación— dentro de lo que denomina “daños meramente morales”, es importante resaltar que la indemnización pecuniaria de estos depende de la gravedad del perjuicio y de la falta.

Frente a esta norma pueden existir dos tesis: (i) la gravedad del perjuicio y de la falta es un requisito para la resarcibilidad del daño extrapatrimonial, pues la reparación en materia de responsabilidad civil es exclusivamente pecuniaria o (ii) la gravedad del perjuicio y de la falta es un requisito únicamente para que

18 Ver Causa n.º 1351-2011, Corte Nacional de Justicia, 24 de septiembre de 2013. Adicionalmente, ver Causa n.º 477-201, Corte Nacional de Justicia, 12 de marzo de 2014.

19 Artículo 2232, CC.

proceda una indemnización de carácter pecuniario, siendo posible reparar los demás daños a través de otras medidas. Esta segunda tesis es la que nos parece más acertada, por cuanto es la que más se ajusta al principio de reparación integral y la que reconoce que las distintas clases de daños extrapatrimoniales tienen alcances diferentes.

El principio de reparación integral del daño no solo está recogido en el artículo 2214 del CC, también ha sido desarrollado en materia constitucional, en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC), en lo que respecta a la reparación de los daños causados por una vulneración de derechos fundamentales. De acuerdo con esta norma: “la reparación integral procurará que la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca la situación anterior a la violación”²⁰.

De forma ejemplificativa, el artículo referido recoge varias medidas de reparación integral, entre las cuales se encuentran las disculpas públicas, las medidas de rehabilitación y también la compensación económica, tanto por el daño material como por el daño inmaterial²¹. Autores como Ramiro Ávila han buscado diferenciar a esta reparación integral de la indemnización de perjuicios de carácter civil al señalar que:

[l]a reparación, al contrario de la indemnización en lo civil, que es exclusivamente patrimonial, puede ser material o inmaterial. Material es lo que se puede cuantificar en dinero y que puede demostrarse a través de evidencias. **Lo inmaterial es aquello que no puede ser evaluado monetariamente, como el trauma psicológico, la necesidad de una disculpa, la restitución en un cargo público.** En este aspecto, que debe contar con la opinión de la víctima, la creatividad también es un imperativo; **hay veces que la sola sentencia puede ser una reparación adecuada** y otras, en las que la reparación es tan compleja que requiere ser satisfecha en el tiempo [...] (énfasis añadido)²².

Aunque en el ámbito constitucional el eje es la vulneración de derechos y no necesariamente la existencia de un daño, existen situaciones en las que esa vulneración genera efectos similares a los que, en el derecho civil, se califican como daños extrapatrimoniales (como el sufrimiento psíquico o el menoscabo al honor), lo que permite establecer ciertos puntos de conexión para efectos de analizar las formas de reparación.

20 Artículo 18, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], R.O. Suplemento 52 del 22 de octubre de 2009.

21 Id.

22 Ramiro Ávila Santamaría, “Las garantías: herramientas imprescindibles para el cumplimiento de los derechos: avances conceptuales en la Constitución del 2008”, en *Desafíos constitucionales: la Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, eds. Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Rubén Martínez Dalmau, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008): 105, https://agustingrijalva.com/wp-content/uploads/2016/06/2_Desafios_Constitucionales.pdf.

Por ejemplo, en el caso del daño a la reputación o al derecho a la honra, una medida idónea de reparación —tanto en el ámbito constitucional como en el ámbito civil— podría ser una disculpa por parte del causante del daño. Esta medida de reparación ya ha sido ordenada en el ámbito civil en lugar de una indemnización pecuniaria en el caso *Morales vs. Interoceánica*. En este caso, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha señaló lo siguiente:

[E]s necesario recordar que **la acción por daño moral, [sic] se encasilla dentro de la responsabilidad extracontractual y busca reparar los daños ocasionados por el actuar ilícito de la parte demandada**, y que dicha **reparación no solamente puede consistir en resarcimientos económicos, sino que puede consistir en gratificaciones no cuantificables económicamente**, sino que **permitan al sujeto activo o víctima, encontrar una reparación en sus sentimientos o derechos personalísimos afectados** (énfasis añadido)²³.

Este fallo evidencia que, al conocer una acción civil por daño extrapatrimonial, el juez no necesariamente se encuentra frente a la disyuntiva de ordenar una indemnización pecuniaria o no resarcir el daño, pues podría ordenar otras medidas de reparación —que no tienen una naturaleza patrimonial— que son adecuadas para satisfacer a la víctima y, en la medida de lo posible, restituirle al estado en que se encontraba antes del daño²⁴. De ahí que, en nuestro criterio, la “gravedad del perjuicio” a la que se refiere el artículo 2232 alude a la imposibilidad de que la víctima pueda ser reparada de otra forma que no sea una indemnización pecuniaria²⁵.

De hecho, incluso en aquellos casos en que exista un perjuicio “grave” a la reputación o al honor de una persona, se podría recurrir a medidas de reparación distintas de la compensación económica y que se ajusten mejor a la naturaleza del bien jurídico afectado. Un ejemplo claro son las disculpas públicas que forman parte de las denominadas “medidas de satisfacción” y tienen como finalidad “el conocimiento real de los hechos”²⁶. Justamente respecto de

23 Causa n.º 17113-2014-2507, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, 3 de febrero de 2016, considerando octavo.

24 Lo que es criticable de la sentencia citada, sin embargo, es que estableció que el demandante no justificó haber sufrido “daños cuantificables en lo laboral, en la salud, en lo familiar”, por ejemplo, la pérdida de su empleo, para que exista una indemnización pecuniaria. En nuestro criterio, exigir dicha justificación para la procedencia de un daño extrapatrimonial justamente desnaturaliza dicho daño y trata de convertirlo en un lucro cesante.

25 Este es el razonamiento que inspira también el otorgamiento de una compensación económica en materia constitucional. Al respecto, se ha señalado que “las medidas de compensación deben ser excepcionales, en el sentido de que solamente [procederán] cuando a través de otras formas de reparación no sea posible, por la naturaleza del daño provocado, colocar a la víctima en la posición en que se encontraría si no hubiera sufrido la violación de sus derechos fundamentales”. Juan Francisco Guerrero del Pozo, *Las garantías jurisdiccionales constitucionales en el Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020), 67.

26 Causa n.º 273-15-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 19 de agosto de 2015, pág. 30.

la retractación pública en casos de difamación, Barros Bourie señala que esta es una medida que permite que se logre la restitución de la víctima al estado anterior al daño a través de “medios más directos, que no se traducen propiamente en una indemnización”²⁷.

Otro ejemplo de aquello es la sola emisión y difusión de la sentencia que reconoce la existencia del daño. En todos estos casos, consideramos que el juzgador debería tener la libertad y la creatividad para determinar qué medida resulta más eficaz para reparar el daño y que la víctima se encuentre en el mismo estado —o en el estado más similar posible— al que se encontraba antes del daño.

En los casos de daño emocional —que son determinados por el sufrimiento y el dolor que experimenta la víctima y que responde a criterios más subjetivos— es más difícil determinar si la víctima puede ser restituida al estado anterior al daño a través de otras medidas de reparación que no sean una indemnización pecuniaria²⁸. De hecho, es en este contexto en el que parece cobrar todo su sentido la expresión “las penas con pan son menos”, pues la indemnización dineraria busca “proporcionar a la víctima la posibilidad de obtener satisfacciones compensatorias: mejorar el ambiente en que vive, una habitación más cómoda, distracciones que le ayuden a soportar los efectos del accidente”²⁹. La víctima podrá entonces utilizar la indemnización de la manera que estime más conveniente, con el fin de aliviar el dolor sufrido a causa del hecho antijurídico.

En el caso de los daños corporales, si bien estos han sido diferenciados como una categoría autónoma de daños extrapatrimoniales, generalmente tienen consecuencias tanto emocionales —piénsese, por ejemplo, en el sufrimiento causado por la pérdida de una extremidad o por un daño estético— como patrimoniales —en los costos de la cirugía a la que deberá someterse quien ha sufrido este tipo de daño—³⁰. Además, en Ecuador, la falta de criterios objetivos que permitan valorar el daño corporal *per se* dificulta su resarcimiento de forma autónoma.

27 Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 301.

28 Sin embargo, no es imposible. De acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso, el juez podría considerar que otras medidas son más adecuadas para reparar el dolor sufrido. Podría ser, por ejemplo, que el sufrimiento sea una consecuencia de una difamación y que el juez determine que dicho dolor se repararía de manera más adecuada a través de unas disculpas públicas que a través de una indemnización pecuniaria. El juez también podría, sin embargo, determinar que el caso responde a un perjuicio particularmente grave que ha tenido una importante repercusión en la vida familiar y social de la víctima, frente al cual las disculpas públicas podrían ser insuficientes.

29 Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 303. Piénsese, por ejemplo, en el dolor que sufre una persona o haber perdido a un familiar cercano a raíz de un choque causado por un tercero.

30 *Ibid.*, 320.

A manera de ejemplo, Argentina ha incorporado criterios objetivos en el Código Civil y Comercial de la Nación, que en su artículo 1746 considera una pauta objetiva para la cuantificación del daño corporal y recoge los siguientes criterios: edad de la víctima, actividad laboral, ingreso económico, posibilidad de progreso y grado de incapacidad³¹. Es importante mencionar que, si bien en otros países de la región se han contemplado baremos de cuantificación, estos no necesariamente garantizan que esta sea justa con el daño sufrido. Por lo tanto, en la esfera extrapatrimonial, se podría valorar el daño corporal junto al daño emocional y al daño a los placeres de la vida, sobre la base del razonamiento que fue expuesto en el párrafo anterior.

Lamentablemente, la mayor parte de la jurisprudencia ecuatoriana no ha realizado esta distinción entre las diferentes clases de daños extrapatrimoniales, ni ha buscado interpretar la gravedad del perjuicio y de la falta a la luz de la reparación integral. Al contrario, la jurisprudencia parece haber adoptado la primera tesis que identificamos en este artículo. Así, ha sostenido que **“la Institución del Daño Moral consagrado [sic] en nuestra legislación tiene por finalidad el resarcimiento pecuniario de quien sufre un agravio por alguno de los eventos que se determinan en los artículos 2214, 2231, 2232, 2233 y 2234 del Código Civil [...]”** y que **“para merecer indemnización por daños morales debe existir y ser apreciada en cada caso gravedad particular del perjuicio sufrido y gravedad particular de la falta”** (énfasis añadido)³². El lenguaje de este fallo es claro: (i) los daños extrapatrimoniales deben ser reparados exclusivamente mediante una indemnización pecuniaria y (ii) no cabe indemnización —y, por lo tanto, resarcimiento— cuando no ha existido un perjuicio y falta graves.

En nuestro criterio, esta línea jurisprudencial desconoce la naturaleza diferenciada de cada clase de daño extrapatrimonial y de los bienes jurídicos que afectan. La negativa a resarcir un daño por no considerarlo “grave” resulta incompatible con el principio de reparación integral, que cuenta con un sustento constitucional y legal en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Una interpretación que sí se ajusta a dicho principio es aquella que entiende que la gravedad del perjuicio y de la falta debe evaluarse en función de la posibilidad de restituir a la víctima al estado —o al estado más próximo— en que se encontraba antes del daño.

En este sentido, la LOGJCC, al desarrollar los principios constitucionales de protección de derechos, formula una concepción de la reparación integral con un alcance amplio y transversal, aplicable a todas las ramas del derecho,

31 Ricardo Luis Lorenzetti, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2015), 303-310.

32 Causa n.º 094-2013, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 30 de enero de 2014, considerando sexto. La Sala ha reiterado estos requisitos de procedibilidad de la acción por daño moral en las sentencias dictadas dentro de los Juicios n.º 17711-2014-0337 y 17711-2016-0435, por ejemplo.

incluida la responsabilidad civil extracontractual. Desde esta perspectiva, cuando no sea posible restituir plenamente a la víctima, se estará frente a un perjuicio y una falta de entidad suficientes como para justificar la adopción de una medida de reparación idónea, como la compensación económica, sin que ello implique reducir el concepto de reparación a su dimensión meramente pecuniaria.

4. VICISITUDES DE LA FIJACIÓN DEL *QUANTUM* INDEMNIZATORIO EN DINERO: UN DEBATE SIN FIN

Para los casos en que sea necesario resarcir el daño extrapatrimonial en dinero, es necesario determinar los criterios aplicables para fijar el *quantum* indemnizatorio. Justamente porque los daños extrapatrimoniales afectan a bienes jurídicos que no son directamente valorables en dinero, la cuantificación del daño extrapatrimonial es un tema que no ha encontrado un consenso a pesar de la abundante doctrina y jurisprudencia que aborda la materia.

Como se analizará en las secciones subsiguientes, un sector de la doctrina se inclina por posiciones subjetivas, es decir, examinar la situación de la víctima y su entorno. Otros criterios buscan objetivizar la valoración del daño extrapatrimonial, a través de estándares económicos sobre la base de la equidad. Sin embargo, diferentes autores, y jueces en sus decisiones, han desarrollado líneas argumentativas para determinar los factores exógenos y endógenos se deben considerar al momento de fijar el *quantum* por daños que recaen fuera de la esfera patrimonial³³.

Como señalan los autores Pérez y Castillo, una de las consecuencias de las especificidades de este tipo de daño es que las indemnizaciones para casos que resultan análogos pueden ser muy disímiles, lo que conlleva a cierto grado de inseguridad jurídica³⁴. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, similar a lo que ocurre en Colombia, existe un *arbitrium iudicis*, en el que el juez, a través de las pruebas del caso concreto, fija el monto indemnizatorio³⁵. Cabe señalar que, hace algunos años, en la legislación colombiana hubo esfuerzos para fijar criterios homogéneos y límites para las indemnizaciones por este tipo de daño sin que sean considerados obligatorios. Estos parámetros fueron establecidos por el Consejo de Estado y por la jurisprudencia.

³³ Ver, sección 4.1 y 4.2.

³⁴ Doris Pérez, y Claudia Castillo, "Determinación del *quantum* indemnizatorio por daño moral en la jurisprudencia", tesis de grado, Universidad de Chile, 2012, 15, http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112879/de-perez_d.pdf?sequence.

³⁵ Milagros Koteich, "El daño extrapatrimonial, las categorías y su resarcimiento: Italia y Colombia, vicisitudes de dos experiencias", *Revista de Derecho Privado*, n.º 10 (enero-junio de 2006): 182, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/588>.

A partir de un análisis del derecho comparado, es posible examinar cómo se valora el daño extrapatrimonial en distintas jurisdicciones. Para ello se estudia la doctrina, jurisprudencia y legislación de la región y, en general, las tendencias en las jurisdicciones de corte civilista. En este contexto, es importante precisar que, al existir distintos tipos de daños extrapatrimoniales, se debe atender al caso concreto y al derecho subjetivo vulnerado. Así, en palabras de Jairo López, “en algunos casos sí puede existir la posibilidad o facilidad de avaluar el daño moral”³⁶.

Al respecto, también menciona que, debido a los progresos y complicaciones de la vida en sociedad, es necesario buscar la equidad dentro de las fórmulas jurídicas, que permitan en última instancia adaptar las reglas generales a las particularidades del caso en concreto³⁷. Ahora bien, para determinar la valoración del daño extrapatrimonial y sus tipos, es necesario encasillarse dentro de la teoría subjetiva u objetiva y examinar sus puntos a favor y en contra.

4.1. CRITERIOS SUBJETIVOS PARA LA VALORACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

La tesis que opta por establecer criterios subjetivos dentro de la valoración del daño extrapatrimonial se fundamenta en que cada caso en particular tiene especificidades. Más aun cuando se trata del fuero o sufrimiento interno de una persona, como es el caso del *pretium doloris*. En este orden de ideas, Solares Morales establece que “el hecho de utilizar una base formada por criterios subjetivos permite que la valuación y, en su caso, la indemnización esté adecuada y determinada en función de la gravedad del daño”³⁸. El autor hace referencia indirecta a aquellos criterios subjetivos que la víctima del daño puede experimentar, como el dolor psíquico y emocional, por lo que cada persona experimenta un diferente grado de sensibilidad ante los acontecimientos sin que en ellos puedan aplicarse criterios generalizados.

La jurisprudencia chilena, al igual que la ecuatoriana, denota en sus fallos la subjetividad para la determinación de la indemnización por daños extrapatrimoniales³⁹. En este sentido, las cortes chilenas han evaluado subjetivamente el daño extrapatrimonial cuando se funda en cualquier apreciación de hecho que consideran relevante y se renuncia a cualquier criterio de valoración⁴⁰. En la referida jurisprudencia se evidencia la desproporción del *quantum* indemnizatorio para situaciones más gravosas que otras. Este es el caso de un joven

36 Jairo López Morales, *Perjuicios morales* (Bogotá: Doctrina y Ley, 1997), 38.

37 Ibid.

38 Alejandro Solares, “Valoración económica de los daños morales”, *Autoritas Prudentium*, n.º. 10 (2014): 257, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5044328>.

39 Ver, Rafael Correa Delgado c. Banco Pichincha C. A., Juzgado Primero de lo Civil de Quito, 10 de enero de 2007.

40 Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 313.

que quedó cuadrupléjico, a quien le indemnizaron de forma idéntica a un caso de una persona que sufrió lesiones por la caída de un tablón en su hombro⁴¹.

Estas indemnizaciones permiten concluir que las reparaciones no son proporcionales al daño sufrido y muchas veces no existe una relación con el dolor y trauma sufridos. En estos casos, es el juez quien, sobre las reglas de la razón, la prudencia —y la sana crítica— fija el *quantum* indemnizatorio. Ello conlleva a que, en repetidas ocasiones, de forma arbitraria, se determine el monto de la indemnización, cuyo límite es la cuantía planteada por la parte actora que, a veces, es exageradamente desproporcionada.

4.2. CRITERIOS OBJETIVOS PARA LA VALORACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

La objetivación de la valoración por daño extrapatrimonial ha sido un amplio tema de debate en la doctrina y jurisprudencia. Tendencias legislativas, jurisprudenciales y doctrinarias prevén criterios o baremos objetivos para determinar el *quantum* indemnizatorio en distintos tipos de daños fuera de la esfera patrimonial. Los criterios objetivos se sustentan sobre la base del sufrimiento de la persona promedio. Su finalidad es realizar una homologación dentro de los estándares de valoración del daño extrapatrimonial. Para ello, se han planteado pautas en diversos sistemas jurídicos que buscan brindar certidumbre y un trato similar en situaciones análogas para evitar que la valoración dependa únicamente del criterio del juzgador⁴². Al igual que se mencionó en la posición subjetiva sobre la valoración del daño, esta tesis ofrece diferentes puntos de vista que han recibido críticas y aceptación por ciertos autores.

Sandra Dri, con una posición neutral frente al tema, critica la subjetividad en la valoración por cuanto una cuantificación de este tipo estaría vulnerando el principio de igualdad⁴³. Cabe señalar que esta posición genera crítica pues el principio de igualdad se ve mermado al evaluar el sufrimiento de cada persona que, evidentemente, puede tener una connotación diferente si se atiende a criterios netamente personales. Por ejemplo, la pérdida de una mano puede generar daños extrapatrimoniales cuya intensidad varía según la persona. En el caso de un pintor, más allá del daño patrimonial que implica la pérdida de ingresos, pueden existir afectaciones profundas a su autoestima, identidad y proyecto de vida. Incluso en quien no depende funcionalmente de sus manos, la lesión puede tener un impacto emocional significativo. Esto muestra que

41 Ibid, 315.

42 Sandra Dri, “Daño moral, legitimación activa, daños punitivos, cuantificación”, tesis de grado, Universidad Abierta Interamericana, 2001, 28-35. <http://imgbiblio.vaneduc.edu.ar/fulltext/files/TC047592.pdf>.

43 Marcelo Barrientos, “Daño extrapatrimonial o moral por actuación de una autoridad: su valoración y prueba”, en *Sentencias destacadas 2011*, eds. Arturo Fermandois, Silvia Baeza y Rodrigo Delaveau, 233-58 (Santiago de Chile: Instituto Libertad y Desarrollo, 2012). <https://lyd.org/wp-content/uploads/2016/12/pp-233-258-Dano-extrapatrimonial-o-moral-por-actuacion-de-una-autoridad-Su-valoracion-y-prueba-MBarrientos.pdf>.

el daño extrapatrimonial depende de factores personales y no solo del tipo de lesión sufrida.

Barrientos Zamorano, por el contrario, recalca que al zanjar y establecer baremos⁴⁴ sobre los rubros indemnizatorios se puede caer en un vicio de “uniformar las indemnizaciones y atentar contra la finalidad compensatoria de la indemnización”⁴⁵. Esto es así porque la finalidad de la indemnización por daño moral no es una compensación *per se*, sino es aquella medida a través de la cual se busca indemnizar a quien ha sufrido un perjuicio que no siempre es cuantificable en dinero.

En esta línea de ideas, en sistemas de indemnización tarifada, como en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor en España o las Tablas de Indemnización de Milán, en las que la liquidación del daño moral se encuentra sobre la base de criterios objetivos, Pizarro, autor argentino, menciona que la víctima podría tener la opción de elegir entre este tipo de valoración o acudir a los principios establecidos en la Constitución y el Código Civil en busca de la reparación integral⁴⁶. Lamentablemente, dejar al criterio de la víctima la decisión de cómo debe obrar el juez puede llevar a una trasgresión al principio de equidad y seguridad jurídica.

Las tesis que plantean criterios objetivos buscan subsanar la variabilidad en las indemnizaciones y sus efectos indeseados. Entre ellos: (i) la compensación inadecuada de la víctima por valoraciones subjetivas, (ii) la distorsión de la función preventiva por su imprevisibilidad y (iii) los costos de gestión del sistema de responsabilidad civil generados por la litigiosidad⁴⁷.

Estos efectos son palpables en la jurisprudencia ecuatoriana. En el caso Rafael Correa vs. Banco Pichincha, el juez de primera instancia otorgó cinco millones de dólares a favor de Correa como indemnización por el daño ocasionado a su honra debido a que su nombre se encontraba en la central de riesgos injustificadamente⁴⁸. El recurso de apelación fue aceptado y se redujo la indemnización a trescientos mil dólares⁴⁹. En casación, la Corte Nacional de Justicia otorgó una indemnización pecuniaria a título de reparación por seiscientos mil dólares.

Por otro lado, en el caso Florencio Andrade vs. CONELEC y EMELMANABÍ, la indemnización por daño moral fue otorgada a favor de Florencio Andrade

44 Los baremos indemnizatorios suelen confeccionarse con ayuda de expertos, técnicos y peritos o sobre la base de antecedentes estadísticos (especialmente, precedentes judiciales y transacciones de empresas aseguradoras).

45 Barrientos, “Daño extrapatrimonial o moral por actuación de una autoridad”, 244.

46 Dri, “Daño moral, legitimación activa, daños punitivos, cuantificación”.

47 Jesús Pintos Ager, “Baremos”, *InDret* 1/00 (2000): 3, https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/012_es.pdf.

48 Rafael Correa Delgado c. Banco Pichincha C. A., Juzgado Primero de lo Civil de Quito, 10 de enero de 2007.

49 Rafael Correa Delgado c. Banco Pichincha C. A., Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Pichincha, 2 de febrero de 2009.

Medina y su hijo de ocho años, quien sufrió un accidente que generó una incapacidad del ochenta por ciento, quemaduras de tercer grado y la amputación de sus extremidades⁵⁰. En este caso, la indemnización por daño moral se fijó en ochenta mil dólares, una cantidad significativamente menor.

En las decisiones previamente mencionadas, el análisis se centró en criterios subjetivos, y la determinación de la cuantía se basó en la prudencia del juez. Estos casos demuestran el peligro de la falta de aplicación de criterios objetivos al momento de valorar daños extrapatrimoniales, dado que su cuantificación podría resultar arbitraria.

5. PROPUESTAS PARA CUANTIFICAR DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES: ¿ES POSIBLE CONCILIAR LOS DOS EXTREMOS?

Una posible solución es encontrar un consenso entre las tesis subjetiva y objetiva. La naturaleza intangible de los daños extrapatrimoniales requiere un examen de las particularidades del caso. Así, en primer plano, es necesario considerar las condiciones de la víctima, la naturaleza del daño y su gravedad, de acuerdo con criterios subjetivos. Sin embargo, dicha valoración requiere criterios o baremos objetivos que limiten la discrecionalidad de los juzgadores al momento de fijar la cuantía de la indemnización.

Los baremos indemnizatorios constituyen una herramienta para que los jueces puedan decidir respecto del caso concreto, pero con estándares y estadísticas que permitan precautelar los principios de seguridad jurídica, equidad y reparación integral. A continuación, exponemos diversas posturas que proponen un encuentro entre los criterios objetivos y subjetivos para cuantificar las indemnizaciones de daños extrapatrimoniales.

5.1. BAREMOS JUDICIALES COMO REFERENCIA NO VINCULANTE

La falta de criterios objetivos para determinar la cuantía de daños extrapatrimoniales no es un problema exclusivo de las víctimas. Los jueces también enfrentan dificultades al momento de evaluar la compensación adecuada. Por ello, en varias jurisdicciones existen sistemas de baremos no vinculantes, con el fin de orientar a las víctimas en su pretensión y a los jueces en su decisión.

Este sistema es común en los ordenamientos jurídicos europeos. La construcción de las tablas judiciales considera criterios subjetivos que atienden a las particularidades del caso, así como criterios objetivos que racionalizan la

50 Florencio Andrade Medina c. CONELC y EMELMANABÍ, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, 11 de abril de 2007, págs. 1-5.

cuantificación de la indemnización. En Italia y Francia, por ejemplo, se aplica el *calcul au point* para daños a la salud⁵¹. Este criterio permite estandarizar las indemnizaciones en casos específicos sobre el daño corporal o fisiológico. El efecto que se desprende de la aplicación de criterios objetivos es neutralizar la tendencia a confundir los daños punitivos en la compensación del daño extrapatrimonial. Por su parte, las tablas referenciales alemanas indican que el tribunal debe tener en cuenta, en particular, el tipo, la duración y la intensidad de la infracción, así como el grado de culpa, la edad de la víctima y las circunstancias financieras⁵².

Esta solución también se ha aplicado en la región. En Argentina, por ejemplo, se ha utilizado el método *calcul au point* para la determinación de indemnizaciones extrapatrimoniales generadas por incapacidades físicas⁵³. Asimismo, en el año 2013, en Chile se creó el Baremo Jurisprudencial Estadístico sobre la indemnización de daño moral por muerte, el cual constituye una fuente de consulta para los ciudadanos y juzgadores con la finalidad de evitar montos disímiles en este tipo de daño⁵⁴.

Tras un análisis de las sentencias de las cortes chilenas entre los años 2009 y 2016, se evidenció que los montos solicitados por los actores “fluctúan entre 1 millón y 700 millones de pesos y la suma más reiterativa, solicitada por los actores, fue de 100 millones de pesos por daño moral”⁵⁵. La Corte Suprema otorgó cien millones como la suma más alta y la más baja fue de cinco millones de pesos, unas veces ratificando los montos establecidos por la Corte de Apelaciones y en otras alejándose completamente del *quantum* indemnizatorio propuesto⁵⁶. Es alarmante que, a pesar de la creación del instrumento de baremo jurisprudencial, las indemnizaciones sean en extremo diferentes y que pocos jueces hayan utilizado este criterio para encontrar un consenso en su resolución.

5.2. INSTAURACIÓN DE LÍMITES PARA LA CUANTIFICACIÓN

Se ha cuestionado la posibilidad de fijar límites para la valoración de daños extrapatrimoniales. Diversas jurisdicciones han fijado límites máximos para su cuantificación a través de mandatos legales. Esta solución ha sido adoptada,

51 “Consiste en asignar a cada punto porcentual de incapacidad física informado por la pericia un determinado valor dinerario; no implica atarse fatalmente a tal cálculo sino, lo reitero, partir de una base objetiva y adecuarla a las diferentes circunstancias de cada caso que se plantea”. Causa n.º C12-53797, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, 22 de septiembre de 2015, pág. 8.

52 Neuner, Jörg, *Das Schmerzensgeld* (Múnich: Juristische Schulung, 2013), 577.

53 Causa n.º C12-53797, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón, 22 de septiembre de 2015.

54 Clara García, “Análisis jurisprudencial de la determinación del *quantum* indemnizatorio en el daño moral por muerte: propuesta de solución”, tesis de grado, Universidad Austral de Chile, 2016, 3, <http://cybertesis.uach.cl/tesis/uach/2016/fig216a/doc/fig216a.pdf>.

55 *Ibid.*, 28.

56 La conversión en dólares sería la siguiente: USD 166 667 como la suma más alta y USD 8333 como la más baja.

por ejemplo, en Estados Unidos, donde el límite se fija a partir de las diferencias de la renta media entre las poblaciones⁵⁷. Asimismo, el Consejo de Estado colombiano, en el año 2001, fijó como tope la indemnización por daño moral en mil salarios mínimos legales mensuales cuando el daño moral sea de la mayor intensidad⁵⁸. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el Código de Trabajo contiene una tabla para indemnizar la disminución de capacidad para trabajar⁵⁹. Este mandato legal regula el porcentaje de indemnización de daños extrapatrimoniales fisiológicos y estéticos en virtud de la afectación a la capacidad para el trabajo.

González-Cazorla establece que, para esgrimir los criterios objetivos para la valoración del daño extrapatrimonial, es necesario un análisis económico del derecho, dentro del cual la eficiencia explica la práctica de la responsabilidad extracontractual⁶⁰. En esta línea de ideas, se vuelve necesario un trabajo legislativo en el que se tipifiquen algunos intereses a través de los cuales, atendiendo las necesidades de la sociedad, se fije un umbral jurídico sobre ciertas indemnizaciones comunes que generan los daños extrapatrimoniales⁶¹. Sin embargo, un trabajo de esta magnitud implicaría un análisis sumamente minucioso del comportamiento social de las personas, sin dejar de lado que la sociedad es en extremo cambiante y que puede resultar una idea muy optimista tratar de regular sus posibles variaciones.

5.3. INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL QUE INCORPORA AL DAÑO MORAL

Esta postura subsume el daño extrapatrimonial en la indemnización del daño patrimonial. Este sistema fue incorporado en España para la valoración de los daños extrapatrimoniales causados por accidentes de vehículos. La Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, desde 1995, contiene baremos para calcular la indemnización patrimonial que incorpora la indemnización por daño moral. El artículo 1.2 de dicha ley establece que:

[...] los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener [...] incluyendo los daños

57 Carlos Gómez Ligüerre, *El daño moral y su cuantificación* (Barcelona: Wolters Kluwer, 2017), 60.

58 En sentencia C-916 del 29 de octubre de 2002 la Corte Constitucional declaró expresamente: “exequibles los incisos primero y segundo del artículo 97 de la ley 599 de 2000, en el entendido de que el límite de mil salarios mínimos legales mensuales se aplica exclusivamente a la parte de la indemnización de daños morales cuyo valor pecuniario no fue objetivamente determinado en el proceso penal”. Citado en José Luis Díez, “La resarcibilidad del daño no patrimonial en Chile, Colombia, Ecuador y el Salvador”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 9 (junio-diciembre de 2005): 193, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3253206>.

59 Artículos 438 y 439, Código de Trabajo, R.O. Suplemento 167 del 16 de diciembre de 2005, reformado por última vez en R.O. Suplemento 690 del 25 de noviembre de 2024.

60 Fabián González, “Delimitación del daño moral a través de consideraciones de justicia distributiva”, *Revista de Derecho Concepción* 85, n.º 242 (diciembre de 2017), <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2017000200191>.

61 Ibid.

morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de esta ley⁶².

Por mandato legal, la aplicación de este sistema es vinculante para los jueces españoles. Esta tesis se inclina hacia criterios totalmente objetivos para la cuantificación del daño extrapatrimonial. Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido una excepción en cuanto a la cuantificación de daños patrimoniales. La víctima está facultada para probar que el lucro cesante no ha sido suficientemente compensado por la valoración basada en baremos y puede solicitar una cuantía mayor. Como señala Gómez Ligüerre, nada impide que esta interpretación se extienda a los daños extrapatrimoniales⁶³. En ese caso, el juez deberá aplicar criterios subjetivos para examinar la procedencia de una indemnización mayor de aquella fijada por el sistema de baremos, en virtud de las circunstancias específicas del caso.

6. APLICACIÓN DEL AFORISMO *PAS DE MOTIVATION SANS TEXTE*

La aplicación de criterios subjetivos para la valoración de daños extrapatrimoniales es cuestionable. Se critica que “no existe la indicación del método o regla jurídica para sustentar la apreciación de los daños, sin aplicar un precepto legal o regla de la experiencia para explicar [la] decisión, por lo tanto, no está debidamente motivada”⁶⁴. Sin embargo, como establece el artículo 2232 del CC, en la reparación por daños extrapatrimoniales, queda a “la **prudencia del juez** la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias” (énfasis añadido). En este sentido, cabe preguntarse si los jueces deben motivar las decisiones que adoptan en uso de una facultad discrecional o, por el contrario, aplica el aforismo *pas de motivation sans texte*.

La cuestión se centra en que, “mientras la finalidad de la indemnización del daño patrimonial es la reparación íntegra, el daño moral no es reparable y la indemnización tiene como **función el mero alivio o compensación del daño, que es un parámetro borroso, nada preciso**” (énfasis añadido)⁶⁵. La dificultad de aplicar un parámetro borroso ha sido expresada por la jurisprudencia ecuatoriana. En el caso Florencio Andrade Medina vs. CONELEC y EMELMANABÍ, por ejemplo, se impugnó en recurso de casación el mecanismo de valoración de los daños extrapatrimoniales por falta de motivación. En la revisión del recurso, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que: “**no es posible cuantificar las pérdidas extrapatrimoniales [...]**”, por lo que, “[fijó] los perjuicios morales **basándose**

62 Gómez Ligüerre, *El daño moral y su cuantificación*, 54.

63 Ibid, 58.

64 Causa n.º 764-2012, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 17 de marzo de 2014, pág. 6.

65 Santiago Cavanillas Múgica, “La motivación judicial de la indemnización del daño moral”, *Derecho Privado y Constitución*, n.º 20 (enero-diciembre 2006): 168. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2023-04/25895dpc20004.pdf>.

en equidad” (énfasis añadido)⁶⁶.

Autores como Cavanillas Múgica sostienen que, aun tratándose de una facultad discrecional, las decisiones de compensación de daño extrapatrimonial están afectadas por el deber constitucional de motivación. Añade, sin embargo, que este deber puede ser más flexible de lo ordinario⁶⁷. En virtud de este criterio, la CNJ ha casado varias sentencias por falta de motivación, en virtud de la vulneración al artículo 76 numeral 7 literal l de la Constitución⁶⁸.

Esta cuestión fue abordada recientemente por la Corte Constitucional del Ecuador. La Corte analizó la acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia por daños extrapatrimoniales dictada por la CNJ en el caso Juan Falconí Puig vs. Edgar Iván Rodríguez⁶⁹. El juicio por daño moral inició en 2003, con base en las expresiones de Rodríguez, entonces diputado del Congreso Nacional, en contra de Falconí Puig. La CNJ sostuvo que:

[E]l daño moral es de índole netamente subjetivo y su fundamento se encuentra en la naturaleza afectiva del ser humano, es decir, que el daño se produce con un hecho externo que afecta a la integridad física y moral del individuo, **por lo que la apreciación pecuniaria de este debe considerarse por entero entregada a la estimación discrecional del juez** (énfasis añadido).

Además, declaró sin lugar a la demanda por no evidenciar hechos difamatorios, por lo que rechazó la indemnización por daño extrapatrimonial. La acción extraordinaria de protección fue presentada por vulneración a los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en la garantía de motivación.

La Corte Constitucional confirmó que el deber de motivación es un requisito para las sentencias que fijen indemnizaciones por daños extrapatrimoniales y señaló dos elementos para su cumplimiento: (i) enunciación de normas o principios jurídicos en los que se basó la decisión y (ii) explicación de la pertinencia de la aplicación de dichas normas o principios jurídicos a los antecedentes de hecho. En este caso, la Corte desestimó la acción extraordinaria de protección en vista de que la sentencia impugnada cumplía con ambos requisitos. En virtud de lo expuesto, el *arbitrium iudicis* y los criterios subjetivos recogidos por el artículo 2232 del CC encuentran su límite en la garantía constitucional de motivación. Si bien la fijación del *quantum* indemnizatorio queda a prudencia del juez, debe cumplir con los requisitos expuestos por la Corte Constitucional.

66 Florencio Andrade Medina c. CONELEC y EMELBANABÍ, pág. 12.

67 Cavanillas Múgica, “La motivación judicial de la indemnización del daño moral”, 168.

68 Ver, Causa n.º 764-2012, Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 17 de marzo de 2014; Causa n.º 498-2010, Sala Temporal Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, 17 de abril de 2013.

69 Causa n.º 1373-16-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de noviembre de 2020, pág. 7.

Con base en lo expuesto, y considerando los principios de seguridad jurídica, motivación judicial y reparación integral, se han revisado diversos criterios orientados a evitar que el *arbitrium iudicis* se erija como el único elemento determinante para valorar y reparar el daño extrapatrimonial. Dichos criterios refuerzan la necesidad de incorporar enfoques objetivos que, sin desconocer la singularidad de cada caso, ofrezcan un marco orientador más coherente y predecible para la cuantificación de este tipo de daños.

7. CONCLUSIONES

El presente análisis propone un sistema de compensación de daños extrapatrimoniales en Ecuador basado en un esquema de dos niveles. Primero, la determinación de la naturaleza del bien jurídico vulnerado que permita definir si la reparación debe ser pecuniaria o no. En este sentido, los daños que afecten derechos de la personalidad pueden encontrar una compensación adecuada a través de medidas no dinerarias, lo que amplía las herramientas de tutela para la víctima. Segundo, en aquellos casos en los que la reparación solo pueda ser efectiva a través de una indemnización económica, proponemos la incorporación de criterios objetivos que permitan racionalizar la fijación del *quantum* indemnizatorio y evitar arbitrariedades.

A pesar de la propuesta, persisten ciertos desafíos. La implementación de criterios objetivos en un sistema que tradicionalmente ha operado bajo un esquema subjetivo requerirá un desarrollo jurisprudencial progresivo y la construcción de guías metodológicas claras. Además, el equilibrio entre seguridad jurídica e individualización de los daños sigue siendo un reto, pues la estandarización de montos indemnizatorios no debe menoscabar la reparación justa de cada caso concreto.

La compensación de daños extrapatrimoniales debe ser controlada, tanto por la CNJ —a través de recurso de casación— como por la Corte Constitucional —a través de acción extraordinaria de protección—, con el fin de garantizar la motivación en las decisiones, el debido proceso y la reparación integral para evitar que, en casos análogos, haya una amplia gama de indemnizaciones que vulneran la seguridad jurídica.

Finalmente, consideramos que esta propuesta contribuye a la evolución del derecho de daños en Ecuador, al proponer un modelo que no solo respeta el marco normativo vigente, sino que también introduce mecanismos para mejorar la predictibilidad y coherencia en la resolución de casos. Investigaciones futuras podrían centrarse en la viabilidad de implementar baremos indemnizatorios.



Un servicio integral a las necesidades de nuestros clientes

Nos enorgullece ofrecer un servicio personalizado y de alta calidad, enfocado en la atención al cliente y basado en tres principios fundamentales: calidad, eficiencia y empatía.

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

ESTUDIO JURÍDICO | LAW FIRM



**Almeida Guzmán &
Asociados**

Teléfonos: (593-2) 292-8115 / 292-8148 / 292-8181. Email: law@almeidaguzman.com
Dirección: Whymper N27-70 y Orellana, Edificio Sassari, Piso 8. Quito D. M., Ecuador.
Sitio Web: www.almeidaguzman.com

CABEZAS
WRAY
& ALBÁN

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

usticia
presenta
Ley de
Nacional
umento



CW&A

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

www.cywlegal.com

VIVANCO & VIVANCO

WE ARE LATIN AMERICA

Big data y política de competencia: análisis de los efectos de red como posible barrera de entrada en los SAP

Big Data and Competition Policy: Analysis of Network Effects as a Potential Barrier to Entry for APS

IVANA RAQUEL MATIJEVI LÓPEZ*

Recibido / Received: 05/12/2024

Aceptado / Accepted: 30/03/2025

DOI: <https://doi.org/10.18272/t8ztcj52>

Citación:

Matijevic, Ivana. “*Big data* y política de competencia: análisis de los efectos de red como posible barrera de entrada en los SAP”. USFQ Law Review vol. 12, n°. 1. (mayo de 2025): <https://doi.org/10.18272/t8ztcj52>.

* Investigador Independiente, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: ivra.matijevic@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1197-2246>.

RESUMEN

La interacción entre el *big data* y los efectos de red en el marco de los sistemas auxiliares de pagos puede actuar como barrera de entrada; lo cual, a su vez, podría limitar la entrada de nuevos actores al mercado, consolidando así el dominio de los operadores establecidos y distorsionando la competencia efectiva. La investigación sugiere que la política pública debe responder eficazmente a los desafíos únicos de la economía digital, por lo que se plantean adaptaciones específicas para asegurar que los mercados permanezcan dinámicos y justos. Por ende, es conveniente que el marco ecuatoriano de política de competencia promueva la interoperabilidad y portabilidad entre cuentas de pagos; además de incentivar la reducción de costos de cambios para la migración de los usuarios entre plataformas y una arquitectura de finanzas abiertas, mediante el uso de las API para contrarrestar las barreras estructurales y proteger la innovación tecnológica, sin perjudicar el bienestar económico y la libre competencia.

PALABRAS CLAVE

Big data; política de competencia; barreras de entrada; efectos de red; sistemas auxiliares de pago.

ABSTRACT

The interaction between big data and network effects within the framework of ancillary payment systems (APS) can act as barriers to entry and thus limit the entry of new players into the market, thereby consolidating the dominance of established operators and distorting effective competition. The research suggests that public policy must respond effectively to the unique challenges of the digital economy, thus specific adaptations are proposed to ensure that markets remain dynamic and fair. Therefore, it is convenient that Ecuador's competition policy framework promote interoperability and portability between payment accounts, as well as reduced switching costs for user migration between platforms and an open finance architecture through the use of APIs to counter structural barriers and protect technological innovation without harming economic welfare and free competition.

KEY WORDS

Big data; competition policy; barriers to entry; network effects; auxiliary payment systems

1. INTRODUCCIÓN

El futuro de las finanzas es digital¹. Por este motivo, los medios de pagos electrónicos ejercen un rol decisivo, dado que se adaptan a la vanguardia de la innovación y son un sustento de la economía digital². A raíz de esto, los sistemas auxiliares de pago (en adelante SAP) enfrentan desafíos al ser componentes esenciales de la infraestructura financiera. De acuerdo con el Banco Central del Ecuador, existen sesenta y tres entidades habilitadas para formar parte de los SAP³. Por lo expuesto, se evidencia un sector en crecimiento con una cantidad considerable de actores involucrados, lo que exige un análisis de las posibles nuevas interacciones en el mercado financiero ecuatoriano.

En un mundo interconectado y digitalizado existen herramientas que, si bien son de gran ayuda, pueden originar desafíos para las distintas plataformas. Así, el advenimiento de herramientas como el *big data*, o macrodatos, ha provocado una discusión sobre su percepción dentro del derecho de la competencia. En este contexto, el *big data* se refiere al amplio volumen de datos generados a través de transacciones y comportamientos de los usuarios en los SAP, de los cuales se puede realizar un procesamiento y análisis para obtener asociaciones, correlaciones y patrones, todo esto con el propósito de obtener un mejor entendimiento de los usuarios y la competencia⁴.

El impacto significativo detrás del *big data* reside en que su analítica puede ser muy ventajosa para los operadores económicos que desean tomar decisiones precisas y optimizar sus procesos, lo que genera beneficios para usuarios y empleados y también para todo el espectro de la economía digital⁵. No obstante, el funcionamiento de esta herramienta ha sido escasamente difundido, por lo que su conocimiento reside en un estrecho círculo de expertos⁶.

Para ahondar, los efectos de red asociados a los macrodatos se manifiestan en los SAP cuando el valor de la plataforma aumenta a medida que más usuarios

1 Comisión Europea, “European Commission: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on a Digital Finance Strategy for the EU” (2020), acceso el 13 de mayo de 2025, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020DC0591>

2 Ibid.

3 Banco Central del Ecuador, “Banco Central del Ecuador: Entidades autorizadas como partícipes de los sistemas auxiliares de pagos”, *Banco Central del Ecuador*, acceso el 13 de abril de 2024, https://www.bce.fin.ec/images/riesgos-operaciones/SAP_AUTORIZADOS_CATASTRO.pdf.

4 Geoffrey Parker, Marshall Van Alstyne, y Sangeet Paul Choudary, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy And How to Make Them Work for You* (Nueva York: W. W. Norton & Company, 2016).

5 Carmen Herrero, “Big Data and Antitrust Law”, *Revista Electrónica de Direito* 18, n.º. 1 (febrero de 2019): 5, https://doi.org/10.24840/2182-9845_2019-0001_0004.

6 Cristian Santesteban, y Shayne Longpre, “How Big Data Confers Market Power to Big Tech: Leveraging the Perspective of Data Science”, *The Antitrust Bulletin* 65, n.º. 3 (septiembre de 2020): 459-85.

la adoptan y comparten sus datos en esta⁷. Por ello, el objetivo del presente trabajo es examinar si el entrelazamiento del *big data* y los efectos de red pueden configurar una barrera estructural de entrada dentro del mercado de sistemas de pago auxiliares, limitando así la competencia efectiva y la innovación.

Asimismo, este trabajo busca responder las siguientes interrogantes: ¿constituye el *big data* una barrera de entrada? ¿Cómo puede el derecho de la competencia bajo la implementación de políticas públicas promover medidas orientadas a la remoción o disminución de barreras de entrada estructurales como los efectos de red asociados al *big data*? El trabajo propone un análisis exhaustivo de la naturaleza económica de los datos, tal como de las implicaciones que tienen los efectos de red dentro de las plataformas digitales multilaterales, en específico, los SAP. Del mismo modo, se examinan las repercusiones de estos factores en el entorno regulatorio del derecho de la competencia.

La metodología que se emplea es de enfoque deductivo, de modo que se realiza una revisión teórica y normativa para esclarecer el impacto de los macrodatos y los efectos de red en los SAP. Así, se logra ofrecer recomendaciones para la creación de políticas públicas que generen un entorno propicio para la innovación. Por consiguiente, esta investigación busca contribuir al diálogo académico sobre cómo la política pública puede y debe evolucionar para responder eficazmente a la coalescencia de la tecnología y el derecho de la competencia.

2. MARCO TEÓRICO

El enfoque legal respecto a la acumulación y el procesamiento de los macrodatos se encuentra direccionado a la protección de la privacidad, sin embargo, es importante considerar su perspectiva desde el derecho de la competencia⁸. Después de una década de la Cuarta Revolución Industrial, las innovaciones disruptivas son un recurso fundamental en la dinámica competitiva de la economía digital⁹, entre uno de sus pilares se encuentra el *big data*, o macrodatos. Por esta razón, el objetivo del presente artículo se enfoca en el análisis de si una herramienta, como los macrodatos, podrían significar una barrera de entrada dentro del contexto de los sistemas auxiliares de pago y sus economías de red.

Antes de ello, es preciso abordar cómo la academia ha delimitado a las barreras de entrada. Joseph Bain definió a las barreras de entrada como factores estructurales que conceden a los operadores tradicionales, a diferencia de los potenciales entrantes, la oportunidad de fijar precios de forma continua por

7 Michael Katz y Carl Shapiro, "Network Externalities, Competition, and Compatibility", *American Economic Review* 75, nº. 3 (junio de 1985): 424-40.

8 Maurice Stucke, y Allen Grunes, *Big Data and Competition Policy* (Oxford: Oxford University Press, 2016), 51.

9 OECD, *Hearing on Disruptive Innovation* (París: OECD Publishing, 2015), 3.

encima del nivel competitivo¹⁰. Vale recalcar que los efectos de red asociados a la economía digital serán tratados más adelante, dado que no son abordados dentro de la noción de Bain. Esto se debe a que su teoría se centró en industrias clásicas y consideró como barreras de entrada a las economías de escala que requieren grandes inversiones de capital y también a la diferenciación de productos y las ventajas absolutas de costes¹¹.

Por otro lado, George Stigler determinó que una barrera de entrada se define como los costos de producción en los que un nuevo operador económico debe incurrir para ingresar a un determinado mercado de actividad económica, a diferencia de aquellos competidores que ya se encuentran dentro de este y que no deben soportarlos¹². La referida definición es valiosa porque identifica que los operadores tradicionales pueden gozar de beneficios por encima del promedio y a largo plazo solo si logran mantener una ventaja sostenida frente a los potenciales entrantes.

No obstante, Franklin Fisher, sobre las barreras de entrada, introdujo la evaluación del bienestar social. De este modo explicó que una barrera de entrada es constituida cuando, a pesar de que el ingreso de un potencial competidor es socialmente beneficioso, este es impedido por algún motivo¹³. Por ello, Fisher es explícito al delimitar que “la pregunta correcta no es si existen barreras de entrada a la producción de una ratonera concreta, sino si existen barreras de entrada a la innovación en las ratoneras”¹⁴. La discusión avanza y se centra en cómo se debe atender la convergencia entre la innovación y el bienestar social dentro de la política de libre competencia.

En efecto, dos perspectivas se dilatan a partir de lo expuesto. Por un lado, una que observa al *big data* como una herramienta que por sí misma constituye una barrera de entrada; dicho de otro modo, cuando los operadores económicos utilizan esta herramienta, el acceso de otros competidores a un mercado específico es impedido.

Por otro lado, la segunda visión difiere de esta y es acuñada por Fisher, quien propone —a través de una óptica más general— que la existencia de las herramientas no son la raíz del problema, sino que se debe examinar si las oportunidades para entrar al mercado están siendo obstaculizadas¹⁵. Es decir, no es la innovación y sus herramientas *per se* las que generan el surgimiento de estas

10 Joseph Bain, *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries* (Cambridge: Harvard University Press, 1956), 3.

11 John Yun, “The Role of Big Data in Antitrust”, *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy* 7 (noviembre de 2010): 228, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3733677>.

12 George Stigler, *The Organization of Industry* (Chicago: The University of Chicago Press, 1968), 67.

13 Franklin Fisher, “Diagnosing Monopoly”, *Quarterly Review of Economics and Business* 19 (1979): 28.

14 *Ibid.*, 34 (traducción no oficial).

15 *Ibid.*

barreras, sino la forma en que los competidores les otorgan una aplicación y uso.

Asimismo, y como objeto de este estudio, el punto de interés se encauzará dentro de la segunda visión; esto es, analizar si ciertas prácticas y usos que devienen del *big data* provocan, restringen o distorsionan la libre competencia y la innovación. Además, evaluar si bajo la utilización de este insumo otros rivales son impedidos de acceder a los datos o competir dentro de un mercado relevante.

3. MARCO NORMATIVO

3.1. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ECUATORIANO: LA TECNOLOGÍA Y LA EFICIENCIA DE LOS MERCADOS

El neoconstitucionalismo en Ecuador trajo consigo la constitucionalización del ordenamiento jurídico¹⁶ y, a partir de ello, la Constitución de Montecristi se encargó de abordar múltiples esferas de derechos y garantías. De esta manera se reconoció el derecho a desarrollar actividades económicas¹⁷, además de la importancia de las políticas comerciales y económicas para dinamizar los mercados¹⁸, incentivar la producción, atesorar el conocimiento tecnológico¹⁹, además de evitar prácticas que perjudiquen las actividades de un comercio justo²⁰ y así promover la competencia basándose en las mismas oportunidades y condiciones²¹.

Adicionalmente, los artículos 334 y 339 de la Constitución del Ecuador son enfáticos en promover la innovación tecnológica y evitar las restricciones que surjan a su acceso²². De la mano, dichas disposiciones de rango constitucional son observadas dentro de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM) en la que, una vez más, se vela por el desarrollo tecnológico, el incentivo a la competitividad y la búsqueda de la eficiencia dentro de los mercados de esta categoría²³.

La regulación económica abarca distintos objetivos focalizados en un sistema económico estable y transparente junto a la búsqueda del progreso tecnológico. No obstante, la normativa ecuatoriana no consolida el camino específico

16 Riccardo Guastini, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en *Neoconstitucionalismo(s)*, ed. Miguel Carbonell Sánchez (Madrid: Trotta, 2009), 49.

17 Artículo 66.15, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

18 Artículo 304, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

19 Artículo 284, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

20 Artículo 304, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

21 Artículo 336, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

22 Artículos 334 y 339, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

23 Artículos 1 y 4, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [LORCPM]. R.O. Suplemento 555 del 13 de octubre de 2011.

que debe ocupar el derecho de la competencia para alcanzar los precitados fines.

Por ello, es necesario orientar a través de este estudio la práctica de un derecho de la competencia que observe los referidos propósitos y a la par los estándares de vanguardia en cuanto a la utilización de tecnología. En este contexto, también resulta indispensable incluir una consideración acerca de los SAP, cuya regulación debe fomentar una competencia saludable en miras a promover la innovación dentro del sistema financiero ecuatoriano.

3.2. LOS SISTEMAS AUXILIARES DE PAGOS Y EL *BIG DATA* EN EL MARCO DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

Una vez considerados los objetivos normativos del derecho de la competencia, se revisará la regulación referente a los SAP como un ejemplo de aquellos sectores donde la utilización del *big data* ostenta un papel relevante. La llegada de las nuevas tecnologías ha traído consigo que el sector financiero se adhiera a ellas para el ofrecimiento de sus servicios. Por ello, la legislación ecuatoriana se ha encargado durante los últimos años en regular algunas de estas prestaciones, en este caso, los medios de pago electrónicos operados por los SAP.

Para efectos de este estudio es relevante mencionar que el sistema nacional de pagos se encuentra conformado tanto por el sistema central de pagos como por los sistemas auxiliares de pagos²⁴. Es así que el Código Orgánico Monetario y Financiero (en adelante COMF) define a los SAP como “el conjunto de políticas, normas, instrumentos, procedimientos y servicios articulados y coordinados, públicos o privados, establecidos para efectuar transferencias de recursos, remesas de dinero o compensación entre sus distintos participantes”²⁵.

A partir de la Resolución JPRF-2023-014-M de la Junta de Política y Regulación Monetaria (en adelante JPRF, se estipularon los servicios que pueden prestar los partícipes de los SAP, que son agregación de pago, iniciación de pago, pasarela de pago, administración de billeteras electrónicas, *switch* transaccional, y remesas de dinero²⁶. Sucesivamente, se reconoció a los neobancos como entidades de servicios financieros tecnológicos que también pueden participar en los SAP²⁷.

Debido a la latente presencia de las soluciones tecnológicas y las herramientas

24 Artículo 103, Código Orgánico Monetario y Financiero [COMF], R.O. Suplemento 332 del 12 de septiembre de 2014.

25 Artículo 105, COMF.

26 Resolución JPRF-2023-014-M, Junta de Política y Regulación Monetaria [Por medio de la cual se establecieron los servicios que pueden ofrecer los partícipes de las SAP], R.O. 378 del 21 de agosto de 2023.

27 Artículo 21, Resolución JPRF-2023-014-M.

que acompañan a ellas, la JPRF introdujo dos conceptos elementales para el objeto de este trabajo. Primero, el *big data* es definido como:

Conjuntos grandes y complejos de datos que requieren métodos de procesamiento especializados para tareas como captura, almacenamiento, análisis y visualización. Se caracteriza por su alto volumen, velocidad, variedad y el requerimiento de tecnología innovadora para recopilar y analizar los datos²⁸.

En segundo lugar, la JPRF determinó que el *data analytics* es:

El procesamiento, depuración, transformación, y modelamiento de datos con el objetivo de descubrir patrones, tendencias, correlaciones e información estadísticamente significativa. El análisis de datos permite tomar decisiones informadas, identificar oportunidades de negocio, mejorar la eficiencia y obtener conocimientos de grandes volúmenes de datos²⁹.

El reconocimiento de los conceptos señalados evidencia la creciente popularidad de estas herramientas dentro del sector financiero. En particular, es necesario hacer referencia al mercado de pagos, el cual progresivamente se ha encargado de aprovechar la extensa cantidad de datos a la que logran acceder a través de sus usuarios, lo cual está cambiando el escenario de la competencia dentro de los servicios que ofrecen³⁰.

3.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS SAP Y LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

Para continuar, es indispensable recalcar que, en este análisis, los SAP serán presentados como un ejemplo de entre los múltiples sectores en donde el *big data* es un componente adyuvante para la dinámica de la economía digital. No obstante, aunque la LORCPM no prescribe el ámbito de aplicación directo para los SAP, es preciso observar que en su artículo 2 somete a todos los operadores económicos, sean públicos o privados, y aquellos que realicen actual o potencialmente actividades económicas³¹.

En consecuencia, el derecho de la competencia contempla los SAP. Aún más, bajo la aplicación del principio de la primacía de la realidad³², se faculta al órgano de control a abordar las actuaciones y conductas acorde a su realidad e impacto sobre la eficiencia de los mercados. En cuanto a la política de

28 Resolución JPRF-F-2023-076, Junta de Política y Regulación Monetaria, R.O. 402 del 22 de septiembre de 2023.

29 Artículo 1, literal a, Resolución JPRF-F-2023-076.

30 Sebastian Doerr et al., "Big Techs in Finance", *BIS Working Papers* n°. WP1129 (octubre de 2023), <https://www.bis.org/publ/work1129.htm>.

31 Artículo 2, LORCPM.

32 Artículo 3, LORCPM.

competencia, esta le corresponde tanto a la Función Ejecutiva como a la Junta de Regulación³³, reguladores sectoriales y otras entidades del sector público que sean competentes para producir regulación, en específico, cuando amerite su cooperación para el intercambio de información relevante³⁴. Vale hacer hincapié en que la política de competencia en Ecuador es entendida como una acción *ex ante* e intrínsecamente preventiva, dado que busca abogar y fomentar la competencia³⁵.

A su vez, el artículo 36 de la LORCPM prescribe que la Superintendencia de Competencia Económica (en adelante SCE) es el órgano competente y de control³⁶. A la misma le corresponde preservar las condiciones de los mercados, la eficiencia y la dinámica competitiva de los mismos. Entre varias de sus atribuciones, la SCE puede “promover medidas de control tendientes a la eliminación de barreras a la libre concurrencia al mercado”³⁷, así como “proponer la remoción de barreras de entrada a mercados, que excluyan o limiten la participación de operadores económicos”³⁸, además de expedir recomendaciones y asesorar a las entidades de la administración pública³⁹ para que estas también fomenten la competencia.

4. ESTADO DEL ARTE

Después de señalar las atribuciones de la SCE, vale indicar que en la economía digital está aflorando una creciente preocupación en cuanto a *big data*, dado que esta herramienta podría representar un impedimento al desenvolvimiento de una competencia efectiva⁴⁰.

Para proseguir, conviene subrayar que los SAP promueven una corriente en donde prevalece el uso innovador de los datos⁴¹, debido a su enfoque en tecnologías de vanguardia que optimizan la experiencia del usuario. Con el objetivo de esclarecer lo antedicho, se revisarán las posturas existentes frente a la aplicación de la política de competencia por parte de las agencias de control, así como las posiciones conforme al reconocimiento del *big data* como posible barrera de entrada.

33 Artículo 35, LORCPM.

34 Artículo 20, LORCPM.

35 Superintendencia Económica de Competencia, “Hablemos de competencia”, Superintendencia Económica de Competencia, acceso el 15 de marzo de 2024, <https://www.sce.gob.ec/sitio/hablemos-de-competencia-seccion/>.

36 Artículo 36, LORCPM.

37 Artículo 38.21, LORCPM.

38 Artículo 38.24, LORCPM.

39 Artículo 38, numerales 11 y 26, LORCPM.

40 Jason Furman et al., *Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel* (Londres: HM Treasury, 2019).

41 Simonetta Vezzoso, “Fintech, Access to Data, and the Role of Competition Policy”, en *Competition and Innovation*, ed. V. Bagnoli (São Paulo: Scortecci, 2018), 32.

Por una parte, el derecho de la competencia ortodoxo aboga por mantener el dinamismo de los mercados y su eficiencia, además del bienestar del consumidor⁴². En otras palabras, el propósito de dicha postura tradicional es preservar una competencia ya establecida⁴³. Por otra parte, las economías digitales han provocado que la doctrina formule otra posición en la que la política de competencia se adapte a la realidad actual de los operadores económicos que hacen uso intensivo de datos⁴⁴.

De la mano, Kennedy aporta que las compañías que utilizan macrodatos como una herramienta no son un limitante para la competencia, sino una fuente de innovación, por lo que la política de libre competencia debería adecuarse a un postulado ontológico. De forma que se incentive el progreso tecnológico⁴⁵ y no desemboque en limitaciones a la Cuarta Revolución Industrial. Por ende, bajo esta línea de análisis, se cree que la participación debe ser marginal por parte de las agencias de competencia⁴⁶. Esto es con el objetivo de preservar los efectos procompetitivos del *big data*, es decir, la comprensión que ofrece del mundo real y de quienes lo conforman.

Sin embargo, existen quienes consideran que las agencias de competencia deberían tener una participación más contundente alrededor de la implementación del *big data*⁴⁷, dado que existe la posibilidad de que aquel insumo permita la construcción de barreras de entrada⁴⁸. En específico, porque parte de la doctrina apunta a la complejidad que representa la recopilación de datos a través de *software* sofisticados, como también el almacenamiento, el análisis y el uso de estos⁴⁹.

Además, la acumulación de macrodatos puede representar un reto para disminuir los costos de cambio⁵⁰ para los usuarios, promoviendo así la concurrencia de efectos de red. Por este motivo, los usuarios que cuentan con sus datos y preferencias almacenadas en una plataforma probablemente no se encuentren incentivados en cambiar de ecosistema porque podrían experimentar las siguientes implicaciones: perder la información o incluso tener que nuevamente

42 Robert Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (Chicago: Free Press, 1993).

43 Oliver Budzinski y Maryam Beigi, "Generating Instead of Protecting Competition", en *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions*, eds. Michal Gal et al. (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015), 188.

44 Joe Kennedy, "The Myth of Data Monopoly: Why Antitrust Concerns about Data Are Overblown", *Information Technology and Innovation Foundation* (marzo de 2017), acceso el 13 de mayo de 2025, <https://itif.org/publications/2017/03/06/myth-data-monopoly-why-antitrust-concerns-about-data-are-overblown/>.

45 Ibid.

46 Germán Bacca, "El papel que desempeñan los regímenes de competencia y de protección de datos personales en la era del big data", en *El ecosistema digital y las autoridades de regulación de los sectores audiovisual y TIC*, dir. Edgar González López (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017), 436.

47 Joshua Gans, "Enhancing Competition with Data and Identity Portability", *The Hamilton Project* (2018), 8, https://www.hamiltonproject.org/assets/files/Gans_PB_0608.pdf.

48 Grunes Stucke, *Big Data and Competition Policy* (Oxford: Oxford University Press, 2016).

49 Daniel Rubinfeld, y Michal Gal, "Access Barriers to Big Data", *Arizona Law Review* 339 (2016), <https://arizonalawreview.org/pdf/59-2/59arizrev339.pdf>.

50 Jacques Crémer, *Competition Policy for the Digital Era* (Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2019), 47-8.

registrarla en otro SAP.

Si bien el *big data* es un fenómeno reciente, es necesario considerar que una intervención por parte de una política de competencia que no examine en profundidad las circunstancias y el contexto particular de cuándo este uso es incorporado puede significar un marchitamiento precipitado⁵¹ de la presente herramienta. Una vez revisadas las posturas referentes a la aplicación de la política de competencia en torno al *big data*, el siguiente acápite examinará a profundidad los preceptos básicos de este concepto.

5. EL *BIG DATA*: UNA HERRAMIENTA DE ACTUALIDAD

Previo al análisis de los posibles desafíos que promete el *big data* en cuanto producción de barreras de entrada, es pertinente armonizar los criterios de acuerdo con su definición, usos y características principales. La primera razón por la cual el *big data* es un concepto controvertido se debe a que no existe un consenso en cuanto a su definición.

Sin embargo, resulta oportuno rescatar la interpretación que ha adoptado tanto la Autorité de la Concurrence como la Bundeskartellamt, que se refiere al *big data* como cantidades masivas de datos que varían en su tipología y, por tanto, son generadas y analizadas a gran velocidad a partir de distintas fuentes, lo que requiere de una gestión y análisis complejo a través de procesadores y algoritmos avanzados⁵².

Conviene considerar que, cuando una cantidad exuberante de datos se encuentra estructurada, puede ayudar a potenciar los productos y servicios pre-establecidos. También permite crear nuevas soluciones⁵³ atractivas acorde a las preferencias de los usuarios. Para profundizar, es oportuno describir las características de los macrodatos, que están conformadas por tres V⁵⁴.

El volumen es su primer atributo, este alude al vasto número de datos que se elaboran por segundo⁵⁵. Aquella inmensurable cantidad de datos es recogida, almacenada y analizada con el objetivo de alcanzar las tendencias de actualidad. Como segunda característica se encuentra la velocidad. Para hablar de *big*

51 Roisin Comerford, y Daniel Sokol, "Does Antitrust Have a Role in Regulating Big Data?", en *Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech*, eds. Roger D. Blair y D. Daniel Sokol (Cambridge: Cambridge University Press, 2016).

52 Autorité de la Concurrence, y Bundeskartellamt, "Competition Law & Data" (2016), 4, acceso el 15 de marzo de 2024, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publication-File&cv=2.

53 Adina Claici, "Big data y política de la competencia", *Papeles de Economía Española*, n.º. 157 (2018): 253-5.

54 Ibid.

55 Ibid.

data es necesario que el procesamiento de los datos se integre rápidamente⁵⁶, tal como estos fluyen en el mercado. Su último atributo es la variedad, que se refiere a la amplia gama de datos que son obtenidos⁵⁷ y aprovechados para el análisis actual de la competencia y necesidades del consumidor.

En sí lo que hace atractivo al *big data* es que gracias a sus particularidades tiene la capacidad de abstraer patrones que logran contribuir en la generación de predicciones⁵⁸. Por ello, la exploración que se realiza a través de los datos permite crear correlaciones y causalidades, lo que aproxima a los operadores económicos a tomar decisiones más fiables. De forma que la información es trascendental para competir⁵⁹. En consonancia con lo explicado, dentro de los SAP, el *big data* y el *data analytics* resulta esencial para evaluar la solvencia y el comportamiento crediticio de los usuarios, así como los riesgos de fraude⁶⁰.

De igual forma, aquellas herramientas pueden ayudar a mejorar la eficiencia de los servicios, por ejemplo, al facilitar pagos expeditos y seguros o al proporcionar la información necesaria para la implementación de un producto que logre satisfacer una necesidad financiera no resuelta. Como afirma un artículo de *Harvard Business Review*, el *big data* indudablemente tiene el potencial de transformar a las compañías al momento de adoptar decisiones e implementarlas⁶¹.

5.1 LA NATURALEZA DEL *BIG DATA* Y SU RELEVANCIA EN LA LIBRE COMPETENCIA

El segundo motivo por el cual el *big data* ha sido un punto de discusión reside en que *The Economist* lo ha comparado con el petróleo e incluso lo coloca como el insumo más relevante del presente y el futuro en la economía digital⁶². Antes de cuestionar aquel enunciado, es elemental destacar que la información que recabe el *big data* ha despertado el interés dentro del ámbito económico-legal, puesto que de este activo económico complejo emergen varias aristas.

Si bien la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en

56 Ibid.

57 Ibid.

58 Viktor Mayer-Schönberger, y Kenneth Cukier, "Big data: la revolución de los datos masivos", *Revista de Ciencias Sociales* 9 (2018): 189-94.

59 Bruno Lasserre, y Andreas Mundt, "Competition Law and Big Data: The Enforcer's View", *Italian Antitrust Review*, no. 1 (2017): 90, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Fachartikel/Competition_Law_and_Big_Data_The_enforcers_view.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

60 Frederic Boissay et al., "Big Techs in Finance: On the New Nexus Between Data Privacy and Competition", *BIS Working Papers*, n.º. 970 (octubre de 2021): 4.

61 Andrew McAfee, y Erik Brynjolfsson, "Big Data: The Management Revolution", *Harvard Business Review* (2012), <https://hbr.org/2012/10/big-data-the-management-revolution>.

62 The Economist, "The World's Most Valuable Resource Is No Longer Oil, but Data", *The Economist* (mayo de 2017), <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.

adelante OECD) afirmó que el *big data* es un activo económico estratégico y con capacidad de crear ventajas competitivas e impulsar la innovación⁶³, existen diversas opiniones al respecto. Por ello, la precitada comparación es importante para describir la naturaleza de los macrodatos.

Ahora bien, el petróleo es un recurso finito, consumible y agotable, en otras palabras, una vez que es extraído del subsuelo solo puede ser utilizado una vez, mientras que, los datos son infinitos y los mismos pueden ser aprovechados múltiples veces para distintos fines⁶⁴. No obstante, debido a la constante generación de datos que ocurre en la internet, estos pierden su valor rápidamente⁶⁵, de forma que, la obtención de datos actuales será más valiosa que la adquisición de aquellos que no correspondan a las tendencias del momento. A partir de ello, Darren Tucker y Hill Wellford afirman que el 70% de los datos no estructurados quedan obsoletos después de 90 días⁶⁶.

Para proseguir, el petróleo cuando es utilizado por un operador económico su cantidad disponible disminuye al ser un recurso rival y, además, es posible precautelar que quienes no dispongan del derecho de explotación de un yacimiento no lo aprovechen debido a su naturaleza exclusiva. Por otro lado, se podría plantear que los datos no tienen rivalidad ni son exclusivos⁶⁷, esto quiere decir que, a pesar de que un operador económico utilice una serie de datos, no habrá limitaciones en cuanto a su disponibilidad, cantidad y acceso para el aprovechamiento de este recurso por parte de otros competidores.

Como ejemplo, si una red social tiene conocimiento de ciertos datos personales de una persona, otra red social probablemente también podrá saberlo y acceder a ellos. Esto es un reflejo de la omnipresencia y no exclusividad de los datos⁶⁸, los cuales en la mayoría de ocasiones son fácilmente esparcidos a través de las transacciones y las publicaciones que efectúan las personas dentro de la web. En el caso de los SAP, los usuarios pueden elegir registrarse en varios de ellos, lo que se traduce en *multi-homing*⁶⁹. Esto puede facilitar la propagación de datos entre varios operadores económicos.

En otro orden de ideas, es refutable la postura de que los datos no son exclusivos ni rivales, ya que la existencia de tecnologías como la encriptación puede

63 OECD, *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being* (París: OECD Publishing, 2015), 10, <https://doi.org/10.1787/9789264229358-en>.

64 Wolfgang Hoffmann-Riem, *Big data: desafíos también para el derecho* (Madrid: Thomson Reuters, 2018), 41.

65 Nils-Peter Schepp, y Achim Wambach, "On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment", *Journal of European Competition Law and Practice* 7 (2016): 120-4.

66 Darren Tucker, y Hill Wellford, "Big Mistakes Regarding Big Data", en *The Antitrust Source* (diciembre de 2014): 1-11, https://www.morganlewis.com/-/media/antitrustsource_bigmistakesregardingbigdata_december2014.ashx.

67 Claiçi, "Big data y política de la competencia", 257.

68 Björn Lundqvist, "An Access and Transfer Right to Data: From A Competition Law Perspective", *Oxford Journal of Antitrust Enforcement* 11 (junio de 2023), 58, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnac017>.

69 Garima Gupta, "Does 'Big Data' Provide a Competitive Advantage to Firms: An Antitrust Analysis", *Asian Journal of Business Ethics* 11, n.º. 6 (noviembre de 2022): 426, <https://doi.org/10.1007/s13520-022-001159-w>.

ser incorporada con el objetivo de proteger la privacidad de los usuarios, y además, limitar la obtención de ciertos datos a otros competidores⁷⁰. Por lo tanto, aunque muchas veces el big data puede ser clasificado como un bien público, es decir, no excluible y no rival, al aplicar las tecnologías precisadas, este puede ser considerado como un bien privado dentro del ámbito económico⁷¹.

Para especificar, la capacidad de ciertos operadores económicos para excluir a otros competidores de varios tipos de datos relevantes para un mercado hace que estos se conviertan en un recurso controlado y limitado, por el cual múltiples empresas competirán. Entonces, cuando un bien cumple tanto con el elemento de rivalidad como de exclusividad estos pueden ser clasificados como bienes privados de la economía. De la mano, Frigerio defiende la idea anterior en la cual los datos deben ser salvaguardados no solo por el derecho a la privacidad, sino también porque constituyen un bien económico⁷².

Asimismo, el big data al igual que el petróleo puede ser “refinado” a través de herramientas como el data analytics, el cual se refiere al proceso en el cual se analizan y examinan datos con el fin de responder interrogantes, identificar tendencias y abstraer correlaciones⁷³. De este modo, se producen datos estructurados⁷⁴, clasificados y despojados de imprecisiones. Por resultado, también se debe considerar al Data Analytics como un factor primordial que ha conllevado al aumento del valor del *big data*⁷⁵.

Así, a través del *big data* y su respectivo análisis es posible alcanzar información tanto descriptiva como predictiva⁷⁶ pero, sobre todo, exclusiva, permitiendo así aumentar el bienestar económico de quienes puedan llegar a ella⁷⁷. De modo que, los datos y el conocimiento que otorgan se convierte en un activo estratégico y valioso en muchos de los casos⁷⁸.

Los datos tienen importancia competitiva, por eso muchas empresas optan por incurrir en gastos considerables para mantenerlos bajo su protección con el simple objetivo de sostener las ventajas competitivas que estos otorgan al

70 Sam Jewler, “Mission Creep-y: Google Is Quietly Becoming One of the Nation’s Most Powerful Political Forces While Expanding Its Information-Collection Empire”, *Public Citizen*, acceso el 20 de marzo de 2024, <https://www.citizen.org/documents/Google-Political-Spending-Mission-Creepy.pdf>.

71 Catalina Frigerio, “Mecanismos de regulación de datos personales: una mirada desde el análisis económico del derecho”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 7 (2018): 45-80.

72 Ibid.

73 Harvard Business Online, “A Beginners Guide to Data & Analytics”, *Harvard Business Online*, acceso el 20 de marzo de 2024, <https://online.hbs.edu/Documents/a-beginners-guide-to-data-and-analytics.pdf>.

74 Autorité de la Concurrence, y Bundeskartellamt, “Competition Law & Data”, 6.

75 Stucke y Grunes, *Big Data and Competition Policy*, 15.

76 Rubinfeld y Gal, “Access Barriers to Big data”, 342-3.

77 Ibid.

78 OECD, “Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being”, 322.

verter estudios de la dinámica del mercado⁷⁹. En vista de ello, a pesar de que muchas veces se generalice que los datos no tienen rivalidad ni exclusividad, en la práctica los operadores económicos no están dispuestos a compartir sus datos⁸⁰ a menos que exista una disposición legal.

Esto está estrechamente relacionado con lo estudiado por parte de McKinsey and Company, que llegó a la siguiente conclusión: el *big data* es una estrategia clave para muchos operadores económicos que buscan superar a sus pares e incluso para aumentar su rendimiento económico en un 60 %⁸¹. Por ello, también afirman que el *big data* es clave para la competencia, por lo que el competidor que no desarrolle sus capacidades en torno a esta herramienta se quedará atrás⁸².

Como se ha demostrado en este apartado, el *big data* puede ser un activo empresarial valioso⁸³, para esto es importante observar que la OECD ha manifestado que el valor de los datos no puede ser visto como absoluto, sino más bien como relativo a su cantidad y al uso que el operador económico haya planificado⁸⁴. Por ende, la política de competencia no puede dar por sentado que los datos carecen de valor o que son extremadamente valiosos, aquello dependerá del contexto y de cómo las empresas los utilicen⁸⁵.

6. EL *BIG DATA*, LOS EFECTOS DE RED Y LOS SAP

Tras haber analizado las múltiples aristas que devienen de la naturaleza del *big data* y su intrincado valor dentro del panorama económico, resulta esencial estudiar las posibles barreras de entrada que pueden exhibir los macrodatos dentro del contexto de los SAP. Para esto, cabe señalar que hoy en día las grandes empresas de tecnología logran obtener beneficios a partir de varias ventajas competitivas, entre ellas el uso intensivo de los datos de los usuarios y los efectos de red⁸⁶. Ambos factores son clave para que los operadores económicos se puedan convertir en actores dominantes de los servicios financieros digitales⁸⁷.

Para indagar sobre lo dicho, cabe delimitar que los efectos de red son aquellos

79 Ibid.

80 Stucke y Grunes, "Big data and Competition Policy", 8.

81 James Manyika, Michael Chui, Brad Brown, Jacques Bughin, Richard Dobbs, Charles Roxburgh, y Angela Hung Byers, "Big Data: The Next Frontier for Innovation, Competition, and Productivity", *McKinsey Global Institute* (mayo de 2011): 6-13.

82 Ibid.

83 Geoffrey Manne, y Dirk Auer, "Antitrust Dystopia and Antitrust Nostalgia: Alarmist Theories of Harm in Digital Markets and Their Origins", *George Mason Law Review* 28, n.º. 4 (2021), <https://ssrn.com/abstract=3920305>.

84 OECD, "Data-Driven Innovation: Big data for Growth and Well-Being", 132.

85 Ron Berman, y Ayelet Israeli, "The Value of Descriptive Analytics: Evidence from Online Retailers", *Harvard Business School Working Paper* 21, n.º. 67 (2020): 31-3.

86 John Gallagher, y Yu-Ming Wang, "Understanding Network Effects in Software Markets: Evidence from Web Server Pricing", *Management Information Systems Quarterly* 26 (diciembre de 2002), 303-27.

87 Ibid.

que se caracterizan por elevar el valor de un producto o servicio de una plataforma digital conforme más personas interactúen y contribuyan con sus datos en la referida red⁸⁸. De acuerdo con el Banco de Pagos Internacionales, los efectos de red son significativos en los SAP, donde también el valor de la red aumenta o decrece dependiendo de la cantidad de usuarios registrados⁸⁹.

Además, los efectos de red pueden clasificarse en directos o indirectos⁹⁰. Los efectos directos son externalidades en las que el valor de un producto o servicio dependerá directamente de la cantidad de personas que lo utilicen⁹¹. En el caso de los SAP, los efectos directos se observarán como el valor que un usuario experimenta de la plataforma, lo cual está vinculado con la cantidad de comerciantes y usuarios con los que pueda efectuar transacciones de pago.

Para continuar, los efectos indirectos representan la utilidad que se adquiere indirectamente de que otros usuarios también utilicen la plataforma⁹². Para ejemplificar, dentro de los SAP, los efectos indirectos se evidencian a través de la capacidad del sistema auxiliar de ser el centro neurálgico para la integración de servicios o productos a través de una API, creando la posibilidad de efectuar diversas transacciones.

Ahora bien, Stucke y Grunes afirman que, mientras más datos aporten los usuarios, los operadores económicos podrán mejorar sus servicios o productos volviéndolos mucho más atractivos para otros usuarios indecisos⁹³. Siguiendo esta lógica, los efectos de red estiman una correlación positiva entre el valor de una plataforma y la cantidad de personas que proporcionan datos al mencionado ecosistema⁹⁴. Así, las economías de red permiten pronosticar los flujos de ingresos futuros de una empresa, como también el valor agregado por cada usuario nuevo⁹⁵.

Sucesivamente, múltiples académicos consideran que los efectos de red producen dificultades en donde los competidores entrantes se ven impedidos de atraer usuarios debido a que los agentes económicos ya establecidos cuentan con una base extensa de ellos⁹⁶, resultando en una ventaja competitiva⁹⁷ y en la exclusión de otros potenciales competidores⁹⁸. En consecuencia, se puede

88 OECD, "Policy Roundtable on Barriers to Entry" (París: OECD Publishing, 2005), 42.

89 Boissay et al., "Big Techs in Finance: On the New Nexus Between Data Privacy and Competition", 3.

90 Michael Katz, y Carl Shapiro, "Network Externalities, Competition, and Compatibility", *The American Economic Review* 75 (1985): 424-40.

91 Ibid.

92 Ibid.

93 Stucke y Grunes, "Big Data and Competition Policy", 336.

94 Ioannis Lianos, y Damien Geradin, *Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019).

95 Katz y Shapiro, "Network Externalities, Competition, and Compatibility", 424-40.

96 Ibid.

97 Florian Zettelmeyer, "The Economics of Big Data and Personal Information", (presentación web en Federal Trade Commission, sesión 2, 6 de noviembre de 2018), <https://www.ftc.gov/media/71282>.

98 Stucke y Grunes, "Big Data and Competition Policy", 162.

interpretar, a partir de esta postura, que —una vez que el mercado se ha inclinado en favor de un agente económico— será desafiante la expansión del resto de competidores.

Las economías financieras digitales, debido a sus característicos efectos de red, exhiben economías de escala y alcance. Por un lado, las economías de escala tienen lugar cuando el nivel de producción se torna directamente proporcional al incremento del número y calidad de datos de los usuarios sin incurrir en costos extras⁹⁹. De modo que el *big data* tiene la capacidad de instaurar un bucle de retroalimentación, que se caracteriza por la extensa recopilación de datos cada vez que un usuario se adhiere a la plataforma¹⁰⁰.

El objetivo detrás del bucle yace en comprender la actividad de los clientes y solventar sus necesidades. Para autores como Inge Graef, lo descrito puede ser crucial para alcanzar el éxito competitivo¹⁰¹. A modo de ilustración, los SAP se pueden beneficiar de las economías de escala a partir de la cantidad de usuarios que ejecutan transacciones en su plataforma, por lo que el costo de dicha transacción podrá disminuir y ser más competitiva en el mercado.

Por otra parte, las economías de alcance permiten utilizar el *big data* proveniente de los usuarios para ampliar los servicios y productos¹⁰² que se ofrecen al público. Es así como los SAP sacan provecho de las economías de alcance cuando estas plataformas adhieren servicios extras a partir del análisis recabado a través de los macrodatos. Al hacerlo, estos sistemas de pagos tienen la oportunidad de expandir su catálogo de servicios financieros.

6.1 EL *BIG DATA* ASOCIADO A LOS EFECTOS DE RED COMO UNA POSIBLE BARRERA ESTRUCTURAL EN LOS SAP

Una vez estudiados los efectos de red, sus clasificaciones e implicaciones, vale mencionar que estos suelen ser característicos de una economía digital. Por ende, los efectos de red asociados a datos considerados como activos económico-estratégicos podrían constituir una barrera de entrada estructural en diversos mercados¹⁰³, como también en los SAP¹⁰⁴. Esto se debe a que los efectos de

99 Massimiliano Nuccio, y Marco Guerzoni, “Big Data: Hell or Heaven? Digital Platforms and Market Power in the Data-Driven Economy”, *Competition & Change* 23 (2018): 312-28.

100 Andres Lerner, “The Role of ‘Big Data’ in Online Platform Competition” (Agosto de 2014), 19, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2482780>.

101 Inge Graef, “Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms”, *World Competition: Law and Economics Review* 38, n.º. 4 (septiembre de 2015): 484, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2657732>.

102 Santesteban y Longpre, “How Big Data Confers Market Power to Big Tech”, 459-85.

103 Javiera Sepúlveda, “Convergencia de la protección de datos y la libre competencia en la economía digital”, *CentroCompetencia* (2023), 5, <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2023/08/Convergencia-de-la-proteccion-de-datos-y-la-libre-competencia-en-la-economia-digital.pdf>.

104 Jane Kaufman, “Clash of the Titans: Regulating the Competition between Established and Emerging Electronic Payment Systems”, *Berkeley Technology Law Journal* 14 (1999): 675.

red surgen naturalmente de las plataformas digitales multilaterales¹⁰⁵.

Si bien en la mayoría de casos los datos son imitables y no raros, para incidir en un mercado relevante es elemental que la analítica de *big data* provenga de fuentes particulares¹⁰⁶. De forma similar, en la actualidad, los servicios tecnológicos de pagos han superado los efectos de red que antes ostentaban las tarjetas bancarias, por lo que han creado efectos de red más robustos que los sistemas de pago tradicionales¹⁰⁷. Esta amplificación de los efectos de red se ha reforzado en los SAP debido a sus plataformas accesibles y seguras en torno al comercio digital, lo cual facilita reclutar la confianza de los usuarios.

Entonces, cuando estas plataformas acaparan a la mayoría de los usuarios, el acceso a los datos se ve limitado por los efectos de red. Así, los actores que deseen sumarse al mercado digital enfrentarán una brecha de datos. Por ende, mientras no exista un acceso constante a los datos, no se podrá efectuar un cambio en la inclinación del mercado, lo que provocará la probable exclusión de nuevos competidores¹⁰⁸. Por ende, la OECDE corrobora que los macrodatos pueden favorecer la concentración y la dominancia en los mercados digitales y, de esta manera, el ganador lo obtiene todo¹⁰⁹.

Para culminar esta sección, vale recalcar que, bajo esta óptica, una vez que se implanta un ecosistema cautivo, las plataformas pueden explotar su poder de mercado sustancial junto a los efectos de red para incidir en los costos de cambio del usuario y, con ello, desalentar e inhibir la entrada de potenciales competidores y, finalmente, fortalecer su permanencia¹¹⁰. A partir de esta noción, los nuevos participantes del mercado de sistemas de pagos deberán observar la acumulación y el análisis de varias bases de datos para ser competitivos. De lo contrario, al no obtener el acceso a un volumen considerable de macrodatos, los actores entrantes podrán enfrentar inconvenientes para igualar el atractivo de los operadores económicos ya establecidos.

105 OECDE, "Network Effects and Efficiencies in Multisided Markets" (París: OECDE Publishing, 2017), 4.

106 Maurice Stucke, y Allen Grunes, "Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust", *CPI Antitrust Chronicle* 276 (mayo de 2015): 2, <https://ssrn.com/abstract=2612562>.

107 Hanying Qi, Keng Yang, y Weijia Wang, "Does Fintech Change the Market Power of Traditional Banks in China?", *Journal of Business Economics and Management* 23 (2022): 1060-83.

108 Unilateral Conduct Working Group, "Survey Report on Substantial Market Power in Digital Market", *International Competition Network* (2020), 1-38, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/07/UCWG-Report-on-dominance-in-digital-markets.pdf>.

109 OECDE, "Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being", 7.

110 Boissay et al., "Big Techs in Finance", 10.

6.2 DISCUSIÓN

Cabe realizar algunos cuestionamientos a ciertos planteamientos previos. Para esto se debe tomar en cuenta que, a pesar de la relativa juventud de Internet, toda *startup* tecnológica que ha logrado alcanzar popularidad y notoriedad dentro de su mercado relevante, en algún punto de sus inicios no contaba con efectos de red. Por ejemplo, en el ámbito de las redes sociales se puede observar que tanto MySpace como Hi5 fueron superadas por Facebook¹¹¹.

La idea planteada sugiere que los efectos de red no son necesariamente permanentes, inalterables e inquebrantables. Por tanto, un operador económico podría entrar a un mercado y tarde o temprano ser dominante en este a través de estrategias innovadoras, como mejorar la experiencia de los usuarios para así retenerlos con éxito. Incluso cuando otros competidores posicionados mantienen una ventaja competitiva.

Es crucial subrayar que es mucho más conveniente tener acceso a una cantidad masiva de datos que a ninguno; no obstante, para Yun, los efectos de red impulsados por los datos solo deberían considerarse como un elemento que busca promover la calidad¹¹². Un ejemplo es el algoritmo de Google denominado PageRank, el cual —junto con la ayuda del *big data*— logró superar a Yahoo Search¹¹³, líder anterior del mercado de búsquedas.

Si bien, al hacer referencia a los SAP, no existe por el momento un caso que sea equiparable como el de las redes sociales, se debe tomar en cuenta que la innovación es un elemento esencial. Hoy en día, los SAP y otros servicios financieros similares, como PayPal, han conseguido con éxito superar y satisfacer necesidades que los sistemas de pago tradicionales no lograron atender. Por ejemplo, los requisitos de seguridad, la privacidad, la funcionalidad y la oportunidad de realizar transacciones con otros ecosistemas en la web. Por ende, cuando un servicio o producto es innovador, cuenta con la facilidad de que los usuarios lo prefieran a pesar de los efectos de red¹¹⁴.

Para ahondar, la Comisión Europea concluyó que los efectos de red alimentados por datos no constituyen una barrera de entrada insuperable en cuanto a las aplicaciones de mensajes de texto¹¹⁵. Sin embargo, dicha entidad constató que aquel presupuesto solo es aplicable dentro del mercado relevante que fue

111 Daniel Sokol, y Roisin Comerford, “Antitrust and Regulating Big Data”, *The George Mason Law Review* 23 (2016): 1149, https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?params=/context/facultypub/article/1817/&path_info=antitrust_and_regulating_big_data.pdf.

112 John Yun, “The Role of Big Data in Antitrust”, *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy* 7 (2020): 225.

113 Sergey Brin, y Lawrence Page, “The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine”, *Computer Networks & ISDN Systems* 30 (1998): 109.

114 Sokol y Comerford, “Antitrust and Regulating Big Data”, 1149.

115 Comisión Europea, IP/14/1088, Mergers: Commission Approves Acquisition of WhatsApp by Facebook, 3 de octubre de 2014, 1-3.

específicamente analizado, por lo que no debe ser empleado en otros casos.

Cabe mencionar que la Comisión Europea, para llegar a la mencionada decisión, observó que las aplicaciones de mensajes de texto cuentan con bajos costos de cambio, por lo que —a pesar de encontrarse permeadas por efectos de red— no incurrir en una barrera de entrada infatigable¹¹⁶, a diferencia de los SAP, en los que los costos de cambio son elevados, además de estar presentes¹¹⁷. En consecuencia, cuando los efectos de red y los costos de cambio son altos, es posible que los competidores entrantes enfrenten barreras de entrada mucho más consolidadas¹¹⁸.

Según lo expuesto se presentan dos posturas. La primera defiende y solicita una mayor atención por parte de las agencias y su política de competencia cuando se hace alusión al *big data* y los efectos de red que este exhibe, en específico, por el levantamiento de barreras de entrada¹¹⁹. La segunda prefiere una intervención limitada por parte de las autoridades de competencia y sus políticas, dado que el *big data* también trae consigo efectos procompetitivos e innovación¹²⁰. Dentro del siguiente acápite se examinará la importancia de investigar en profundidad los mercados relevantes en concordancia con su contexto, realidad y condiciones, todo esto con el objetivo de una elaboración adecuada de la política de competencia.

7. MERCADO RELEVANTE

Previo a la imposición de políticas públicas, remedios o medidas de control¹²¹, es fundamental que la SCE, dentro de sus procesos de investigación, delimite el mercado relevante alrededor de los SAP, de modo que se establezcan las presiones competitivas a las que está atado el servicio o producto que se estudie y el lugar donde ocurre la competencia efectiva¹²². Para ello, se deberán tomar en cuenta las siguientes proyecciones: la geográfica, la temporal y la de producto¹²³.

Siguiendo esto se podrá definir la cuota de mercado, sin embargo, no será suficiente para determinar si existe dominancia. Esto se debe a que también es importante conocer la estructura del mercado por medio de la demarcación

116 Ibid.

117 Claire Matthews, "Switching Costs in Banking: The Regulatory Response", *Department of Economic and Finance, Massey University* (2009), 1, https://www.researchgate.net/publication/228790340_Switching_Costs_in_Banking_The_Regulatory_Response.

118 Stucke y Grunes, "Big Data and Competition Policy", 275.

119 OECD, "Hearing on Big Data", *OECD* (2016), 5.

120 Lerner, "The Role of Big Data in Online Platform Competition", 19-20.

121 Artículo 38.21, LORCPM.

122 Asunto C457/10 P, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, 6 de diciembre de 2012.

123 Artículo 5, LORCPM.

de los sustitutos¹²⁴, la oferta y, en ello, las barreras de entrada existentes. Adicionalmente, la SCE deberá responder algunas interrogantes, como las siguientes: ¿son replicables los datos? ¿De qué fuentes se obtienen los datos? ¿Cuánto tiempo debe transcurrir aproximadamente para que los datos queden en desuso? ¿Cuántos datos requiere un operador económico entrante para competir efectivamente?¹²⁵.

El derecho de la competencia otorga la posibilidad de establecer políticas públicas para afrontar la dominancia y que esta no se torne abusiva. Además, a través de estos mecanismos jurídicos, el aparataje del Estado puede aminorar los defectos del mercado. Sin embargo, es pertinente mencionar que la dominancia es el resultado deseado por todo operador económico, pero cuando este llega a excesos también puede producir abusos y también el fenómeno de peso muerto. En otras palabras, minimizar el bienestar y la eficiencia.

Para esto, es valioso recalcar que la economía de pagos ha ganado progresivamente importancia dentro de la cotidianeidad al encontrarse inmersa en un sinnúmero de actividades¹²⁶. En especial por el crecimiento y reconocimiento de las soluciones tecnológicas en torno a los SAP como plataformas multilaterales¹²⁷.

Si bien el análisis de la competencia se remite a un mercado relevante delimitado, es propicio aconsejar que la SCE persiga una investigación minuciosa tanto del mercado de los SAP como de aquellos cercanos. Esto se debe a que los ecosistemas multilaterales sirven a varios tipos de clientes vinculados, por lo que los efectos competitivos pueden no limitarse al mercado relevante específico¹²⁸.

En síntesis, es primordial que la SCE sea precisa al definir el mercado relevante bajo estudio, particularmente para velar por la validez de sus resoluciones y que estas no sean declaradas nulas, pero también porque varios mercados pueden verse perjudicados por una medida de competencia que no se remita a un análisis integral de la interacción de los datos y los efectos de red asociados a ellos. Aún más, porque al declararse la nulidad de la resolución, no se podrán aplicar las medidas observadas por la agencia para remediar los efectos negativos investigados.

124 Comisión Europea, "Commission Staff Working Document: Evaluation of the Commission Notice on the Definition of Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law of 9 December 1997", Comisión Europea (2021), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021SC0199>.

125 Rastislav Funta, "Economic and Legal Features of Digital Markets", *Economics and Social Issues Review* 10 (2019): 173-83.

126 Charles Kahn, y William Roberds, "Why Pay? An Introduction to Payments Economics", *Journal of Financial Intermediation* 18, n.º 1 (2009): 1-23, <https://doi.org/10.1016/j.jfi.2008.09.001>.

127 Ecuador Ministerio de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, "Guía institucional: Activación del servicio de pago en línea" (2020), acceso el 13 de mayo de 2025, <https://www.gob.ec/sites/default/files/2021-08/1%20Guia%20Institucional%20Pago%20en%20Linea%20GOBEC%20Agosto2021.pdf>.

128 David Evans, y Richard Schmalensee, "The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses", *National Bureau of Economic Research*, Working Paper n.º. 18783 (2013): 17-20, <https://www.nber.org/papers/w18783>.

8. POLÍTICA DE COMPETENCIA Y RECOMENDACIONES

A continuación, este apartado proveerá recomendaciones para aliviar la barrera de entrada estructural que causan los efectos de red asociados a los datos en cuanto a los SAP, garantizando del mismo modo la debida atención a la libre competencia y al bienestar de los usuarios. Con base en lo anterior, la Función Ejecutiva y la Junta de Regulación en conjunto con la SCE y en observancia de sus atribuciones prescritas en la LORCPM¹²⁹ deberán cooperar con las demás autoridades para trazar una política de competencia *ex ante* que tome en cuenta la preservación de incentivos para que los operadores económicos puedan competir e innovar.

Aun cuando los economistas y abogados no llegan a un consenso sobre la política pública relacionada con el rol de los macrodatos en la libre competencia —por el hecho de que persiste un debate alrededor de sus características económicas— se debe proponer una postura que busque la utilización de datos, pero desde un enfoque de innovación y bienestar para los usuarios. Sobre todo porque los operadores económicos entrantes deberían encontrarse incentivados en ingresar al mercado financiero. Por ello, el impacto negativo que provocan los efectos de red puede verse agravado por los altos costos de cambio y la ausencia portabilidad e interoperabilidad¹³⁰.

A fin de proseguir, los costos de cambio son visibles cuando un usuario tiene muchos datos almacenados en una plataforma, por lo que migrar a otro operador rival implica un costo representativo¹³¹. Por ejemplo, dentro de los SAP, si un usuario ha registrado una cantidad considerable de personas con quienes efectúa transacciones, es posible que no esté dispuesto a otorgarle una oportunidad a una nueva plataforma y trasladar manualmente toda la información. Por lo tanto, los costos de cambio pueden sostener los efectos de red y acentuar la barrera de entrada estructural.

Es así como se debe promover una política de competencia que impulse la implementación de interfaces de aplicaciones, API. El Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital de España define a las API como un mecanismo que facilita el intercambio de datos entre plataformas¹³². Entonces, al poder transferir los datos que usualmente son difíciles de trasladar se podrá reducir los costos de cambio y se estimulará, a través de las API, la interoperabilidad siempre que se efectúen operaciones cruzadas de forma satisfactoria entre plataformas. De este modo, los usuarios no se verán atrapados por un

129 Artículo 38.21, LORCPM.

130 John Yun, "The Role of Big Data in Antitrust", *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy* 7 (2010): 241.

131 Rubinfeld y Gal, "Access Barriers to Big Data", 364.

132 España Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública, "Guía práctica para la publicación de datos abiertos usando API", *Ministerio para la Transformación Digital y de la Función Pública* (25 de junio de 2020).

proveedor de servicios de pagos en específico¹³³. Por consiguiente, el usuario podrá conservar y mantener la portabilidad de sus datos independientemente del SAP que este prefiera.

Si bien la Ley Fintech prescribe que en un plazo de ocho años las entidades del sistema financiero de Ecuador se adecuarán a la banca abierta, no se establecen los parámetros en torno a la referida disposición transitoria¹³⁴. Este cambio de paradigma supone la transición a un modelo transparente en el que los usuarios dispongan autónomamente de sus datos¹³⁵. Lo descrito favorece la competencia e innovación¹³⁶ dentro del mercado de los SAP debido a que los operadores económicos estarán obligados a buscar estrategias nuevas para acaparar más usuarios y, también, aplicar *data analytics* para procesar los macrodatos que serán de fácil acceso.

En primer lugar, es precisa la eliminación de procesos burocráticos y diligencias que desincentivan a los usuarios a tomar la decisión de cambiar a otra plataforma. Esto se debe a que los costos de cambio no son solo de índole dineraria, sino también psicológicos¹³⁷. Una opción puede ser descartar los numerosos formularios o las cartas para enunciar las preferencias del servicio solicitado al nuevo proveedor. Bajo esta premisa, si los usuarios tienen la facilidad de movilizar sus datos sin procesos engorrosos, se evitará que se sientan desmotivados previo a tomar las acciones correspondientes para iniciar el cambio de plataforma.

En cuanto a las API, se deberá impulsar una política pública que promueva diseños de fácil entendimiento para los usuarios. En otras palabras, es importante procurar que las API no conlleven un arduo aprendizaje e incertidumbre en cuanto a su funcionamiento¹³⁸. También sería oportuna la fijación de parámetros base para mejorar la compatibilidad entre plataformas. En este sentido, se reducirá el desconocimiento y la indecisión de los usuarios en torno a probar nuevas opciones que ofrece el mercado, lo cual es muy común en el sector financiero¹³⁹.

La propuesta anterior buscará disuadir a los operadores económicos que

133 Steve Satterfield, "Driving Innovation in Data Portability with a New Photo Transfer Tool", *Meta* (2 de diciembre de 2019), <https://about.fb.com/news/2019/12/data-portability-photo-transfer-tool>.

134 Disposición Transitoria Primera, Ley para el Desarrollo de Servicios Financieros Tecnológicos [Ley Fintech]. R. O. Suplemento 215 del 22 de diciembre de 2022.

135 Diego Herrera et al., *Open Finance in Latin America and the Caribbean: Great Opportunities, Large Challenges*. (Washington D. C.: Banco Interamericano de Desarrollo, 2023), 20. <https://publications.iadb.org/en/publications/english/viewer/Open-Finance-in-Latin-America-and-the-Caribbean-Great-Opportunities-Large-Challenges.pdf>.

136 Dmitry Gershenson et al., "Fintech and Financial Inclusion in Latin America and the Caribbean", *IMF Working Paper*, n°. 2021/221 (2021): 48.

137 Thomas Burnham, Judy Frels, y Vijay Mahajan, "Consumer Switching Costs: A Typology, Antecedents, and Consequences", *Journal of the Academy of Marketing Science* 31 (2003): 109-26.

138 Paul Klemperer, "Competition when Consumers Have Switching Costs: An Overview", *Review of Economic Studies* 62, n°. 4 (octubre de 1995): 536, <https://doi.org/10.2307/2298075>.

139 Claire, "Switching Costs in Banking", 1.

toman como estrategia la adecuación de infraestructuras tecnológicas que no son compatibles e interoperables con otras del mercado bajo el objetivo de impedir la entrada de otros operadores.

A menos que exista una patente de por medio¹⁴⁰. No obstante, es radicalmente crucial que la señalada medida asegure que las diversas plataformas de SAP puedan coexistir, mas no ser relativamente iguales. De lo contrario, resultará en consecuencias desfavorables para la innovación de los SAP precisamente porque los competidores no se esforzarán por brindar un valor agregado dentro de sus plataformas y tampoco los usuarios podrán identificar variedad en los servicios financieros ofrecidos, lo que dificulta la reducción de los efectos de red ya establecidos.

Ahora bien, la aplicación de las finanzas abiertas se halla en sus etapas iniciales dentro de países como Brasil y Colombia. Por un lado, Brasil ha optado por la interoperabilidad obligatoria, mientras que Colombia —a través de la Superintendencia de Industria y Comercio— ha comenzado los estudios referentes a la remoción efectiva de las barreras asociadas al acceso a datos en el sistema financiero, todo aquello mediante la implementación de las finanzas abiertas¹⁴¹.

Para que Ecuador se aproxime a la aplicación de las finanzas abiertas, es necesario escoger la base de legitimación adecuada para compartir los datos personales de los usuarios. En otras palabras, es aconsejable que desde el primer momento cada entidad participante suscriba dentro de su contrato de servicios tanto la utilización de los datos necesarios para la prestación de los servicios pactados como la facultad de transferirlos cuando el cliente decida migrar a otro sistema auxiliar de pagos. Por ende, la base de legitimación ideal para el progresivo avance de este proyecto es la contractual¹⁴².

De la mano, es elemental aprovechar el reconocimiento del derecho a la portabilidad que se encuentra prescrito en la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, el cual se refiere a que los datos de los titulares deberán ser proporcionados por parte del responsable en un formato compatible e interoperable¹⁴³. Con este derecho se podrá agilizar el traslado de los datos y empoderar a los usuarios en tomar mayor control sobre su información y llevarla consigo sin que esta pierda su funcionalidad.

Por lo tanto, a través de la promoción de una arquitectura interoperable que facilite la experiencia del usuario y la portabilidad de sus datos, se podrán

140 Massimo Motta, *Política de competencia: Teoría y práctica* (Ciudad de México: Fondo Económico de Cultura, 2018), 118.

141 Filipe Da Silva, *La regulación ex ante de la competencia en la era digital* (Santiago de Chile: CEPAL, 2022), 26.

142 Artículo 18.2, Ley Orgánica de Protección de Datos Personales [LOPD]. R.O. Suplemento 459 del 26 de enero de 2021.

143 Artículo 17, LOPDP.

contrarrestar los efectos de red asociados a estos. En particular porque los usuarios no deberán acumular desde cero su información dentro de una plataforma, pero también porque se reducen los costos de cambio al poder incentivar a nuevos operadores económicos en competir con quienes ya cuentan con una posición dentro del mercado de los SAP.

Como último punto, dentro de la banca abierta la política pública deberá desarrollar la regulación en torno a la tipología de datos abiertos, recogida en el artículo 19.3 de la Ley Fintech, es decir, aquellos datos de fácil acceso para el público en Internet¹⁴⁴. Para lo cual es imprescindible que los SAP cuenten con información pública y el *big data* que les permita, a través de herramientas como *data analytics*, competir ferozmente. Así se abrirá el acceso a macrodatos referentes a productos y servicios financieros, tasas y tarifas, canales de servicios, información respecto al registro y operaciones de los clientes, y también al acceso a los datos pertinentes para la prestación de servicios auxiliares de pagos¹⁴⁵.

Si bien en Ecuador se espera que en ocho años las finanzas abiertas cobren mayor importancia, es relevante guiar su aplicación bajo incentivos e innovación que eliminen barreras de entrada estructurales, como los efectos de red ligados al *big data*, los cuales se originan en plataformas digitales multilaterales, entre ellas, los SAP.

Por ende, al compartir información bajo el consentimiento de los usuarios, se podrá democratizar el acceso a los datos y fomentar la competencia, puesto que los competidores se verán inmersos en una lucha por generar soluciones que satisfagan las necesidades de los usuarios dentro del sistema financiero ecuatoriano. Dicho esto, se podría estimular un mercado dinámico e innovador que favorezca a los usuarios en la toma de decisiones libres e independientes para que, sin restricciones, puedan optar por la plataforma más conveniente o que más méritos signifique, de forma que se aminorarán los efectos de red presentes en los SAP. A continuación se procederá con la conclusión con relación a este trabajo investigativo.

9. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo fue fundamental realizar un análisis económico sobre el *big data* y los efectos de red dentro del contexto de los SAP, para desarrollar respuestas efectivas en el ámbito jurídico. Al constatar la dinámica del mercado financiero digital actual se revela que el *big data* asociado a los efectos de red puede actuar como doble filo: por un lado, impulsa la innovación y la

¹⁴⁴ Artículo 19.3, Ley Fintech.

¹⁴⁵ Inter-American Development Bank, *Open Finance in Latin America and the Caribbean*, 74.

eficiencia de los mercados a medida que aumenta el número de usuarios; por otro, puede constituir una barrera de entrada que distorsione la competencia y favorezca a operadores económicos ya establecidos.

No obstante, el presente estudio revela que no son propiamente las herramientas tecnológicas las que constituyen las barreras de entrada, sino el modo específico en que los competidores aplican estas herramientas.

A su vez, también se ha expuesto que el valor de los macrodatos no es proporcional a su volumen, sino al tratamiento y procesamiento que se les dé en determinadas circunstancias, por ende, el *big data* tiene la capacidad de convertirse en un activo estratégico que estimule la creación de ventajas competitivas y el desarrollo de la innovación dependiendo de cómo se planifique su uso.

Además, el *big data* asociado a los efectos de red juega un papel significativo en la esfera de los SAP, donde el valor de la red varía con la cantidad de usuarios que interactúan en ella, lo que puede traducirse en una desventaja para los nuevos competidores, de modo que resulta complejo atraer usuarios y establecerse en el mercado. De acuerdo con lo analizado, el marco de la política de competencia debe evolucionar e indagar la realidad y también las condiciones actuales que acontecen dentro del sistema nacional de pagos ecuatoriano, garantizando una regulación que cumpla una función adecuada y que no merme u obstaculice innecesariamente en un futuro la innovación tecnológica dentro del mercado.

Por ende, la evidencia sugiere que, para mantener un escenario competitivo, las recomendaciones en cuanto a la creación de políticas públicas deben prever que los macrodatos también sean accesibles para nuevos competidores. De esta manera, la intervención por parte de las autoridades debe atender con anticipación una estructura de datos abiertos, el uso de las API, al igual que promover portabilidad, interoperabilidad y los bajos costos de cambio entre las cuentas de pago de los usuarios.


Todo aquello con el objetivo de mejorar la experiencia de los usuarios, quienes podrán transferir sus datos financieros de un operador económico a otro sin procesos engorrosos o penalizaciones que acentúen los efectos de red, por lo que se estimulará un ambiente competitivo estratégico que constantemente esté a puertas de la vanguardia.





HE
KA


Orientados a la obtención de resultados



 Heka

 @heka.ecuador

 www.heka.com.ec

 Edificio MOKAI, Paul Rivet
N30-54, Piso 7











Spingarn



Baquerizo Moreno y José Tamayo
Edificio Torres del Castillo, piso 7 oficina 707

 Spingarn
 Spingarn
 spingarn.ec

 +593 2 223 9245
 +593 2 255 4473
 Info@spingarn.ec

Escanée y accede a
nuestra información



EQUITY

CORPORATE LAW & TECHNOLOGY



Built for business. Powered by
tech. Driven by law.

De las cuestiones no sometidas a arbitraje: ¿nulidad por competencia o por incongruencia?

Issues Not Submitted to Arbitration: Nullity for Jurisdiction or for Inconsistency?

GABRIEL FRANCISCO CAMPOVERDE SANI*
GALO FERNANDO GAIBOR BARRAGÁN**

Recibido / Received: 22/01/2025

Aceptado / Accepted: 06/04/2025

DOI: <https://doi.org/10.18272/pexddk73>

Citación:

Camposverde, Gabriel y Gaibor Galo F. “De las cuestiones no sometidas al arbitraje: ¿nulidad por competencia o por incongruencia?” *USFQ Law Review* vol. 12, n.º. 1. (mayo de 2025): <https://doi.org/10.18272/pexddk73>.

* VAC Abogados, Asociado del área de resolución de conflictos y derecho empresarial, Quito 170504, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: gabrielc371@hotmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0007-6729-7004>.

** Universidad de Cincinnati, estudiante del programa LLM en derecho empresarial, Cincinnati 45221, Ohio, Estados Unidos. Correo electrónico: fernandogaiborbarr@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0006-3398-719X>.

RESUMEN

El artículo aborda la acción de nulidad de los laudos arbitrales con base en la causal d), del artículo 31, de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, específicamente en su primera disposición. Esta causal se refiere a las “cuestiones no sometidas a arbitraje” y ha generado controversia debido a la falta de claridad en su alcance. Algunos consideran que permite la revisión de la competencia del tribunal arbitral, mientras que otros la interpretan como una causal limitada a vicios de incongruencia. La discusión se complica por la disparidad de sentencias emitidas por el presidente de la Corte Provincial de Pichincha entre 2017 y 2024, lo que ha llevado a una falta de homogeneización en los fallos. Esta situación resalta la necesidad de un análisis más preciso sobre el alcance de la causal en cuestión, llegando a la conclusión de que únicamente busca atacar a los vicios de incongruencia.

PALABRAS CLAVE

Nulidad; laudo arbitral; extra petita; competencia; incongruencia

ABSTRACT

This article addresses the action for annulment of arbitral awards based on section d, of article 31, of Ecuador's Arbitration and Mediation Law, specifically its first provision. This section refers to "matters not submitted to arbitration" and has sparked controversy due to ambiguity regarding its scope. Some interpret it as enabling the review of the arbitral tribunal's jurisdiction, whereas others view it as a section limited exclusively to flaws arising from incongruence. The debate is further complicated by the disparity of rulings issued by the President of the Provincial Court of Pichincha between 2017 and 2024, which has resulted in a lack of uniformity in judicial decisions. This situation underscores the need for a more precise analysis regarding the scope of this annulment section, concluding ultimately that it should be understood as addressing solely issues related to incongruence defects.

KEYWORDS

Annulment; arbitral award; extra petita; jurisdiction; incongruence

1. INTRODUCCIÓN

La acción de nulidad es un mecanismo que, bien administrado, se consolida como un medio efectivo de tutela de los derechos, en especial el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa¹. Por esta razón, es de suma importancia que exista claridad sobre su aplicación y los límites de las causales por las cuales se puede invocar esta acción.

No obstante, desde la doctrina y la jurisprudencia, ha existido una amplia discusión acerca de una de las causales del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM), el literal d. Esta causal engloba dos escenarios que son (i) de las cuestiones no sometidas al arbitraje y (ii) que se conceda más allá de lo reclamado. El presente artículo pretende enfocarse principalmente en el primer supuesto, dado que el panorama de su aplicación no ha sido del todo nítido en las cortes ecuatorianas.

Para el efecto se analizará (1) cómo se maneja la acción de nulidad en Ecuador de manera general; (2) la problemática que trae la causal d), del artículo 31, de la LAM, exponiendo cómo se ha interpretado doctrinaria y jurisprudencialmente²; (3) se mostrarán los respectivos hallazgos de los análisis cuantitativos y cualitativos, además de los problemas que se han encontrado alrededor de la causal mencionada entre los años 2017 y 2024 sobre las decisiones del presidente de la Corte Provincial de Justicia Pichincha (en adelante CPJP); y, finalmente, (4) se determinará si la causal relativa a las cuestiones no sometidas al arbitraje es una forma de analizar la competencia o si se refiere únicamente a los vicios de incongruencia del laudo arbitral.

2. UN BREVE ANÁLISIS DE LA ACCIÓN DE NULIDAD EN ECUADOR

La acción de nulidad en Ecuador es uno de los pocos medios de impugnación autónomos que otorga la ley en contra de decisiones jurisdiccionales³. Estos se caracterizan por romper con la unidad del proceso, pues son tramitados en un procedimiento independiente al principal y no se recurren frente a un juez superior⁴.

1 Xavier Andrade Cadena et. al, “Veinticuatro años de la acción de nulidad de laudos: un análisis empírico”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, no. 12 (diciembre de 2021): 139, <https://doi.org/10.36649/rea1205>.

2 En el análisis jurisprudencial se ha optado por utilizar un método analítico crítico, con un enfoque mixto, tanto cualitativo como cuantitativo. Se empleó un modo dogmático jurídico y una técnica de investigación basada en el análisis documental.

3 En Ecuador los medios autónomos de impugnación son la nulidad de sentencia, la nulidad de laudo arbitral o la acción ordinaria que puede iniciar el deudor vencido en un procedimiento ejecutivo. Ver Juan Francisco Guerrero, *El agotamiento de recursos previo a la acción extraordinaria de protección: ¿Un presupuesto material o procesal?* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2017), 22.

4 Ibid.

La acción de nulidad, tal como la conocemos hoy, nace de las reformas hechas a la LAM del año 2005. Posterior a estas reformas, en la comunidad jurídica existió un largo debate acerca de cómo los jueces debían conocer la nulidad de laudo, si a través de un recurso o de una acción.

Actualmente existen varias razones por las cuales se debe considerar a esta institución procesal como una acción:

1. De primera mano, la misma LAM se refiere a la nulidad como una acción y no como un recurso.
2. En el artículo 30 de la LAM se prohíbe la interposición de recursos verticales en contra del laudo arbitral.
3. La revisión que puede hacer el presidente de la corte provincial se basa en las causales taxativas de nulidad de la LAM, sin posibilidad de revisar el fondo del asunto.
4. No puede considerarse un recurso vertical, debido a que los presidentes de cortes provinciales no son un órgano jerárquicamente superior a los tribunales arbitrales.
5. Las partes contratantes renunciaron a la justicia ordinaria, absteniéndose de que la administración de justicia tenga la facultad de resolver recursos.
6. Para la resolución de controversias en el arbitraje se cuenta con una única instancia⁵.

Al ser un medio de impugnación excepcional, la procedencia de la acción de nulidad está limitada a enmarcarse en alguna de las cinco causales taxativas que se encuentran establecidas en el artículo 31 de la LAM⁶, que son las siguientes: (a) falta de citación legal que haya impedido que el demandado haga valer sus derechos, cuando el procedimiento termine en rebeldía, (b) falta de notificación de las providencias del tribunal que limite el derecho a la defensa, (c) omisión en la convocatoria o en la práctica de pruebas necesarias, (d) resolver sobre cuestiones no sometidas a arbitraje o más allá de lo pedido y (e) violación del procedimiento para designar árbitros o conformar el tribunal arbitral⁷.

Ahora, las reglas procedimentales para la tramitación de la acción de nulidad son la siguientes: como primer punto, esta acción debe dirigirse ante la corte provincial del lugar donde se emitió el laudo y se propone ante el propio tribunal arbitral⁸. Según Oswaldo Santos, el único rol que tiene el tribunal

5 Fausto Albuja, "La acción de nulidad de un laudo arbitral: ¿un proceso de conocimiento?", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, no. 6 (octubre de 2015): 273, <https://doi.org/10.36649/rea611>.

6 Las causales de impugnación del artículo 31 de la LAM están orientadas a subsanar vicios *in procedendo*, mas no los vicios *in iudicando*, como se puede hacer con el recurso extraordinario de casación.

7 Artículo 31, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R.O. n°. 417, 14 de diciembre de 2006.

8 Rómulo García Sosa, "Nulidades en el proceso y en el laudo arbitral", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, no. 4 (septiembre de 2013): 146, <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/rea/article/view/3573/4106>.

arbitral en este procedimiento es verificar si se propuso la acción de nulidad en el término de diez días y, posteriormente, remitir, dentro de los tres días hábiles siguientes, el expediente y el medio de impugnación a la respectiva corte provincial de justicia⁹.

Como segunda cuestión procedimental, la corte provincial está obligada a resolver la acción de nulidad en el término de treinta días. Esta norma resulta de difícil aplicación en la práctica, toda vez que (i) el proceso de citación a la parte demandada puede demorarse y (ii) al ser el presidente de la corte provincial el único juez competente para resolver la acción de nulidad, este tiene una carga procesal alta que dificulta la resolución de las acciones en este término. Incluso la primera razón expuesta podría dar a entender que el tiempo de treinta días resulta un posible atentado contra el derecho a la defensa en su componente de notificación¹⁰.

Como tercer punto procesal, se ha discutido en la academia el trámite por el cual se debe sustanciar la acción de nulidad. Fausto Albuja ha expuesto que la acción de nulidad se gestiona a través de un trámite especial y sumario. El tipo de procedimiento que debe seguir este medio de impugnación ha sido un tema de amplia discusión¹¹. El marco jurídico no contempla el tipo de procedimiento por el cual se debe sustanciar la acción de nulidad, ni en la LAM ni en el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP). Ahora, la Resolución n.º. 08-2017 de la Corte Nacional de Justicia (en adelante CNJ) ha contemplado reglas procedimentales del trámite, estableciendo que el mecanismo de impugnación se resuelva en audiencia única. Consecuentemente, se entiende que la naturaleza es de un trámite sumario¹².

Es relevante mencionar que, antes de la emisión de la Resolución de la CNJ, existía la situación sobre la interposición de un recurso de casación en contra de la decisión del presidente de la corte provincial respecto a la acción de nulidad de laudo arbitral. No obstante, dicha situación fue resuelta toda vez que la CNJ aclaró, en el artículo 4 del referido pronunciamiento, que no existe recurso alguno en contra de la decisión del presidente de la corte provincial al resolver la acción de nulidad, exceptuándose la ampliación y la aclaración¹³.

Cabe señalar que el tema relativo a si las causales de nulidad son taxativas fue, en algún momento, objeto de debate. Sin embargo, hoy se considera resuelto,

9 Oswaldo Santos, "La acción de nulidad de los laudos arbitrales", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, no. 8 (noviembre de 2017): 411, <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/rea/issue/view/262>. Ver Corte Nacional de Justicia, Resolución 08-2017: Reglas Para el Trámite de la Acción de Nulidad de Laudo Arbitral, R.O. 983, 12 de abril de 2017.

10 Sentencia no. 1298-17-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, p. 7.

11 Albuja, "La acción de nulidad de un laudo arbitral", 282.

12 Reglas Para el Trámite de la Acción de Nulidad de Laudo Arbitral, Resolución no. 08-2017, Corte Nacional de Justicia, 12 de abril del 2017.

13 La Corte Constitucional fue enfática y ratificó la imposibilidad de impugnar la decisión de nulidad del laudo arbitral, mediante recurso de casación. Ver Sentencia no. 1394-19-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, p. 7.

ya que no es posible interponer una acción de nulidad del laudo arbitral por razones distintas a las expresamente establecidas en el artículo 31 de la LAM, según lo señalado por la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante Corte Constitucional o CCE).

En la sentencia n°. 31-14-EP/19 se indicó que la taxatividad de las causales se debe a que:

1. En atención al derecho a la seguridad jurídica, la ley debe establecer expresamente los motivos por los que una autoridad judicial puede nulitar una decisión con carácter de cosa juzgada.
2. Al ser la nulidad del laudo una sanción, la infracción por la que se nulite debe estar en la ley, en atención al principio de legalidad y proporcionalidad en ámbito sancionador.
3. Con respeto al reconocimiento constitucional del arbitraje como medio alternativo a la justicia ordinaria, así como a la autonomía de la voluntad de las partes, y al mínimo control judicial¹⁴.

Ahora, el presente artículo se centrará en el análisis de la causal d) de la LAM, relacionada con las cuestiones no sometidas al arbitraje, con el fin de examinar el alcance de dicha causal y determinar si se trata de un vicio *in procedendo* exclusivamente o si es una cuestión que podría afectar la competencia del tribunal arbitral desde una perspectiva material.

3. ANÁLISIS DE LA CAUSAL DE NULIDAD POR CUESTIONES NO SOMETIDAS AL ARBITRAJE: EL LITERAL D), DEL ARTÍCULO 31, DE LA LAM

El motivo de impugnación establecido en el literal d, del artículo 31, de la LAM contempla dos supuestos por los cuales se puede pedir la nulidad de un laudo: (i) cuando el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje y (ii) en el evento que la decisión arbitral haya concedido más allá de lo reclamado. Como se mencionó anteriormente, estas opciones son taxativas debido al carácter extraordinario de la acción de nulidad, así como para respetar el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje¹⁵. Si bien esta causal es corta y a primeras luces fácil de interpretar, la misma ha generado debate y problemáticas en cuanto a su aplicación en la práctica arbitral.

Para determinar el problema de aplicación y hallar una solución, se analizará

¹⁴ Sentencia no. 31-14-EP/19, Corte Constitucional del Ecuador, p. 13. Dicho pronunciamiento se ha marcado como una línea jurisprudencial sólida recogida en sentencias no. 521-16-EP/21 y no. 2520-18-EP/23.

¹⁵ Santos, "La acción de nulidad de los laudos arbitrales", 402.

cómo la doctrina y la jurisprudencia han abordado esta causal de nulidad en específico. De esto se desprenderá que, si bien existe un debate doctrinario e inconsistencias jurisprudenciales para determinar a qué se refiere esta causal, la misma hace alusión únicamente a los vicios de incongruencia, conforme establecen los últimos fallos de la Corte Constitucional.

3.1 ANÁLISIS DOCTRINARIO

En la doctrina, Oswaldo Santos ha tratado la referida causal de nulidad analizándola a partir de los dos vicios *in procedendo ut supra*. Las cuestiones no sometidas al arbitraje han sido abordadas como una posibilidad de revisión de la competencia *ratione voluntatis*, es decir, el límite que las partes han dado al convenio arbitral. No obstante, si bien se ha planteado que la voluntad como límite de la competencia es una cuestión que puede ser revisada en la acción de nulidad, todavía hay dudas si la arbitrabilidad objetiva también se encuentra cubierta por dicha causa¹⁶.

Respecto a las cuestiones no sometidas al arbitraje, como supuesto de que el laudo conceda más allá de lo reclamado, se estableció que este motivo recae en los vicios de incongruencia *extra* y *ultra petita*, que han sido abordados por la doctrina procesal de manera amplia. Por lo anterior, dichos vicios tienden a referirse únicamente a defectos de carácter *in procedendo*, en los cuales podría incurrir una sentencia o laudo arbitral. Al respecto, Santiago Andrade Ubidia ha dicho lo siguiente: “constituye *ultra petita* cuando hay exceso porque se resuelve más de lo pedido. En cambio, cuando se decide sobre los puntos que no han sido objeto del litigio, el vicio de actividad será de *extra petita*”¹⁷. Esta discusión también ha sido abordada por Xavier Andrade Cadena y otros, negando la posibilidad de revisar la competencia a través de la acción de nulidad de laudo¹⁸.

En virtud del referido análisis doctrinal, se desprende que podrían existir dos vicios dentro de la causal d), del artículo 31, de la LAM: (i) uno que analiza la competencia del tribunal arbitral y (ii) otro que se refiere exclusivamente a los vicios *ultra petita* y *extra petita*. No obstante, es claro que la doctrina debate sobre aquello.

3.2 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Preliminarmente, a pesar de que la jurisprudencia de la CPJP se va a analizar

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ricardo Hernández González, *El procedimiento ejecutivo y su sistema de excepciones tasadas establecido en el Código Orgánico General de Procesos* (Quito: Ediciones Legales, 2021), 17.

¹⁸ Para más información ver Andrade Cadena et. al, “Veinticuatro años de la acción de nulidad de laudos”, 143.

con mayor profundidad en el capítulo ulterior, es menester indicar que la presidencia de dicho órgano jurisdiccional suele incurrir en una contradicción al analizar el primer supuesto de la causal de nulidad del literal d), del artículo 31, de la LAM, conforme se demostrará en la siguiente sección. Dicho análisis resultará de extrema relevancia, toda vez que la autoridad competente para resolver la acción de nulidad de los laudos arbitrales es la presidencia de la corte provincial y con ello se entenderá qué corriente se está eligiendo desde la óptica pragmática.

En el año 2021, la Corte Constitucional, en la sentencia n°. 2813-17-EP/21, mencionó que el literal d de la acción de nulidad de laudo arbitral puede activarse por dos supuestos: (i) cuando se traten cuestiones no sometidas al arbitraje y que no estuvieron contempladas en el convenio arbitral y (ii) cuando conceda más allá de lo reclamado¹⁹. En esta sentencia se menciona que los presupuestos se refieren “parcialmente” a los vicios *extra* y *ultra petita* y, por otro lado, a la posibilidad de una revisión de competencia²⁰. No obstante, la misma Corte Constitucional ha cambiado su criterio respecto a la revisión de competencia toda vez que en la sentencia n°. 2520-18-EP/23 establece que únicamente se pueden revisar los vicios de incongruencia a través de la causal d), mas no analizar la arbitrabilidad²¹.

Por lo anterior, de los análisis doctrinarios y jurisprudenciales se puede determinar claramente que la frase “conceder más allá de lo reclamado” se refiere inequívocamente al vicio *ultra petita*. Sin embargo, la frase relativa a las “cuestiones no sometidas al arbitraje” genera una duda respecto a si únicamente se puede analizar como un vicio *extra petita* o si es posible analizar la competencia del tribunal arbitral a partir de este motivo de impugnación. No es sorpresa que, en la práctica de acciones de nulidad con respecto al literal d, muchas personas interpretan la ley hacia una posible incompetencia del árbitro o tribunal por incurrir en una falta de arbitrabilidad incluso en cuestiones materiales. Sin embargo, este análisis es errado, atentando en contra de varios principios del arbitraje, como el *kompetenz-kompetenz*²².

Para identificar pragmáticamente cuál es la corriente que utiliza la autoridad competente, se ha analizado un importante número de sentencias dictadas en procedimientos de acción de nulidad sustanciadas en la provincia de Pichincha, desde inicios del año 2017 hasta finales del año 2024. Se identificará cómo el presidente de la CPJP ha abordado la referida causal de nulidad del laudo arbitral identificando los problemas teóricos y prácticos que se presentan en el mundo jurídico ecuatoriano contemporáneo.

19 Sentencia no. 2813-17-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, p. 5.

20 Id.

21 Sentencia no. 2520-18-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, p. 15.

22 Sentencia no. 2342-18-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, p. 7.

4. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LA PRESIDENCIA DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DESDE 2017 HASTA 2024

A fin de observar el muestreo señalado anteriormente, la presente sección abordará un análisis cuantitativo en función del número de acciones de nulidad de laudo arbitral presentadas entre 2017 y 2024, con el objetivo de identificar el porcentaje de acciones que se han presentado por la causal referente a las cuestiones no sometidas al arbitraje y su porcentaje de aceptación por parte del presidente de la CPJP.

Posteriormente, una vez establecidos los parámetros cuantitativos de la investigación, se procederá a analizar cualitativamente la postura del órgano judicial competente respecto a las “cuestiones no sometidas al arbitraje”, así como el enfoque adoptado en las acciones presentadas basadas en la falta de competencia del tribunal arbitral y en vicios de incongruencia.

4.1. ANÁLISIS CUANTITATIVO

El análisis cuantitativo, entre los años 2017 y 2024, se define en los siguientes criterios: (i) totalidad de acciones de nulidad presentadas, (ii) acciones de nulidad fundamentadas bajo la causal d) y (iii) índice porcentual de acciones de nulidad aceptadas por la CPJP. Dicho análisis se realizó bajo la revisión del sistema de causas públicas hasta el 15 de enero de 2025.

En total se presentaron 210 acciones de nulidad durante el marco de temporalidad referido. La distribución de estas acciones de nulidad se dio de la siguiente manera:

Acciones de nulidad propuestas entre 2017 a 2024 en función de la causal d)

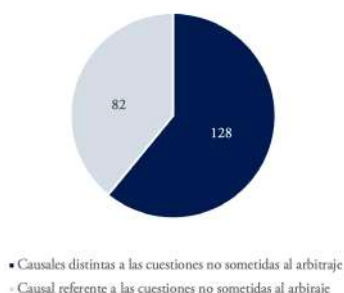


Figura 1. Acciones de nulidad propuestas entre 2017 y 2024 en función de la causal d)²³

²³ Elaboración propia a partir de datos obtenidos del E-SATJE. Las 210 acciones de nulidad analizadas fueron identificadas mediante la revisión de causas registradas en el Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (E-SATJE), correspondientes al período 2017-2024.

De lo visto anteriormente se desprende que las 210 acciones fueron presentadas ante la CPJP y 82 fueron fundamentadas bajo la causal de cuestiones no sometidas al arbitraje o que el tribunal haya concedido más allá de lo reclamado. Respecto a aquellas, el rango de aceptación de las acciones de nulidad por dicha causal ha sido variable conforme se establece a continuación.

Acciones de nulidad propuestas por la causal d), del artículo 31, de la LAM		
Año	Acciones aceptadas	Acciones negadas
2017	1	18
2018	3	11
2019	1	4
2020	4	10
2021	3	9
2022	4	10
2023	2	0
2024	0	2
Total	18	62

Tabla 1. Acciones de nulidad propuestas por la causal d), del artículo 31, de la LAM²⁴

Por último, es necesario comprender el porcentaje de aceptación de las acciones de nulidad de los laudos arbitrales propuestas por la causal d), del artículo 31, de la LAM. Así, se desprende que, en estos casos, menos del veinticinco por ciento de las acciones de nulidad son aceptadas por el presidente de la CPJP. El análisis de estos datos se logra verificar a continuación.

²⁴ Elaboración propia a partir de datos obtenidos del E-SATJE. Las 80 acciones de nulidad propuestas por la causal d) fueron identificadas mediante la revisión de causas registradas en el E-SATJE, correspondientes al período 2017-2024, con corte al 15 de enero de 2024.

Índice de aceptación de las acciones de nulidad propuestas por la causal d) entre 2017 a 2024



Figura 2. Índice de aceptación de las acciones de nulidad propuestas por la causal d) entre 2017 y 2024²⁵

4.2. ANÁLISIS CUALITATIVO

Para el análisis cualitativo, se ha realizado un estudio de las sentencias emitidas por la CPJP, dividiendo el enfoque en dos secciones. En primer lugar, se presentará un análisis de las decisiones en las que el presidente de la CPJP ha abordado las cuestiones no sometidas al arbitraje como un vicio de competencia. En la segunda división se examinará cómo la CPJP aborda la causal d) netamente como un vicio de incongruencia.

4.2.1 DE LA REVISIÓN DE LA DECISIÓN DE COMPETENCIA

Según Santos, desde la doctrina se discute que la competencia como vicio puede ser analizada en la acción de nulidad de laudo arbitral a través del primer supuesto de la causal d) relativa a las cuestiones no sometidas al arbitraje, tomando en cuenta los dos siguientes casos: (i) cuando el tribunal arbitral no ha respetado el límite que las partes han impuesto en el convenio arbitral, siendo esta la tendencia más aceptada, y (ii) cuando se pretende atacar la decisión de un laudo arbitral en virtud de la arbitrabilidad objetiva, es decir, analizando si la materia es transigible de acuerdo con la legislación ecuatoriana²⁶.

25 Elaboración propia a partir de datos obtenidos del E-SATJE. Las 80 acciones de nulidad propuestas por la causal d) fueron identificadas mediante la revisión de causas registradas en el E-SATJE, correspondientes al período 2017-2024, con corte al 15 de enero de 2024.

26 Santos, "La acción de nulidad", 429.

4.2.2 DE LA REVISIÓN DE COMPETENCIA *RATIONE VOLUNTATIS* Y *RATIONE PERSONAE*

Al momento de revisar las sentencias emitidas por el presidente de la CPJP, se ha encontrado que al analizar la competencia *ratione personae* y *ratione voluntatis*, dicha cuestión ha sido abordada desde el enfoque de las cuestiones no sometidas al arbitraje que prevé la causal d)²⁷. De acuerdo con autores como Leonardo Coronel e Isabel Núñez, la competencia por *ratione personae* es la que faculta al tribunal arbitral para juzgar a las partes contratantes o a terceros que estén cubiertos por el convenio arbitral²⁸. Mientras que la competencia *ratione voluntatis* se encuentra relacionada con el contenido y alcance de la cláusula arbitral²⁹.

Por otro lado, en varias sentencias se ha encontrado que, en el caso de que el presidente de la CPJP acepte las pretensiones de los actores, estas no se identifican como vicio de competencia, sino de incongruencia. Incluso esta autoridad ha negado una revisión de competencia.

Para ejemplificar lo anterior, el presidente de la CPJP ha aceptado una acción de nulidad que ha sido propuesta con base en la falta de competencia del tribunal arbitral utilizando la primera causal d), del artículo 31, de la LAM. Este proceso fue signado bajo el número 17100-2022-00004, en el cual el presidente de la CPJP realizó un análisis de la competencia subjetiva, referente a la *ratione personae*. En este caso declaró la nulidad de un laudo arbitral debido que el accionante no era parte del convenio arbitral³⁰. El presidente de la CPJP analizó lo siguiente:

Ahora bien, planteado dicho panorama, **lo que corresponde dilucidar, es si el tercero interviniente (SIEMENS-HEALTHCARE CIA. LTDA.) realmente propuso un objeto en la contienda arbitral, que se encontraba sometido al arbitraje, o en otras palabras, al amparo del convenio arbitral celebrado entre TRADEMEDIC CIA. LTDA. y SIEMENS S.A.**, y si efectivamente en este sentido se resolvió finalmente la controversia, lo cual se realizaría con el exclusivo fin de establecer si en este caso se ha configurado o no la causal contenida en el literal d) del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación (énfasis añadido)³¹.

Sin embargo, a pesar de casos excepcionales como el anterior, la jurisprudencia desarrollada desde 2017 hasta 2024 tiende a omitir el análisis respecto a la competencia de los árbitros al momento de analizar la referida causal d).

27 Juicio n°. 17100-2019-00010, Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 10 de diciembre de 2020.

28 Leonardo Coronel, e Isabel Núñez, "La transigibilidad: un criterio erróneo de arbitrabilidad", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n°. 10 (noviembre de 2019): 167, <https://iea.ec/pdfs/revista-10/articulos/Coronel-&-Nunez.pdf>.

29 Valentina Centeno, Ana Morales, y Romina Sánchez. "Falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n°. 9 (noviembre de 2018): 263, <https://doi.org/10.36649/rea909>.

30 Ver Juicio n°. 17100-2022-00004, Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 13 de septiembre de 2022.

31 Id.

Un ejemplo relevante de ello es el procedimiento 17100-2017-00006³², en el cual el demandante presentó una acción de nulidad basándose en la causal d), referente a cuestiones no sometidas a arbitraje. El argumento del actor se centró en que el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Quito asumió competencia y emitió un laudo respecto a una obligación que, a su juicio, no formaba parte del contrato que contenía el convenio arbitral, entendiéndose una incompetencia del tribunal arbitral.

El presidente de la CPJP, para rechazar dicha postura sobre la posibilidad de revisar la competencia, recalcó varios puntos. En el acápite quinto de la sentencia, la autoridad hace una revisión del convenio arbitral analizando las controversias que las partes sometieron a arbitraje. Sin embargo, ya en su motivación no vuelve a tratar este punto, por lo que posteriormente establece lo siguiente:

De otro lado, la causal de nulidad del artículo 31.d) de la LAM, es válida cuando: **“el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado”; por lo que remitiéndose a lo que la jurisprudencia y la doctrina han ilustrado respecto al vicio de incongruencia por *extra petita* y *ultra petita* que ha sostenido el accionante (énfasis añadido)**³³.

Como se puede observar de la cita anterior, el presidente de la CPJP relaciona a las cuestiones no sometidas al arbitraje netamente como vicios de incongruencia. Además, deja de lado el análisis de competencia que realizó en un inicio, generando una confusión de conceptos. Esta confusión se puede evidenciar más en la causa n°. 17100-2018-00012. En este caso, el presidente de la CPJP resolvió acerca de un vicio de incongruencia *extra petita*. Lo importante del caso es cómo se analizan los supuestos de la causal d), como se detalla a continuación:

[...] **puede presentarse en cualquiera de estos dos supuestos: i) Cuando el laudo recae sobre materias que no fueron contempladas en el pacto arbitral; de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, considerando los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o pacto arbitral tomando en consideración el límite material del arbitraje (materia transigible); o ii) cuando el laudo recae sobre puntos no pedidos en la demanda o en su contestación, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante ni armónico con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente (énfasis añadido)**³⁴.

32 Juicio n°. 17100-2017-00006, Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 9 de noviembre de 2017.

33 Id.

34 Juicio n°. 17100-2018-00012, Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 12 de abril de 2019.

De este análisis se puede evidenciar cómo el presidente de la CPJP reconoce la posibilidad de realizar un control sobre la competencia *ratione voluntatis* de un árbitro o tribunal arbitral mediante una acción de nulidad, e incluso sobre la competencia en razón de la materia.

En resumen, de la revisión de las sentencias mencionadas en esta sección, se observa que la autoridad competente para revisar las acciones de nulidad de laudos, aunque ha aceptado acciones de nulidad por temas de competencia *ratione voluntatis*, no ha sido constante en su jurisprudencia. Además, ha determinado que en las cuestiones no sometidas al arbitraje existen vicios de incongruencia y de competencia, lo que ha generado confusión en sus decisiones.

4.2.3 DE LA REVISIÓN DE LA COMPETENCIA *RATIONE MATERIAE*

La tesis relativa a una revisión de competencia en virtud de materia no transigible no es aceptada en la doctrina, ya que la transigibilidad de una materia es determinada por la ley y no por las partes³⁵. Además, cabe enfatizar que la revisión de la competencia en razón de la materia la debe realizar el tribunal arbitral en la audiencia de sustanciación en la que se declara competente³⁶ y no en el control judicial de nulidad del laudo.

No obstante, la práctica jurídica para solicitar la nulidad de laudo en virtud de una falta de competencia en razón de la materia es algo recurrente. Principalmente, en esta investigación, se ha determinado que el presidente de la CPJP ha conocido reiteradamente acciones de nulidad relativas a arbitrajes con la administración pública, en las cuales se ha cuestionado la competencia del tribunal como una cuestión no sometida al arbitraje.

Entre los años que son materia de estudio para este artículo, ha habido varias sentencias que analizaron la posibilidad de anular un laudo por falta de competencia en razón de la materia de los árbitros. Nuevamente consideramos que, en este caso, las causas no sometidas al arbitraje se relacionan con los vicios de incongruencia *extra y ultra petita*, y erradamente contemplan la posibilidad de un análisis de competencia mediante la acción de nulidad.

Esta confusión se hace más visible por casos como la acción de nulidad n°. 17100-2018-00006, presentada por la Agencia de Regulación y Control de Telecomunicaciones (en adelante ARCOTEL) en contra de OTECEL S. A. En el presente caso, ARCOTEL y Procuraduría General del Estado solicitaron la nulidad del laudo arbitral alegando cuestiones no sometidas al arbitraje como un vicio de incompetencia, así como también un vicio de incongruencia

³⁵ Santos, "La acción de nulidad", 429.

³⁶ Artículo 22, Ley de Arbitraje y Mediación [Artículo 22, LAM.], R.O. 417, 14 de diciembre de 2006.

ultra petita; lo referente a conceder más allá de lo reclamado se alegó como un *vicio extra petita*³⁷.

En consecuencia, el presidente de la CPJP analizó dicha argumentación y, efectivamente, estableció que las cuestiones no sometidas al arbitraje engloban vicios de competencia, como vicio de incongruencia *ultra petita*. En dicha decisión se abordó la figura de *ultra petita* de la siguiente manera:

Que el laudo se refiera a cuestiones no sometidas a arbitraje. Para determinar que el laudo es nulo por incongruencia *ultra petita*, debemos basarnos en el convenio arbitral, en el cual debe constar claramente los asuntos sometidos a arbitraje y sobre los cuales debieron decidir los árbitros. Mas si el laudo versa sobre aspectos que no constan en el convenio, será parcialmente nulo en la parte en la que sobrepasó el límite convencional, la nulidad por tanto afecta a los puntos no sometidos a decisión del árbitro (énfasis añadido)³⁸.

Así, las cuestiones no sometidas al arbitraje como vicio de competencia fueron entendidas conforme se desprende a continuación:

Sin embargo, esta causal también prospera cuando el Tribunal lauda sobre aspectos que no pueden ser objeto de arbitraje, por no ser transigibles de conformidad con lo previsto en el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación (énfasis añadido)³⁹.

Por otro lado, el conceder más allá de lo reclamado en el laudo arbitral generó un vicio *extra petita*, según las palabras de la presidencia de la CPJP:

Que el laudo conceda más allá de lo reclamado. Es decir cuando el laudo ha sido dictado con incongruencia *extra petita*, esto es cuando contempla aspectos no pretendidos ni reclamados por las partes y por lo tanto no son objeto del litigio. Para ello, se debe analizar las pretensiones de las partes deducidas no solamente en el convenio arbitral, sino en los diferentes actos del proceso arbitral (énfasis añadido)⁴⁰.

Conforme se desprende del análisis y de lo colegido anteriormente, en el juicio n°. 17100-2018-00006 se estableció que las cuestiones no sometidas al arbitraje podían ser relativas a la competencia del tribunal arbitral, así como también extenderse a un posible vicio *ultra petita*. Además, en la misma sentencia se aborda al *extra petita* como el vicio referente a que la autoridad conceda más allá de lo solicitado por las partes. Este análisis genera más confusión, toda vez que la jurisprudencia de la CPJP se aleja de estos conceptos.

37 Juicio n°. 17100-2018-00006, Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 2 de agosto de 2018.

38 Id.

39 Id.

40 Id.

Además, dicha posición es contraria a la doctrina procesal de los vicios de incongruencia. En consecuencia, la decisión genera falta de armonía de los conceptos contemplados en la causal d) del artículo 31, de la LAM y, a criterio de los autores, es errada.

Cabe destacar que la decisión del presidente de la CPJP, dictada en el proceso n°. 17100-2022-0006, fue examinada por la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia n°. 2520-18-EP/23, estableciendo la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía del cumplimiento de normas y derechos de las partes, que se analiza a profundidad más adelante.

Otro caso en el que se evidencia esta confusión es en el proceso n°. 17100-2019-00010. En este caso, ARCOTEL solicitó la nulidad de laudo argumentando que los árbitros del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica y de Industriales de Pichincha habrían anulado un acto administrativo con su decisión, extralimitando su competencia *ratione materiae* y, en consecuencia, generando un vicio de nulidad al resolver sobre cuestiones no sometidas al arbitraje⁴¹.

No obstante, en el análisis del presidente de la CPJP se vuelve a mencionar un criterio parecido al de la causa n°. 17100-2017-00006, toda vez que el mismo determinó el alcance de la causal d) de la siguiente manera:

Dentro de este contexto, la causal de nulidad prevista en el literal d, del art. 31, de la Ley de Arbitraje y Mediación, contiene dos hipótesis normativas que podrían, en caso de que se justifique, causar la nulidad del laudo: a) **que el laudo se refiera a cuestiones no sometidas a arbitraje (*ultra-petita*)** y b) **que se conceda más allá de lo reclamado (*extra-petita*)** (énfasis añadido)⁴².

A diferencia del análisis hecho en el proceso n°. 17100-2017-00006, el cual fue analizado en la sección anterior, sí existe un análisis de los vicios de incongruencia y también un pronunciamiento acerca de la competencia en razón de la materia, la cual se concluye que fue debidamente revisada por el tribunal arbitral y que, al no encontrarse explícitamente una causal de nulidad por competencia en el artículo 31 de la LAM, el presidente de la CPJP no puede realizar un análisis de este tipo⁴³.

Lo mismo sucede en causas posteriores como la encontrada en el proceso 17100-2020-00018, en la cual, si bien el presidente de la CPJP determinó que la causal d), del artículo 31, de la LAM engloba únicamente los vicios de incongruencia *ultra petita* y *extra petita*, sí entró a realizar un análisis de los actos administrativos como materia transigible de acuerdo con la

41 Juicio n°. 17100-2019-00010, Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 10 de diciembre de 2020.

42 Id.

43 Id.

legislación ecuatoriana, determinando lo siguiente con respecto a la revisión de competencia:

Este Juzgador deja igualmente constancia de que los temas relativos a la competencia del Tribunal Arbitral, **si la materia era o no transigible, fueron planteados como excepciones y motivo de las dilucidaciones y resueltos por el Tribunal Arbitral, y consecuentemente se convirtieron en decisión de fondo del laudo que no son susceptibles de revisarlo, pues como se ha indicado esta no es una instancia de revisión del mismo, sino de análisis externo del proceso, esto es, de errores *in procedendo* (énfasis añadido)**⁴⁴.

En definitiva, tras el análisis de las sentencias revisadas en esta sección, se observa que el presidente de la CPJP, en sus decisiones de acciones de nulidad de los laudos arbitrales en relación con la competencia en razón de la materia, también ha enfrentado dificultades de consistencia en su jurisprudencia. Si bien ha concedido nulidades por pretensiones vinculadas a la competencia *ratione materiae*, estas son erradas y no han mantenido una línea argumentativa sólida y armónica en sus decisiones.

4.2.4 LA CALIDAD DE VICIO DE INCONGRUENCIA

Como se ha determinado anteriormente, la CPJP en varias ocasiones ha aceptado acciones de nulidad de laudo arbitral sobre cuestiones relativas a una revisión de arbitrabilidad objetiva y subjetiva. Sin embargo, como se ha demostrado anteriormente, en estas mismas decisiones se encuentran contradicciones, enfatizando erradamente, por un lado, que la causal d), del artículo 31, de la LAM permite hacer una revisión de la competencia del tribunal arbitral, mientras que, por otro lado, se contempla la posibilidad de revisar únicamente la incongruencia de la resolución. A partir de ello resulta necesario clarificar por qué esta causal se refiere únicamente a vicios de incongruencia, pese a las dudas que ha generado la CPJP.

En el juicio n°. 17100-2021-00011 se presentó una acción de nulidad de laudo arbitral debido a que el tribunal arbitral incurrió en resolver sobre cuestiones no sometidas al arbitraje y conceder más allá de lo reclamado por lo siguiente: (i) en la decisión se resolvió sobre responsabilidad extracontractual cuando el demandante solicitó un incumplimiento contractual y (ii) el árbitro único consideró valores relativos a intereses, que no eran objeto del reclamo en la demanda arbitral⁴⁵.

En dicha decisión, el presidente de la CPJP contempló que resolver sobre responsabilidad extracontractual cuando el demandante solicitó incumplimiento

⁴⁴ Juicio n°. 17100-2020-00018, Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 9 de julio de 2021.

⁴⁵ Juicio n°. 17100-2021-00011, Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 17 de diciembre de 2021.

contractual con base en un contrato con cláusula arbitral incurre en una cuestión no sometida al arbitraje que no estaba amparada por el convenio arbitral. Respecto a los valores concedidos que no fueron reclamados se contempló como un vicio *extra petita* y *ultra petita*⁴⁶.

Es claro que esta resolución evidencia que existe confusión en cuanto al entendimiento de las cuestiones no sometidas al arbitraje como una causal de nulidad mediante la cual se puede revisar la competencia. Si bien es manifiesto que existió un vicio *extra petita*, este no debió ser interpretado como algo concedido más allá de lo solicitado, sino como una cuestión no sometida al arbitraje. En consecuencia, la responsabilidad extracontractual debió haber sido analizada respecto a que el Tribunal resolvió sobre algo no solicitado, mas no como una cuestión de competencia en razón de la materia que el árbitro carecía.

La falta de clarificación de estos conceptos se amplifica en proceso 17100-2021-00016, relativo al laudo arbitral en el cual la accionante, METROSOLUTION S.A., demandó a PROAÑO REPRESENTACIONES por cánones de arrendamiento adeudados y otros conceptos con base en un contrato. En este caso, el tribunal arbitral resolvió sobre una penalidad de terminación anticipada que nunca solicitó el accionante. Aquí es claro la existencia de una *extra petita* que debió ser analizada como cuestión no sometida al arbitraje, sin embargo, el presidente de la CPJP únicamente dictaminó ampliamente que existía una nulidad por resolver algo no solicitado en el arbitraje sin especificar si era una cuestión *extra petita* o *ultra*⁴⁷.

No obstante, en el proceso n°. 17100-2022-00008 se estableció de manera expresa que la causal de nulidad establecida en el literal d, del artículo 31, de la LAM contempla la revisión de vicios de incongruencia: “[...] Esta causal se refiere a la existencia en el laudo de un vicio de incongruencia, que se produce cuando no hay relación lógica entre la pretensión de la demanda, las excepciones propuestas en la contestación a la demanda y la parte resolutive del fallo”⁴⁸.

46 Id. Es importante mencionar que el presidente de la CPJP genera confusión al establecer que lo que las partes no solicitan al Tribunal Arbitral y no es resuelto se puede configurar como un vicio *extra petita* y *ultra petita* simultáneamente. Lo anterior es errático toda vez que ambos vicios de incongruencia son independientes y no tienen que interpretarse como sinónimos. El PCP incurre en dicha equivocación en la siguiente parte de la sentencia: “En consecuencia, tal como lo sostiene la doctrina de acción de nulidad, tiene como antecedente necesario para su ejercicio, un fallo arbitral viciado por una o por cualquiera de las causales señaladas por el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y su objetivo es el de obtener una nueva resolución que repare el error arbitral y se refiera de manera motivada a resolver lo que es materia de la Litis. En especie el Tribunal Arbitral incurre primeramente en resolver y pronunciarse sobre temas que no eran objeto del convenio arbitral, y segundo en su laudo considera valores que no han sido objeto de reclamos como los referidos relativos a los intereses”.

47 Juicio n°. 17100-2021-00016, Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 17 de diciembre de 2021.

48 Juicio n°. 17100-2022-00008, Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 10 de marzo de 2023.

Por lo anterior, es notorio que la CPJP no ha establecido una línea jurisprudencial sólida para analizar a las cuestiones no sometidas al arbitraje y conceder más allá como una revisión de la competencia o como un mero análisis de incongruencia de la decisión. Ahora este debate ha sido zanjado por el máximo órgano de justicia constitucional de Ecuador.

La sentencia n°. 2520-18-EP/23 ha determinado una línea jurisprudencial rígida respecto a cómo debe ser interpretada la causal relativa a las cuestiones no sometidas al arbitraje y cuando se conceda más allá de lo reclamado. La Corte Constitucional sostuvo que la frase relativa a que el laudo trate cuestiones no sometidas al arbitraje se refiere exclusivamente al vicio *extra petita*; en cambio, la frase relativa a que el laudo conceda más allá de lo reclamado configura incongruencia de carácter *ultra petita*⁴⁹.

En referencia a lo tratado en la misma jurisprudencia, la Corte Constitucional zanja definitivamente la posibilidad de revisar la competencia a través de esta causal de nulidad, estableciendo una regla jurisprudencial obligatoria que se detalla a continuación:

En tal virtud, la Corte advierte que a partir del presente caso se ha generado la siguiente regla jurisprudencial:

Si (i) en el conocimiento de una acción de nulidad de laudo arbitral, (ii) el presidente de la Corte Provincial resuelve asuntos que tengan que ver con la transigibilidad de la materia del arbitraje, (iii) bajo la causal establecida en el literal d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación que atiene a vicios de incongruencia en el laudo; [Supuestos de hecho], entonces, inobserva dicha regla de trámite y vulnera el derecho al debido proceso en la garantía de cumplimiento de normas y derechos de las partes [consecuencia jurídica]⁵⁰.

De esta regla jurisprudencial se establece que la CPJP no puede resolver sobre asuntos que traten sobre la arbitrabilidad en función de la materia, y sobre esto también aclara en su fallo que el literal d, del artículo 31, de la LAM no involucra realizar un análisis sobre cualquier aspecto relativo a la competencia del tribunal arbitral⁵¹. Caso contrario, es necesario levantar una alerta en el caso en que el presidente de la CPJP analice la competencia a través de la causal d), dado que implicaría una vulneración del derecho constitucional al debido proceso en la garantía de cumplimiento de normas y derechos de las partes, consagrado en el artículo 76, numeral 1, de la Constitución de la República del Ecuador. Ahora, bajo este supuesto, si cualquier corte provincial del país fallara de esta manera, se generaría incertidumbre jurídica, toda vez que la parte afectada por dicha decisión estaría en su derecho de proponer

49 Sentencia n°. 2520-18-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, p.15.

50 Id., 22.

51 Id., 19.

una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de nulidad de laudo arbitral por la vulneración a un derecho de protección.

Este fallo, dictado el 23 de mayo de 2023, ha sido recogido por la CPJP al momento de resolver sobre las acciones de nulidad dictadas *a posteriori* de esta jurisprudencia. Consecuentemente, en la *obiter dicta* de varias resoluciones de acción de nulidad de los procesos n.º. 17100-2022-00006, 17100-2022-00007, 17100-2022-00012, 17100-2023-00014, 17100-2023-00015, se resaltan estos conceptos establecidos por la Corte Constitucional, dejando claro que la tendencia y el debate han quedado zanjados sobre la posibilidad de revisar la competencia del tribunal arbitral a través de esta causal establecida en el literal d), del artículo 31, de la LAM.

Sin embargo, es menester remarcar cómo la CPJP aún tiene dificultades para alinear todas sus resoluciones a lo establecido por la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional. Si bien en los referidos procesos n.º. 17100-2022-00012 y 17100-2023-00014 se acogió la regla jurisprudencial del fallo n.º. 2520-18-EP/23, el presidente de la CPJP erradamente sigue estableciendo la posibilidad de revisar la competencia a través de la acción de nulidad, conforme lo siguiente:

En relación a la presente causa, la petición [...] se ampara en las causales contenidas en los literales: c) y d) del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, estableciendo que cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral cuando, cito: “c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse” y “d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado”; refiriéndose la segunda causal invocada, a dos supuestos perfectamente diferenciados: a) **Por cuestiones no sometidas al arbitraje, es decir, que no están amparados por el convenio arbitral**; y, b) Cuando el laudo concede más allá de lo reclamado, es decir, que padece de una incongruencia por *extra o ultra petita* (énfasis añadido)⁵².

De esta manera, se evidencia que, si bien las cuestiones no sometidas al arbitraje deben ser tratadas únicamente como un vicio de incongruencia *extra petita*, la CPJP tiene contradicciones en sus fallos respecto a este punto. Así, es necesario erradicarlas para evitar confusiones y abusos del derecho, toda vez que sus decisiones al momento de resolver la acción de nulidad por la causal d), del artículo 31, de la LAM tienen que ser uniformes, negando tajantemente la posibilidad de una revisión de competencia.

52 Para más información ver, Juicio n.º. 17100-2022-00012, Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 21 de noviembre de 2024; Juicio n.º. 17100-2023-00014, Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 17 de julio de 2024.

5. CONCLUSIONES

La causal de nulidad del laudo arbitral por cuestiones no sometidas al arbitraje constituye un motivo de impugnación que permite únicamente verificar si el tribunal arbitral incurrió en un vicio de incongruencia *extra petita* al emitir su decisión. Aunque en el pasado existía debate sobre la posibilidad de utilizar esta causal para revisar la competencia del tribunal, dicho asunto ha sido resuelto por la regla jurisprudencial obligatoria de la Corte Constitucional, la cual establece que esta causal de nulidad no habilita el control sobre la competencia arbitral.

La problemática de la causal d), del artículo 31, de la LAM se ha dado específicamente en el apartado de las cuestiones no sometidas al arbitraje, debido a que, al momento en que el presidente de la CPJP la ha resuelto en las acciones de nulidad, ha emanado distintos criterios de interpretación para analizar este motivo de impugnación. Esto ha generado confusión respecto a si es posible revisar la competencia del tribunal arbitral mediante este motivo de nulidad.

De la revisión del análisis de las sentencias de acción de nulidad se ha revelado que el problema principal radica en la falta de uniformidad y la confusión generada por las decisiones y criterios emitidos por el presidente de la CPJP. Esto se debe a que, por un lado, aceptó acciones de nulidad por competencia basadas en las “cuestiones no sometidas al arbitraje”, pero, por otro, aunque en ocasiones las rechazaba y prohibía su revisión, al fundamentar su decisión continuaba utilizando un criterio que mantenía abierta la discusión sobre la competencia a través de estas cuestiones.

En la actualidad este debate se encuentra zanjado toda vez que la posibilidad de una revisión de la competencia por parte de los presidentes de las cortes provinciales del Ecuador no es posible de acuerdo con la regla jurisprudencial obligatoria establecida en la sentencia n°. 2520-18-EP/23, emitida por la Corte Constitucional. Esta sentencia prohibió tajantemente la revisión de cualquier tipo de competencia de los árbitros o tribunales arbitrales mediante la acción de nulidad de laudo.

Si bien esta cuestión ha sido esclarecida por el máximo órgano de justicia constitucional del país, todavía la presidencia de la CPJP incurre en errores de motivación sobre este tema, toda vez que en sentencias dictadas con posterioridad a la regla jurisprudencial obligatoria aún existe confusión sobre la revisión de competencia a través de la causal d), del artículo 31, de la LAM. Estos errores deben ser subsanados a futuro⁵³.

⁵³ Como se evidencia en las causas más recientes de 2024, n°. 17100-2024-00003 y n°. 17100-2024-00024, en las que el presidente utilizó el mismo criterio el momento de analizar la causal d), del artículo 31, de la LAM y, en específico, las cuestiones no sometidas al arbitraje.

International Standards, Local Vanguard



Quito

Robles E4-136 y Av. Amazonas.
Edificio Proinco Calisto, piso 12.
+593 2 2544 144

Guayaquil

Av. Francisco de Orellana 234.
Edif. Blue Tower, piso 6, oficina 607.
+593 4 2630 441

DURINI & GUERRERO

ABOGADOS

📍 Quito

**Edif. Averio,
Of. 601**

Av. de los Shyris N 32-40
y Av 6 de Diciembre.

📍 Guayaquil

**Ed. Empresarial
5, Of. 301**

Parque Empresarial Colón.

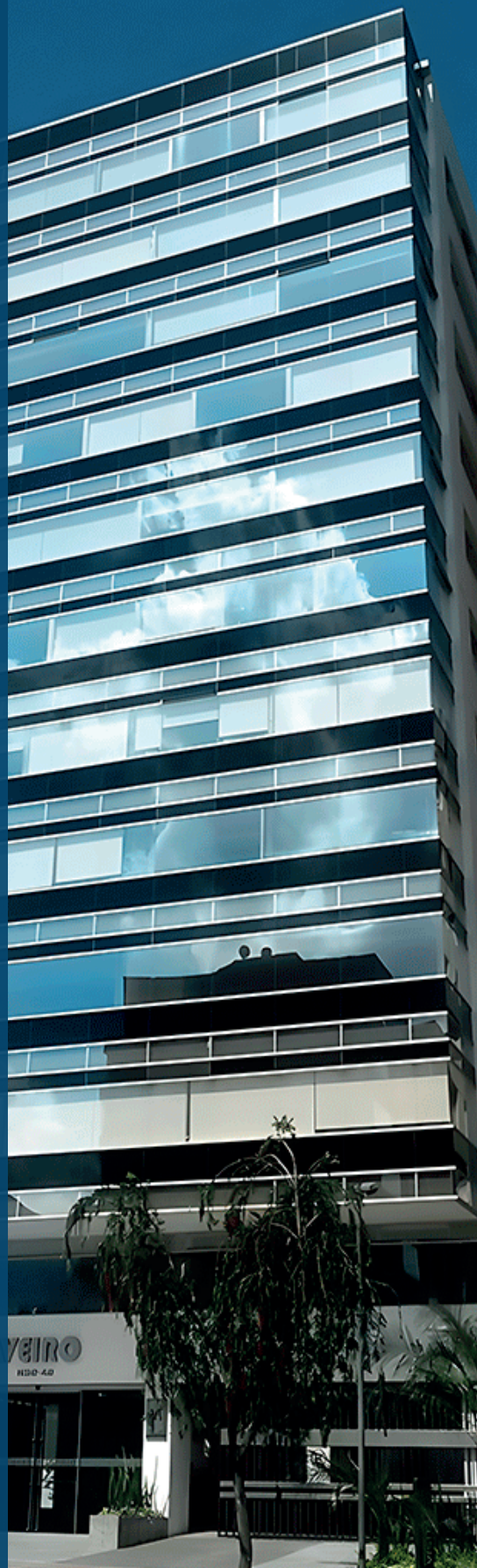
📍 Cuenca

**Edif. Forum
Of. 203**

Calle Cornelio Merchán
3-91 y Manuel J.

@DuriniGuerrero

📍 Durini & Guerrero Abogados



ECIJA GPA

Firma jurídica **reconocida**
por los más **prestigiosos**
directorios legales
internacionales, entre otros:
Chambers and Partners,
Legal 500, Leaders League
y Who's Who Legal.

+25 años

de experiencia en el
mercado ecuatoriano

+1.400

profesionales

+220

socios

18

países



ECIJA GPA

info.ecuador@ecija.com

Quito

Av. 12 de Octubre, N26-97 y Lincoln
Edificio Torre 1492, 170516.
Piso 10, oficina 1005
Telf.: +(593-2) 2986528/29/30/31

Guayaquil

Av. Numa Pompilio Llona s/n
Puerto Santa Ana
Edificio The Point, Piso 8, oficina 806
Telf.: +593 43883007

Cuenca

Av. Roberto Crespo y Alfonso Uriguen
Telf.: +(593-7) 2817664

Mantá

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

Prórroga de la competencia del tribunal arbitral: ¿es posible en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Extension of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction: Is It Possible in the Ecuadorian Legal System?

PAULA ISABEL ZAMBRANO YÉPEZ*

Recibido / Received: 13/01/2025

Aceptado / Accepted: 06/04/2025

DOI: <https://doi.org/10.18272/x9rbtz42>

Citación:

Zambrano, Paula. "Prórroga de la competencia del tribunal arbitral: ¿es posible en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?" *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 1. (mayo de 2025): <https://doi.org/10.18272/x9rbtz42>.

* Bustamante Fabara, Asociada, Av. Patria E4-69 y Amazonas, Edificio COFIEC, Quito, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: pzambrano@bustamantefabara.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4779-4499>.

RESUMEN

La legislación ecuatoriana establece ciertos requisitos para manifestar la voluntad para someterse a arbitraje. Existe una discusión sobre la naturaleza de estos requisitos: ¿son *ad probationem* o *ad solemnitatem*? La importancia de esta discusión radica en la posibilidad de la prórroga tácita de la competencia del tribunal arbitral. La prórroga de competencia consiste en otorgar competencia a un juzgador que en principio no la tiene. En este sentido, la posibilidad de prorrogar tácitamente la competencia del tribunal arbitral debe analizarse considerando los requisitos exigidos para manifestar la voluntad de arbitrar. Este artículo analiza la posibilidad de prorrogar la competencia de un tribunal arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano tomando en consideración los requisitos y el estándar para manifestar la voluntad para arbitrar, los diferentes tipos de competencia y la posibilidad de revisar la competencia de oficio.

PALABRAS CLAVE

Prórroga de competencia; voluntad para arbitrar; voluntad tácita; revisión de oficio; kompetenz-kompetenz

ABSTRACT

Ecuadorian law establishes certain requirements to manifest the consent to arbitrate. There is a discussion regarding the nature of these requirements: are they ad probationem or ad solemnitatem? The importance of this discussion lies in the fact that the possibility of the tacit extension of the arbitral tribunal's jurisdiction depends on the nature of these requirements. The extension of jurisdiction consists of granting jurisdiction to a tribunal that, in principle, does not have it. In this sense, the possibility of a tacit extension of the arbitral tribunal's jurisdiction must be analyzed taking into consideration the requirements for the manifestation of the consent to arbitrate. This article analyzes the possibility of extending the jurisdiction of an arbitral tribunal in the Ecuadorian legal system taking into consideration the requirements and the standard for manifesting the consent to arbitrate, the different types of competences and the possibility of reviewing the jurisdiction ex officio.

KEYWORDS

Extension of jurisdiction; willingness to arbitrate; tacit will; ex officio review; kompetenz-kompetenz

1. INTRODUCCIÓN

La voluntad es la piedra angular del arbitraje¹ porque otorga competencia al tribunal arbitral². A lo largo de los años, se han analizado exhaustivamente los alcances, requisitos y la manera en que puede darse la voluntad para arbitrar. Estos elementos varían de acuerdo con cada instrumento internacional y la legislación interna de cada país³. Incluso, existen discusiones doctrinarias en torno a los requisitos de los convenios arbitrales en tratados internacionales⁴. Además, cada país —dentro de su legislación interna— puede tener una tendencia a favorecer el arbitraje o a tener requisitos más exigentes.

Dentro del análisis sobre la voluntad para arbitrar se encuentra la prórroga de la competencia del tribunal arbitral. Esta prórroga implica otorgar competencia a un tribunal que en un principio no la tenía, pero que por la voluntad de las partes ahora la tiene⁵. Esta prórroga también puede darse de manera tácita cuando el convenio arbitral es extendido a asuntos, partes o reglas que no fueron pactadas expresamente⁶. Por ejemplo, A y B celebran un convenio arbitral. Una vez que surge la controversia, A demanda a B y C (que en principio no era parte del convenio). C contesta la demanda sin objetar la jurisdicción del tribunal. En este caso, existe una prórroga tácita de competencia arbitral.

Sin embargo, existen requisitos establecidos sobre la manera en que se debe manifestar la voluntad para arbitrar que podrían contraponerse a la prórroga tácita de la competencia del tribunal arbitral. Uno de estos requisitos es la escrituración del convenio arbitral. Por lo tanto, si el convenio arbitral debe constar por escrito, ¿pueden las partes brindar un consentimiento tácito para arbitrar? ¿Qué valor tiene el silencio cuando no existe una excepción de competencia? ¿Es necesario que los términos y la voluntad para el arbitraje se encuentren solamente en el convenio arbitral?

Este artículo se centrará en analizar la posibilidad de prorrogar de manera tácita la competencia del tribunal arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano basándose en doctrina, jurisprudencia y legislación. Esto tomando en consideración los requisitos que establece el ordenamiento jurídico ecuatoriano

-
- 1 Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Nueva York: Oxford University Press, 2005), 77.
 - 2 Artículo 1, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R.O. Suplemento 417 del 14 de diciembre de 2006, reformado por última vez R.O. 387 del 21 de agosto de 2018.
 - 3 Gary Born, *International Commercial Arbitration* (La Haya: Oxford Press, 2022), 229.
 - 4 Por ejemplo, existe una discusión doctrinaria sobre los requisitos del artículo II de la Convención para la Ejecución y Reconocimiento de Laudos Extranjeros (Convención de Nueva York). Parte de la doctrina establece que estos requisitos son un piso, es decir, lo mínimo que debe contener un convenio arbitral para que sea válido. Mientras otra parte de la doctrina establece que los requisitos de este artículo son un techo, es decir, el máximo de requisitos que puede tener un convenio arbitral. Ver Born, *International Commercial Arbitration*, 233.
 - 5 Sonia Rodríguez, *Competencia Judicial Civil Internacional* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016), 129.
 - 6 James Otis Rodner, y Angélica Marcano, “Jurisdiction of the Arbitral Tribunal in the Case of Multiple Contracts”, *Journal of Arbitration Studies* 24, n.º 3 (septiembre de 2014): 5, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jarbstu24&div=21&id=&page=>.

sobre el consentimiento para arbitrar y la posibilidad de que este sea tácito. Luego de analizar el consentimiento se desarrollará la posibilidad de prorrogar la competencia razón de la persona, materia y voluntad. Además, se analizará si es posible que un tribunal arbitral revise de oficio su competencia. Por último, se presentarán dos casos de la jurisprudencia arbitral ecuatoriana.

2. SOBRE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD PARA ARBITRAR

A lo largo de los años se han desarrollado diferentes posturas sobre los requisitos que debe tener el convenio arbitral para que efectivamente recoja la voluntad de las partes. El presente apartado busca exponer las tres principales líneas de pensamiento que existen en cuanto a la manifestación del consentimiento para arbitrar.

La primera postura sostiene un estándar alto para analizar el consentimiento para arbitrar. Este estándar exige que: (i) el convenio conste por escrito y (ii) contenga una voluntad inequívoca para someterse a arbitraje. De acuerdo con Rodríguez, el requisito de escrituración no solamente sirve para probar el convenio, sino que también es una forma de manifestar la voluntad inequívoca de las partes para someterse a arbitraje⁷. Por lo tanto, para esta tesis, el requisito de escrituración no es solamente *ad probationem*, sino *ad solemnitatem*⁸. Además, la tesis de la voluntad inequívoca para arbitrar sostiene que no debe haber duda alguna sobre el consentimiento para someter las controversias a arbitraje⁹. Por lo tanto, de acuerdo con esta tesis, la manifestación de la voluntad de las partes para arbitrar tiene un estándar alto.

La segunda postura sostiene que el requisito de escrituración del convenio arbitral solamente es necesario para su prueba. Para esta postura, la existencia y validez del convenio arbitral no depende de su escrituración, sino que solo deja constancia de su contenido¹⁰. La doctrina ha considerado que se puede realizar una interpretación extensiva al requisito de escrituración para que solamente baste dejar constancia del contenido del convenio en cualquier forma¹¹. Esta es la postura mayoritaria en la doctrina nacional e internacional en la actualidad.

7 Fernando Rodríguez, “El carácter escrito del convenio arbitral y los convenios incorporados en el contrato por referencias a cláusulas presentes en otros contratos o en condiciones generales”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 1 (2006): 159.

8 La doctrina divide ciertos requisitos —como el de escrituración— en dos tipos: *ad probationem* y *ad solemnitatem*. Por un lado, un requisito es *ad solemnitatem* cuando su incumplimiento tiene como consecuencia la ineficacia o nulidad del negocio jurídico celebrado. Por otro lado, un requisito es *ad probationem* cuando su incumplimiento no afecta a la eficacia o validez del negocio jurídico, sino que dificulta el medio de prueba. Ver, David Namen Baquero, “La forma del pacto arbitral en el Nuevo Estatuto Arbitral Nacional Colombiano: ¿consensual o solemne?”, *Revista E-Mercatoria* 20, n.º 1 (enero-junio de 2021): 8-12.

9 Born, *International Commercial Arbitration*, 752.

10 Fernando Canturias, y Roque Caivano, “La nueva Ley de Arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 7 (septiembre de 2008): 57, <https://www.ipa.pe/pdf/RPA-2008-VII.pdf>.

11 Hugo García, “Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica”, *Juris Dictio* 15, n.º 13 (junio de 2013): 168, <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiccion/article/view/721790>.

La tercera tesis considera que el requisito de escrituración no es necesario. La eliminación del requisito de escrituración tomó fuerza a nivel mundial con la inclusión de la opción II al artículo 7 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante Ley Modelo CNUDMI). Este artículo establece que “[e]l ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no”¹². Este artículo abrió la posibilidad para la existencia de convenios arbitrales incluso orales.

En este sentido, para las dos últimas teorías puede existir un consentimiento arbitral implícito o tácito. El consentimiento tácito surge por el comportamiento de las partes, es decir, la voluntad es manifestada por su accionar¹³. Además, estas teorías acogen una interpretación extensiva del convenio arbitral. Esta interpretación se enmarca en el principio *pro arbitri*. De acuerdo con Neira, este principio impone a los árbitros hacer efectiva la voluntad de las partes cuando ha sido manifiesta para someter sus controversias a arbitraje¹⁴. Por esta razón, los árbitros podrían decidir que la voluntad de las partes — siempre y cuando sea lo suficientemente clara— prima sobre las formalidades.

En el presente artículo se analizará cuál de estas tres teorías acoge la legislación ecuatoriana en el ámbito arbitral y civil, con el fin de analizar la posibilidad de que exista una manifestación tácita del consentimiento para arbitrar dentro del sistema arbitral ecuatoriano. Si ello es posible, se podría realizar una prórroga de la competencia del tribunal arbitral bajo la legislación ecuatoriana.

2.1 REQUISITOS BAJO LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

La manifestación de voluntad para arbitrar tiene requisitos formales —contenidos en la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM)— y también requisitos sustanciales. Los requisitos formales y materiales que exige la legislación ecuatoriana para la manifestación de la voluntad de las partes en un convenio arbitral se desarrollarán en este apartado.

Primero, sobre lo material, el convenio arbitral debe cumplir con los requisitos de cualquier relación contractual porque es un contrato. Para que un contrato exista debe tener estos elementos esenciales: (i) consentimiento de las

12 Artículo 7, opción I, Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006.

13 Jorge Hernán Gil Echeverry, *Régimen arbitral colombiano: parte general y parte procesal* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013), 187.

14 Edgar Neira, “El Estado y el juicio de arbitraje según la legislación ecuatoriana”, *Juris Dictio* 7, n.º 1 (octubre de 2007): 65, <https://doi.org/10.18272/iu.v7i11.674>.

partes; (ii) un objeto negocial; (iii) causa y (iv) solemnidades legales (en caso de haberlas). Para efectos del presente trabajo solo se analizará el requisito de manifestación del consentimiento.

Para que exista voluntad —en toda relación contractual— debe exteriorizarse, es decir, llevarla del fuero interno de una persona al mundo social¹⁵. La manifestación de voluntad puede exteriorizarse de manera oral, escrita, por gestos, señas e incluso por conductas. Así, la voluntad puede ser expresa o tácita en toda relación contractual, lo que incluye al convenio arbitral.

Si bien el Código Civil ecuatoriano no menciona de manera expresa estas dos formas de manifestación de voluntad, sí da indicios de que se puede manifestar la voluntad —en la teoría general del negocio jurídico— de manera tácita. Por ejemplo, el artículo 1264 prescribe que la aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita y el artículo 2068 dispone que la revocación también puede darse tácita o expresamente¹⁶. La voluntad tácita se expresa a través de la conducta. De acuerdo con Enneccerus, esta forma de voluntad se manifiesta mediante la realización de cierta conducta o acto por el contexto en el que se realiza o porque la conducta es la voluntad en sí misma¹⁷. Así, una conducta —dependiendo del contexto— podría configurar una voluntad tácita.

Segundo, el sistema arbitral ecuatoriano contempla requisitos de forma para el convenio arbitral. La LAM establece que la voluntad para arbitrar debe constar por escrito¹⁸. Este requisito de escrituración puede darse mediante un intercambio de cartas y no necesita estar dentro del contrato que será objeto de un futuro arbitraje¹⁹. Por lo tanto, el único requisito formal que requiere la LAM es que el convenio arbitral conste por escrito. Como se explicó anteriormente, existe una discusión sobre la naturaleza de este requisito: ¿es *ad probationem* o *ad solemnitatem*?

De acuerdo con Pérez Ordoñez, el requisito de escrituración del convenio arbitral es uno *ad solemnitatem* porque es “una condición legal para la validez de acceso al sistema arbitral”²⁰. A primera vista, la escrituración es un requisito de validez del convenio arbitral y, por lo tanto, no son válidos los convenios arbitrales verbales o tácitos. Se considera que el requisito de escrituración tiene carácter *ad solemnitatem* debido a que, mediante el convenio arbitral, se renuncia a la justicia estatal. Por lo tanto, la manifestación de voluntad para

15 Luigi Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano* (Nápoles: Morano, 1948), 327.

16 Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Cevallos, 2021), 301.

17 Ludwig Enneccerus, *Tratado de derecho civil (parte general)* (Barcelona: Bosch, 1981), 182.

18 Artículo 5, LAM.

19 Artículo 6, LAM.

20 Diego Pérez Ordoñez, “El convenio arbitral en la legislación ecuatoriana”, en *Tratado de derecho arbitral: el convenio arbitral*, tomo I (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011), 513.

efectuar dicha renuncia debe ser clara e inequívoca²¹. Sin embargo, esta concepción doctrinaria referente a que el requisito de escrituración es *ad solemnitatem* ha evolucionado en los últimos años.

La doctrina más reciente considera que el requisito de escrituración del convenio arbitral es solamente *ad probationem* y, por lo tanto, no afecta la validez del convenio arbitral. Así, doctrinarios ecuatorianos como Salcedo Verduga²² y Ponce Martínez²³ coinciden en que el requisito de escrituración del convenio arbitral no afecta de manera alguna su validez, pues solamente sirve como prueba. Por lo tanto, para la doctrina moderna, el requisito de escrituración dejó de ser *ad solemnitatem* con el fin de priorizar las realidades sobre las meras formalidades y porque su naturaleza probatoria garantiza que el arbitraje sea eficaz²⁴.

Además, las últimas reformas en el sistema arbitral ecuatoriano dan indicios de que la legislación ecuatoriana sigue la doctrina moderna en cuanto al requisito de escrituración del convenio. El artículo 5 del Reglamento a la LAM (en adelante RLAM) establece que, si en un contrato con el sector público no se ha pactado arbitraje, se podrá solicitar a la entidad contratante la suscripción de un convenio arbitral con posterioridad a la firma del contrato. Si la entidad contratante no contesta la solicitud en treinta días, el convenio arbitral se entenderá aceptado²⁵. La incorporación de este artículo en el sistema arbitral ecuatoriano evidencia que la legislación de Ecuador adopta la doctrina que sostiene que la escrituración del convenio arbitral es un requisito *ad probationem*, ya que este no requiere la firma de ambas partes para producir plenos efectos. Como consecuencia, el efecto de que este requisito sea *ad probationem* es que solo sirve para constancia del convenio, mas no para su existencia.

El artículo 6 del RLAM establece que el convenio arbitral alcanza a terceros que (i) hayan tenido una participación activa y determinante en la ejecución, negociación o terminación del negocio jurídico; (ii) pretendan derivar derechos o beneficios del negocio jurídico y (iii) sean organismos de las administraciones que generan actuaciones administrativas²⁶. En este supuesto no existe un convenio arbitral por escrito que verifique la voluntad del tercero para arbitrar. La voluntad, en este caso, se da por las actuaciones del tercero. Por lo tanto, se confirma —una vez más— que el requisito de escrituración en el sistema arbitral ecuatoriano es simplemente *ad probationem* porque la misma

21 Francisco González de Cossio, "La nueva forma del acuerdo arbitral: aún otra victoria del consensualismo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 120 (diciembre de 2007): 784, <https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v40n120/v40n120a4.pdf>.

22 Ernesto Salcedo Verduga, *El Arbitraje: la justicia alternativa* (Guayaquil: DistriLib, 2007), 111.

23 Alejandro Ponce Martínez, "Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación ecuatoriana", en *La cláusula arbitral*, Roque Caivano (Bogotá: Bogotá Workhouse, 2011), 434.

24 García, "Partes no signatarias del convenio arbitral", 82.

25 Artículo 5, Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación [RLAM], R.O. Suplemento 524 del 26 de agosto de 2021.

26 Artículo 6, RLAM.

legislación contempla supuestos en los cuales no se necesita de un convenio arbitral por escrito para que exista voluntad para arbitrar.

2.2 VOLUNTAD TÁCITA Y EL VALOR DEL SILENCIO

La voluntad —como regla general en los negocios jurídicos— puede manifestarse de manera tácita. En este acápite se analiza la posibilidad de manifestar de manera tácita la voluntad para arbitrar, enfocándose particularmente en la conducta de no objetar la competencia del tribunal arbitral al contestar la demanda.

Si bien la LAM prescribe que el convenio arbitral debe constar por escrito, el sistema arbitral ecuatoriano ya ha indicado que es posible prescindir de este requisito para que exista voluntad para arbitrar reconociendo la figura de partes no signatarias²⁷. Si en la contestación a la demanda arbitral el demandado no objeta la competencia del tribunal arbitral ni la existencia de un convenio, ¿podría considerarse una voluntad tácita? ¿El silencio sobre la competencia del tribunal arbitral tiene algún valor jurídico?

Para responder a estas preguntas es necesario analizar el valor del silencio. Existen tres principales corrientes doctrinarias sobre el valor del silencio: (i) el silencio tiene un valor jurídico como manifestación de voluntad, (ii) el silencio por sí solo no tiene valor jurídico y (iii) el silencio en ciertas circunstancias puede tener un valor jurídico. De acuerdo con Parraguez, en la legislación ecuatoriana la regla general es que “el que calla no niega ni otorga”, sin embargo, existen excepciones legales y convencionales²⁸.

Otra excepción es el contexto en el que se da el silencio, es decir, la tercera corriente doctrinaria sobre el valor del silencio. La doctrina ha catalogado a este silencio como uno circunstanciado. Para Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga este silencio va acompañado de otras circunstancias que permiten considerarlo como una manifestación de voluntad²⁹. El silencio circunstancial debe cumplir con un requisito subjetivo y otro objetivo para que se configure una voluntad. El elemento subjetivo se refiere a que la persona tenga la posibilidad de hablar y el elemento objetivo indica que la persona debe tener la obligación de hacerlo³⁰. En este sentido, quien “calla, pudiendo haber hablado,

27 La inclusión de terceros no signatarios podría darse incluso si el reglamento no lo prescribe. En este sentido, se han elaborado varias teorías para la inclusión de terceros no signatarios como el levantamiento del velo societario, el estoppel, la incorporación por referencia, la relación de agencia, el grupo de sociedades, etc. Ver, García, “Partes no signatarias del convenio arbitral”.

28 Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 309-315.

29 Arturo Alessandri Rodríguez, y Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de Derecho civil: partes preliminar y general, tomo primero* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1961), 303.

30 María del Pilar Pérez Álvarez, “El valor jurídico del silencio en la teoría del negocio jurídico”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, n.º 28 (julio de 2016): 302, <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5749>.

crea una confianza en el tercero que es necesario proteger”, por lo que es necesario otorgar valor a este silencio³¹. Por lo tanto, el silencio circunstanciado puede ser considerado como otra excepción a la regla general del sistema jurídico ecuatoriano: que el silencio no tiene valor jurídico alguno.

Ahora bien, en el contexto de la voluntad para arbitrar, el silencio sobre la competencia del tribunal arbitral puede considerarse un silencio circunstanciado y, por lo tanto, esta no objeción tiene un valor jurídico: la manifestación tácita de la voluntad para arbitrar. Si una de las partes en la contestación de la demanda de arbitraje no objeta la competencia del tribunal arbitral, se cumplen los requisitos subjetivos y objetivos para que se califique su silencio como uno circunstanciado.

En cuanto al requisito objetivo, la parte que contesta la demanda tiene plenas posibilidades de comunicar su excepción sobre la competencia del tribunal arbitral, por lo que se cumple. Además, es necesario considerar que la contestación a la demanda es el momento procesal oportuno para objetar la competencia del tribunal arbitral y las excepciones son una carga procesal de las partes. De acuerdo con la LAM, los árbitros resolverán sobre su propia competencia en la audiencia de sustanciación que se lleva a cabo después de que se realicen los escritos de demanda y contestación³². Por lo tanto, el momento procesal oportuno para objetar la competencia del tribunal es en la contestación a la demanda.

Asimismo, objetar la competencia del tribunal arbitral es una carga procesal. De acuerdo con Calvino, una carga procesal es la conducta voluntaria de una de las partes en el proceso, al evaluar las opciones previstas por la norma procedimental. Esta acción incluye la posible actividad que se desarrolla cuando la conducta expresada es positiva, dentro del ejercicio del derecho de defensa en juicio, resultando en una consecuencia jurídica específica³³. En consecuencia, no ejercer esta carga procesal tiene un efecto jurídico determinado: la manifestación tácita de la voluntad. Por lo tanto, el silencio sobre la competencia del tribunal arbitral puede clasificarse como uno circunstanciado y constituye una voluntad tácita.

La LAM reconoce expresamente que la voluntad puede manifestarse de manera tácita. El artículo 8 de esta norma prescribe que, si una de las partes no alega la existencia de convenio arbitral en sede judicial, se entiende como una

31 María del Pilar Pérez Álvarez, “Influencia del principio canónico *Qui Tacet, Consentire Videtur* en la doctrina del silencio”, en *La interpretación del negocio jurídico en la historia*, coordinado por Remedios Aranda Rodríguez, 7-32 (Madrid: Instituto Universitario Lucio Anneo Seneca, 2017), <http://hdl.handle.net/10016/24997>.

32 Artículos 11, 17 y 22, LAM.

33 Gustavo Calvino, “La carga procesal y el dinamismo de la norma procedimental”, *Vox Juris* 34 (septiembre de 2017): 142, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6222552>.

renuncia al arbitraje³⁴. Por lo tanto, el sistema arbitral ecuatoriano reconoce expresamente que la voluntad —en este caso una renuncia— puede darse de manera tácita.

Además, la LAM está basada parcialmente en la Ley Modelo de la CNUDMI³⁵, que contempla expresamente la posibilidad de prestar una voluntad tácita en la contestación a la demanda. El artículo 7(5) de la Ley Modelo establece que:

Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.³⁶

En este sentido, la Ley Modelo CNUDMI reconoce la posibilidad de que la voluntad de las partes para arbitrar se manifieste de manera tácita en los escritos de demanda y contestación.

En legislación comparada también se reconoce esta posibilidad. Por ejemplo, Colombia ha reconocido el *pacto ficto* para arbitrar. El artículo 3 de la ley 1563 de 2012 establece que:

Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral³⁷.

La legislación colombiana en 2012 reconoció la voluntad tácita para arbitrar, que puede darse mediante el silencio sobre la existencia de un convenio arbitral.

La legislación arbitral española también reconoce la posibilidad de manifestar la voluntad para arbitrar de manera tácita mediante escritos de demanda y contestación. El artículo 9, numeral 6, de la Ley española 60/2003 prescribe que: “[s]e considera que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra”³⁸. Este artículo es muy similar al de la Ley Modelo CNUDMI y también reconoce la voluntad tácita para arbitrar.

34 Artículo 8, LAM.

35 Eduardo Carmigniani, y Carla Cepeda, “Implementación (parcial) en Ecuador de principios de la ley modelo CNUDMI, sobre arbitraje comercial: retrospectiva histórica y necesidades”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 8 (noviembre de 2016): 356, https://iea.ec/pdfs/2016/REA_n8_Art11.pdf.

36 Artículo 7, opción I, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional con enmiendas del 2006.

37 Artículo 3, Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Diario Oficial N.º. 48.489 del 12 de julio de 2012.

38 Artículo 9, Ley 60/ 2003, Boletín Oficial del Estado del 23 de diciembre de 2003.

Por estas razones —tomando en consideración los requisitos de manifestación de voluntad en la doctrina, legislación comparada y legislación nacional— es posible manifestar la voluntad para arbitrar de manera tácita. En consecuencia, a primera vista, es posible prorrogar la competencia del tribunal arbitral. Sin embargo, a continuación se analizarán los límites de esta prórroga de competencia tomando en consideración las distintas formas de competencia que puede tener un tribunal arbitral.

3. SOBRE LA PRÓRROGA DE COMPETENCIA

La prórroga de competencia —de manera amplia— es “la facultad que tienen las partes para convenir expresa o tácitamente, en ser juzgadas por un tribunal distinto a aquél a quien según la ley corresponda el conocimiento del asunto”³⁹. Esta prórroga puede ser expresa o tácita.

Por un lado, es expresa cuando las partes lo manifiestan por escrito o de manera oral. Por ejemplo, cuando las partes, una vez iniciado el proceso arbitral, deciden de común acuerdo que el arbitraje versará sobre más materias que las inicialmente pactadas. Por otro lado, la prórroga es tácita cuando el comportamiento procesal de las partes manifiesta su voluntad⁴⁰. De acuerdo con Vázquez, la prórroga de manera tácita se basa en la interpretación extensiva del convenio arbitral⁴¹.

La legislación ecuatoriana reconoce la prórroga de la competencia en el artículo 8 de la LAM. Este artículo establece que se entiende que una de las partes renuncia al convenio arbitral cuando no presenta objeciones en jurisdicción ordinaria sobre su existencia⁴². Por lo tanto, en este caso, si bien el tribunal arbitral tenía en principio competencia, la actuación procesal de las partes hace que esta competencia se prorrogue al juez ordinario.

De manera análoga al arbitraje, el artículo 162 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ) establece que el tribunal que en un principio no es competente puede llegar a serlo si las partes pactan de manera expresa o tácita la prórroga de la competencia⁴³. Sin embargo, este artículo también prohíbe expresamente la prórroga de la competencia en razón de la materia⁴⁴.

La prórroga de la competencia del tribunal arbitral ha sido tratada en la

39 José Quezada, *La competencia* (Santiago de Chile: Marcelo Carter Santamaría, 1997), 350.

40 Rodríguez Jiménez, *Competencia judicial civil internacional*, 125-35.

41 María Fernanda Vázquez Palma, “Revisión de la competencia del árbitro en relación al tiempo y la materia”, *Revista Ius et Praxis* 16, n.º 2 (2010): 450, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200016>.

42 Artículo 8, LAM.

43 Artículo 162, Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ], R.O. Suplemento 544 del 9 de marzo de 2009, reformado por última vez el 29 de marzo de 2023.

44 Id.

doctrina colombiana como un convenio arbitral implícito o *pacto ficto*. Gil Echeverry define a los convenios arbitrales implícitos como aquellos que surgen del comportamiento de las partes y consisten en que la parte demandada, al no presentar una objeción de competencia, brinda su consentimiento para arbitrar⁴⁵. Ruíz Muñoz establece que, si una parte invoca la existencia de un convenio arbitral y la otra no desarrolla excepciones previas en su contestación, existe un *pacto ficto*⁴⁶.

Sin embargo, la doctrina italiana establece que no es posible prorrogar la competencia del tribunal arbitral con la contestación a la demanda. Si el convenio arbitral no consta por escrito, se considera nulo. En este sentido, no procede el *pacto ficto* para arbitrar y, por lo tanto, no puede existir una prórroga de la competencia del tribunal arbitral⁴⁷.

En consecuencia, existe un debate doctrinario sobre la posibilidad de prorrogar la competencia del tribunal arbitral. Por un lado, parte de la doctrina establece que es posible porque las partes están brindando su consentimiento para arbitrar con su actuación. Por otro, la doctrina italiana considera que la prórroga de competencia no procede porque no cumple con el requisito de escrituración del convenio.

La prórroga de competencia en el sistema arbitral abre paso a ciertas interrogantes, principalmente sobre el consentimiento. Si es posible prorrogar la competencia de un tribunal arbitral, ¿existiría algún conflicto con los requisitos para la manifestación del consentimiento? ¿Cuáles serían los límites de la prórroga de competencia? Todas estas interrogantes se responderán a continuación.

4. LÍMITES A LA PRÓRROGA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La autoridad que tiene la competencia para decidir sobre su propia competencia es el tribunal arbitral con base en el principio *kompetenz-kompetenz*⁴⁸. Sin embargo, esta competencia tiene varias dimensiones con matices diferentes. En esta sección se analiza la prórroga de la competencia del tribunal arbitral tomando en consideración los diferentes tipos de competencia y sus posibles limitaciones.

45 Jorge Hernán Gil Echeverry, *Régimen arbitral colombiano: parte general y parte procesal* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013), 187.

46 Julio Ruíz Muñoz, "El pacto arbitral ficto o presunto en el derecho del consumidor: interpretación proconsumidor", tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia (mayo de 2018): 22, <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/63906/19381254%20-2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

47 Arturo Garavito Zuluaga, "Voluntad de las partes, formación del consentimiento y pacto arbitral tácito o ficto", trabajo de maestría, Universidad de La Sabana (2021): 18-20.

48 Born, *International Commercial Arbitration*, 1048.

4.1 COMPETENCIA EN RAZÓN DE LA MATERIA

Para que el tribunal arbitral tenga competencia en razón de la materia, las controversias que pacten las partes deben ser arbitrables. Esto hace referencia a la arbitrabilidad objetiva: si la materia es arbitrable, el convenio es “válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje”⁴⁹. El artículo II (1) de la Convención de Nueva York establece que el asunto que las partes sometan a la justicia arbitral debe poder ser resuelto por arbitraje⁵⁰. El criterio de arbitrabilidad depende de la legislación de cada país⁵¹.

En Ecuador, el criterio para determinar la arbitrabilidad de una materia es su transigibilidad⁵². El artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador⁵³ y el artículo 1 de la LAM⁵⁴ establecen que se puede someter a arbitraje una controversia “que por su naturaleza se pueda transigir”.

La jurisprudencia también ha decidido sobre la competencia en razón de la materia. En el caso n.º. 2013-011-CCG, resuelto por un tribunal del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, se determinó que “lo importante es que la transacción sea permitida”. En el supuesto de que no lo sea, el tribunal debe abstenerse de conocer la controversia⁵⁵. Por lo tanto, la competencia en razón de la materia tiene como base fundamental que la materia pactada por las partes sea transigible.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por materia transigible? Se entiende como materia transigible “todo aquello que no ha sido calificado como no transigible por la ley”⁵⁶. El artículo 66, número 29, letra d de la Constitución⁵⁷, así como el artículo 8 del Código Civil, establecen que no se puede impedir una conducta que no esté expresamente prohibida por la ley⁵⁸. En consecuencia, los árbitros no pueden resolver sobre materias que estén expresamente prohibidas, por ejemplo, derecho de alimentos o derecho penal.

La arbitrabilidad es considerada un límite a la voluntad de las partes. Es la línea

49 Roque Caivano, “Arbitrabilidad y orden público”, *Foro Jurídico*, n.º 12 (2015): 64, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801>.

50 Artículo II (3), Convención de Nueva York para la Ejecución de Laudos Extranjeros.

51 Caivano, “Arbitrabilidad y orden público”, 65.

52 Leonardo Coronel, e Isabel Núñez, “La transigibilidad: un criterio incorrecto de arbitrabilidad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 10 (noviembre de 2019): 171, <https://iea.ec/pdfs/revista-10/articulos/Coronel-&-Nunez.pdf>.

53 Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador [CRE], R.O. Suplemento 449 del 20 de octubre de 2008, reformado por última vez el 25 de enero de 2021.

54 Artículo 1, LAM.

55 Caso n.º 2013-011-CCG, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, 2014.

56 Luis Parraguez, y Juan Carlos Darquea, “La Arbitrabilidad del daño moral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 8 (noviembre de 2016): 102, https://iea.ec/pdfs/2016/REA_n8_Art4.pdf.

57 Artículo 66, CRE.

58 Artículo 8, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104 del 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez el 27 de junio de 2024.

que divide la autonomía de la voluntad y la misión adjudicataria pública⁵⁹. Si bien no toda norma de orden público produce la no arbitrabilidad, en la legislación ecuatoriana existe una estrecha relación entre arbitrabilidad y orden público. De acuerdo con Caivano, el orden público y la no arbitrabilidad pueden coincidir si “la norma produce efectos *ab initio* y obliga al árbitro a declinar su competencia”⁶⁰. Esto sucede cuando la legislación impide recurrir a la justicia ordinaria para dirimir determinados derechos o materias⁶¹.

Por esto, a pesar de que las partes pacten arbitraje para resolver sobre una materia no transigible, el tribunal arbitral no tendría competencia porque existe una prohibición expresa a nivel constitucional y legal. En este caso, el orden público es un límite a la autonomía de voluntad de las partes. Por lo tanto, aunque las partes pacten expresamente sobre una materia no arbitrable, el árbitro deberá declinar su competencia. En consecuencia, no es posible prorrogar la competencia en razón de la materia.

4.2 COMPETENCIA EN RAZÓN DE LA PERSONA

El arbitraje tiene como base fundamental la voluntad de las partes. En este sentido, la competencia en razón de la persona se refiere a quiénes el tribunal debería considerar como partes. Como se explicó anteriormente, el convenio arbitral es un negocio jurídico al que se le aplican las teorías y principios de este sistema. Tomando esto en consideración, el principio de relatividad de los negocios jurídicos aplica al convenio arbitral.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano no reconoce expresamente el principio de relatividad. Sin embargo, este principio puede desprenderse del artículo 1561 del Código Civil, el cual prescribe que: “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”⁶². El principio de relatividad hace referencia a que el contrato solamente es oponible para quienes se consideren como partes⁶³. Además, de acuerdo con García, el principio de relatividad significa (i) que un negocio jurídico solo surte efectos para las partes y (ii) el negocio jurídico es oponible para todo aquel que se considere como un tercero⁶⁴.

Para analizar la competencia en razón de la persona, el tribunal arbitral debe considerar quiénes son las partes del convenio arbitral. De acuerdo con Parraguez, el primer elemento a considerar para analizar si una persona es

59 Thomas Carbonneau, y François Janson, “Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability”, *Tulane Journal of International and Comparative Law* 2 (1994): 193, https://elibrary.law.psu.edu/fac_works/298/.

60 Caivano, “Arbitrabilidad y orden público”, 76.

61 Ibid.

62 Artículo 1561, CC.

63 Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato*, 134.

64 García, “Partes no signatarias del convenio arbitral”, 85.

parte es su consentimiento⁶⁵. Así, el tribunal arbitral solo es competente sobre las personas que consintieron en el convenio arbitral.

Se creía que este consentimiento solo podía estar plasmado en el convenio arbitral por escrito. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia han creado las teorías de partes no signatarias con las cuales se puede extender los efectos del convenio a una persona que no lo firmó si su conducta demuestra el consentimiento. Así, se han creado varias teorías para la incorporación de partes no signatarias a un arbitraje: la incorporación por referencia, la representación y agencia, la doctrina de actos propios, levantamiento del velo societario, contrato a favor de un tercero, buena fe, actos propios, etc.⁶⁶. Esto no implica hacer a un tercero parte de un arbitraje, sino reconocer que el consentimiento para arbitrar también puede darse a través de la conducta. En consecuencia, estas teorías reconocen que es posible extender los efectos del convenio arbitral a no signatarios, quienes, debido a su conducta, son considerados como verdaderas partes.

El sistema arbitral ecuatoriano reconoció la posibilidad de que existan partes no signatarias en el convenio arbitral con el artículo 6 del RLAM. Sin embargo, la jurisprudencia ya había permitido la inclusión de partes no signatarias antes de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano lo reconozca expresamente. En el caso n.º. 026-05 CAM CCQ, una compañía demandó a un grupo de personas, quienes propusieron una reconvencción en contra de la compañía y de su representante legal por sus propios y personales derechos. En la contestación a la reconvencción, el representante legal no propuso objeciones al convenio arbitral.

El tribunal arbitral estableció que en este caso “existe voluntad expresa tanto de los demandados que reconviene como de quien replica la reconvencción, SEÑOR X, de someter la controversia a arbitraje, en los términos del Art. 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación”⁶⁷. En este caso, todas las partes demostraron su consentimiento de manera tácita: (i) los demandados al reconvenir contra el representante legal y (ii) el representante legal al contestar la reconvencción por sus propios y personales derechos. La prórroga de competencia del tribunal arbitral en razón de la persona fue posible porque las partes —mediante su conducta— aceptaron incluir al representante legal en el arbitraje, a pesar de que no firmó el convenio.

De este modo, es plenamente posible prorrogar la competencia del tribunal

65 Ibid., 136.

66 Alfredo Bullard, “¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje”, en *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* 2, n.º 2 (septiembre de 2012): 44, <https://www.ipa.pe/pdf/Anuario-Latinoamericano-2.pdf>.

67 Caso n.º 026-05, Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Quito, 21 de octubre de 2005, árbitro único, Alejandro Ponce Martínez.

arbitral en razón de la persona cuando existe una voluntad de las partes para realizarlo. A diferencia de la competencia en razón de la materia, quiénes son partes en un arbitraje no es un tema de orden público. Por lo tanto, si ninguna de las partes objeta la inclusión de un no signatario y este también presta su consentimiento —mediante su conducta—, existe una voluntad tácita de todos para arbitrar entre esas partes. Esto ha sido reconocido en jurisprudencia y, además, la legislación ecuatoriana lo reconoce expresamente.

4.3 COMPETENCIA EN RAZÓN DE LA VOLUNTAD

La competencia en razón de la voluntad analiza el ámbito del convenio arbitral. En otras palabras, estudia el convenio arbitral para determinar qué controversias decidieron voluntariamente las partes someter a arbitraje. Este tipo de competencia guarda relación con “el contenido y alcance de la cláusula arbitral, toda vez que en ella se define el ámbito de la disputa sometida a arbitraje”⁶⁸. En la legislación ecuatoriana, la competencia en razón de la voluntad se desprende del artículo 5 de la LAM. Este artículo prescribe lo siguiente:

[e]l convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del **cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir** entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual (énfasis añadido)⁶⁹.

Es decir, un tribunal arbitral es competente en razón de la voluntad cuando el conflicto que conoce está dentro del alcance del convenio arbitral.

El tribunal arbitral solamente tiene competencia en lo que las partes sometan en el convenio arbitral. Sin embargo, como se explicó anteriormente, la voluntad de las partes puede darse de manera tácita. Por lo tanto, existiría una prórroga de competencia en el siguiente supuesto: A y B celebran un convenio arbitral en el que deciden someter las controversias X y Y a arbitraje. Primero, A inicia una demanda en contra de B con respecto a X, Y y Z. Luego, B contesta la demanda sin objetar la competencia del tribunal sobre Z. En este caso existe una prórroga de la competencia en razón de la voluntad.

La jurisprudencia comparada ya ha reconocido la posibilidad de prorrogar la competencia en razón de la voluntad. En un caso conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago no se aceptó la acción de casación propuesta por

68 Valentina Centeno Artega, Ana Belén Morales Solís, y Romina Isabel Sánchez Romero, “Falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 9 (noviembre de 2017): 263, https://iea.ec/pdfs/2018/REA_No_9_9_Centeno_Morales&Sanchez.pdf.

69 Artículo 5, LAM.

el demandante toda vez que el tribunal arbitral sí tenía competencia porque ocurrió una prórroga⁷⁰. En este caso, el demandado alegaba que el tribunal no era competente para resolver la disputa porque resolvió sobre una materia que las partes no habían pactado expresamente en el convenio arbitral.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones desestimó la demanda de casación porque consideró que, cuando el demandado no objetó la competencia sobre esa materia en el momento procesal oportuno, prestó su consentimiento tácito sobre la materia no pactada en el convenio⁷¹. La Corte de Apelaciones consideró que existe una prórroga tácita porque la voluntad del demandado se puede verificar de su propia actuación, en este caso, la no objeción de la competencia del tribunal en el momento procesal oportuno. Esta sentencia es útil para entender la posibilidad de prorrogar la competencia del tribunal arbitral en la legislación ecuatoriana porque la decisión se fundamenta en principios reconocidos por el ordenamiento ecuatoriano como la doctrina de los actos propios y el principio *pro arbitri*.

Es posible prorrogar la competencia en razón de la voluntad de manera tácita siempre que las actuaciones de las partes evidencien su voluntad. Como se explicó anteriormente, el silencio sobre la competencia del tribunal arbitral tiene un valor jurídico. En este caso, la no objeción de controversias —no establecidas en el convenio arbitral— demuestra la voluntad de las partes para incluirlas en arbitraje. Por lo tanto, es plenamente posible prorrogar la competencia del tribunal arbitral en razón de la voluntad porque las partes pueden prestar un consentimiento tácito sobre las controversias que deben tratarse en el arbitraje.

5. REVISIÓN DE OFICIO DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Una vez analizada la posibilidad de que el tribunal arbitral prorrogue su competencia en razón de la persona, materia y voluntad es preciso identificar si esta autoridad puede revisar su competencia de oficio. Esto porque la revisión de oficio de la competencia del tribunal arbitral podría ser un límite a la prórroga de competencia. Si los árbitros pueden revisar de oficio su competencia, la voluntad tácita de las partes podría desestimarse.

El momento procesal oportuno que tienen las partes para objetar la competencia del tribunal arbitral es en su escrito de contestación. El hecho de que este sea el momento procesal oportuno guarda relación con el principio de seguridad jurídica y el derecho a la defensa en la garantía de igualdad procesal.

70 Sergio Moreno Castro, Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de marzo de 2010.

71 Vásquez Palma, "Revisión de la competencia del árbitro", 450.

Si una de las partes realiza argumentos adicionales sin que la otra pueda defenderse, existiría una violación a estas garantías constitucionales. Por estas razones, las partes tienen plazos específicos para la presentación de escritos una vez que inicia el proceso arbitral, incluso para la reforma de su demanda y contestación. Ahora bien, ¿puede el tribunal arbitral revisar su competencia sin que alguna de las partes la objete? En esta sección se analizará esta posibilidad, tomando en consideración el alcance del principio *kompetenz-kompetenz*.

El principio *kompetenz-kompetenz* se refiere a que el tribunal arbitral tiene el poder de decidir si tiene o no competencia para resolver una determinada disputa⁷². Este principio se recoge en la legislación ecuatoriana en el artículo 22 de la LAM⁷³. Sin embargo, el *kompetenz-kompetenz* tiene ciertos límites. Para Caivano, este principio se aplica cuando el demandado plantea una objeción a la competencia del tribunal arbitral o impugna la validez de un convenio arbitral⁷⁴.

De acuerdo con Born, el principio *kompetenz-kompetenz* tiene un efecto negativo y uno positivo. El efecto negativo implica la exclusión de los tribunales judiciales para decidir sobre la competencia de los árbitros y el efecto positivo se refiere a que el tribunal arbitral tiene la competencia para decidir sobre las “objeciones jurisdiccionales”⁷⁵. Por lo tanto, si es que no existe una objeción jurisdiccional, el tribunal no tiene competencia para decidir sobre su propia competencia porque se entiende que las partes aceptaron su jurisdicción. En consecuencia, el tribunal arbitral —en principio— no podría revisar de oficio su competencia.

El artículo 22 de la LAM prescribe que “[u]na vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia”⁷⁶. De acuerdo con este artículo, no existe una prohibición expresa para realizar una revisión de oficio de la competencia, por lo que sería plenamente posible hacerlo. Sin embargo, el hecho de que la legislación permita a los tribunales arbitrales revisar de oficio o investigar sobre su propia competencia, no significa que el tribunal arbitral tiene el deber de hacerlo⁷⁷. Por lo tanto, hay supuestos en los que el tribunal arbitral está obligado a revisar de oficio su competencia y otros en los que debe deferir a la voluntad de las partes —sea esta expresa o tácita—.

Los árbitros podrían realizar una revisión de oficio en el caso de que las partes

72 Redfern et al., *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (Londres: Sweet & Maxwell, 2004), 597.

73 Artículo 22, LAM.

74 Roque Caivano, *Arbitraje* (Buenos Aires: Vilella Editor, 2000), 160.

75 Born, *International Commercial Arbitration*, 1069.

76 Artículo 22, LAM.

77 Seung Wha Chang, “Inherent Power of the Arbitral Tribunal to Investigate Its Own Jurisdiction”, *Journal of International Arbitration* 29, n.º 2 (abril de 2012): 173, <https://doi.org/10.54648/joia2012010>.

hayan pactado una materia no transigible porque es un tema de orden público. Por ejemplo, en el caso ICC n.º 8423, un tribunal arbitral estableció que debía revisar su competencia de oficio —a pesar de que las partes no la habían objetado— porque la materia en disputa versaba sobre derecho de competencia, el cual se encuentra dentro del orden público⁷⁸.

De igual manera, en el caso ICC n.º 1110, el árbitro único revisó y declinó su competencia de oficio porque el caso implicaba “graves violaciones de las buenas costumbres y del orden público internacional”⁷⁹. Si bien estos casos son de arbitrajes internacionales, en los cuales no se aplicó la legislación ecuatoriana, sirven para ilustrar que varios tribunales arbitrales en la práctica internacional han considerado que se puede realizar una revisión de oficio de su competencia sobre la materia.

Otra de las razones por las que el tribunal arbitral podría revisar su competencia de oficio es si el convenio arbitral padece de una nulidad absoluta. El artículo 1699 del Código Civil obliga a los jueces a declarar la nulidad absoluta cuando la nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato, incluso si las partes no la hubiesen solicitado⁸⁰. En consecuencia, en estos casos los árbitros podrían revisar su competencia de oficio porque existe un atentado contra el orden público. Sin embargo, en todos los demás casos, la contestación a la demanda es una manifestación tácita de voluntad de las partes. Por tanto, la revisión de la competencia de oficio —en esos casos— desconocería esta voluntad tácita de las partes.

Además, esta revisión de oficio del tribunal arbitral vulneraría la doctrina de los actos propios que se basa en la buena fe. Esta doctrina consiste en que “nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro”⁸¹.

En conclusión, el tribunal arbitral solamente podría revisar su competencia de oficio en caso de que las partes hayan pactado una materia no transigible o el convenio arbitral padezca de una nulidad absoluta. Sin embargo, en todos los demás casos la revisión de oficio es un abuso del principio *kompetenz-kompetenz* que desconoce la voluntad tácita para arbitrar.

78 Caso ICC n.º 8423, Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, 1994.

79 Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains, y Dominique Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000* (París: Kluwer Law International, 2003), 1-5.

80 Artículo 1699, CC.

81 Marcelo López, “La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación”, *Vniversitas* 119 (diciembre de 2009): 191, <https://www.redalyc.org/pdf/825/82515353014.pdf>.

6. ¿CUÁL ES EL CRITERIO DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL ECUATORIANA?

Existen al menos dos posturas en la jurisprudencia arbitral ecuatoriana sobre la prórroga tácita de competencia y la posibilidad de la revisión de oficio. En esta sección se analizarán dos casos para evidenciar estas posturas.

Primero, en un caso resuelto en 2022 ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, el tribunal arbitral —dentro del acta de sustanciación— revisó su competencia de oficio basándose en el principio *kompetenz-kompetenz*. En este caso, la parte demandada no presentó argumentos para objetar la competencia del tribunal arbitral en su contestación a la demanda, pero sí los realizó en la audiencia de sustanciación. La parte demandada alegó la no competencia del tribunal arbitral en razón de la voluntad porque —en su criterio— ciertas pretensiones de la demandante no estaban cobijadas por el convenio.

El tribunal arbitral reconoció que la objeción de competencia de la parte demandada fue extratemporánea porque el momento procesal oportuno para realizar estas objeciones era la contestación a la demanda. Sin embargo, los árbitros establecieron que en virtud del principio *kompetenz-kompetenz* podían realizar una revisión de su propia competencia de oficio. En consecuencia, se declararon no competentes para conocer algunas de las pretensiones de la demandante⁸².

El hecho de que el tribunal arbitral haya revisado su competencia de oficio desconoce la voluntad tácita de los demandados. Como bien lo reconocieron los árbitros, el momento procesal oportuno para objetar la competencia es en la contestación a la demanda o reconvencción. La LAM prevé que las partes pueden modificar sus escritos de demanda o contestación en el término de cinco días contados desde su presentación⁸³. Por lo tanto, si no se objeta la competencia del tribunal arbitral en los momentos procesales oportunos, las partes reconocen la competencia del tribunal arbitral. En este caso, la revisión de oficio de competencia desconoció por completo la voluntad tácita de las partes.

Segundo, en un caso iniciado en 2024, administrado por la Cámara de Comercio de Quito, las partes habían acordado someter las controversias relativas al monto de la indemnización —dentro de un contrato de seguro—, de común acuerdo, a arbitraje. Las pretensiones de la demandante consistían en que el tribunal arbitral declare el incumplimiento del contrato y ordene

82 Proceso arbitral confidencial, Acta de Audiencia de Sustanciación, Cámara de Comercio de Quito, 24 de agosto de 2023.

83 Artículo 13, LAM.

una indemnización a su favor. A pesar de esto, la parte demandada contestó la demanda sin objetar la competencia del tribunal arbitral. En la audiencia de sustanciación la parte demandada objetó la competencia del tribunal. Ante esto, el tribunal arbitral determinó que tenía competencia para conocer el caso, basándose en la voluntad tácita de las partes. Este criterio se fundamentó en el hecho de que se presentó una demanda arbitral y la misma fue contestada sin objeciones⁸⁴. Por lo tanto, en este proceso existió una prórroga de la competencia, la cual fue reconocida y aceptada por el tribunal arbitral.

Estos casos evidencian las posturas divergentes en la jurisprudencia arbitral ecuatoriana respecto a la prórroga tácita de competencia y la facultad de los tribunales arbitrales para revisar su competencia de oficio. Por un lado, en el caso de 2022, el tribunal arbitral, al realizar una revisión de oficio de su competencia, desconoció la voluntad tácita de las partes. Esto resalta una interpretación extensiva del principio *kompetenz-kompetenz*, que prioriza la facultad de los árbitros sobre el reconocimiento de la conducta procesal de las partes.

Por otro lado, el caso de 2024 refuerza el valor de la voluntad tácita al considerar que la ausencia de objeciones en la contestación de la demanda constituye una aceptación implícita de la competencia arbitral. Aquí, el tribunal priorizó la conducta de las partes, estableciendo que la prórroga es válida y efectiva cuando no se plantean objeciones dentro de los plazos procesales establecidos.

Estas posturas reflejan una tensión entre el respeto a la autonomía de las partes en el arbitraje y la capacidad de los árbitros para evaluar su propia competencia. En este sentido, resulta fundamental avanzar hacia una interpretación equilibrada que armonice el principio *kompetenz-kompetenz* con los actos procesales de las partes, garantizando la seguridad jurídica y coherencia en los procesos arbitrales.

7. CONCLUSIÓN

Este artículo ha explorado la posibilidad de prorrogar la competencia de los tribunales arbitrales en el contexto del sistema jurídico ecuatoriano, considerando tanto los requisitos legales como las implicaciones prácticas de la manifestación de la voluntad, ya sea expresa o tácita.

En primer lugar, se determinó que, aunque el ordenamiento jurídico exige que el convenio arbitral conste por escrito, en Ecuador este requisito es *ad probationem*, lo que permite la posibilidad de manifestar una voluntad tácita para arbitrar mediante las actuaciones de las partes. Esta interpretación se

⁸⁴ Proceso arbitral confidencial, Acta de Audiencia de Sustanciación, Cámara de Comercio de Quito, 8 de noviembre del 2024.

sustenta en la teoría general del negocio jurídico y en las disposiciones del sistema arbitral.

En segundo lugar, se estableció que la prórroga de competencia arbitral es viable en cuanto a la persona y la voluntad, siempre que se respete el principio de autonomía de las partes y se evidencie el consentimiento tácito en las actuaciones procesales. Sin embargo, se reconoció que la prórroga en razón de la materia está restringida por consideraciones de orden público.

En tercer lugar, se analizó la facultad del tribunal arbitral para revisar su competencia de oficio bajo el principio *kompetenz-kompetenz*. Aunque este principio permite a los árbitros decidir sobre su propia competencia, una revisión de oficio podría contravenir la voluntad tácita de las partes, salvo en casos excepcionales relacionados con el orden público o nulidades absolutas.

Por último, la jurisprudencia arbitral ecuatoriana presenta posturas divergentes sobre la prórroga tácita de competencia y la revisión de oficio, lo que refleja una necesidad de mayor uniformidad y desarrollo doctrinario. En este sentido, la jurisprudencia comparada podría enriquecer la práctica arbitral ecuatoriana, promoviendo un equilibrio entre la autonomía de las partes y la intervención del tribunal arbitral.

generatrust

Administradora de Fondos y Fideicomisos

SOLUCIONES FIDUCIARIAS A TU ALCANCE

QUITO

Av. 12 de octubre y Baquerizo Moreno
Torre "Alianza", Piso 11, Oficina 1101
(593 2) 255 2369

FIDEICOMISOS
TITULARIZACIÓN
FIDEICOMISOS



INVERSIÓN
FONDOS DE
INVERSIÓN

GUAYAQUIL

Av. Francisco de Orellana
Edificio "Las Cámaras", Torre A, Piso 6
(593 4) 259 0200

Más que administrar patrimonios, construimos relaciones de confianza y generamos valor sostenible para nuestros clientes.

www.generatrust.com



1800 TRUSTS (878787)



**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

Abogados

luzuriagacastro.com



RANKED IN



Luzuriaga&CastroAbogados



ANDERSEN®

Presencia
179
países

Entre las
10
firmas legales
más grandes
del mundo

27
años en Ecuador
+200
profesionales

Tax Compliance • Transfer Pricing • Legal • Corporate Legal • Antitrust • Business Advisor

Quito • Guayaquil • Cuenca

+593 99 944 8953

contactouio@ec.Andersen.com

La indemnización económica como parte de la reparación integral en los delitos contra la vida

Economic Compensation as Part of Comprehensive Reparation in Crimes Against Life

FRANCEL ADRIANA VÁSQUEZ SALAS*

Recibido / Received: 11/01/2025

Aceptado / Accepted: 30/03/2025

DOI: <https://doi.org/10.18272/d7cwd055>

Citación:

Vásquez, Francel. “La indemnización económica como parte de la reparación integral en los delitos contra la vida” *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 1. (mayo de 2025): <https://doi.org/10.18272/d7cwd055>.

* Pérez Bustamante & Ponce, Abogada, Av. República del Salvador y Suecia, Quito 170505, Pichincha, Ecuador. Abogada por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, Ecuador. Correo electrónico: francel_vasquez@outlook.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0002-1267-2739>

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la indemnización económica en los delitos contra la vida y cómo la falta de estándares afecta la determinación de una adecuada reparación integral. El objetivo de esta investigación es examinar el alcance de la indemnización económica dentro del sistema legal ecuatoriano y proponer criterios que permitan mejorar su cuantificación. Este trabajo explora la necesidad de garantizar una compensación adecuada para aquellos que han perdido a un ser querido y se enfrentan a un sistema que no presenta lineamientos claros. Para esto, se utiliza una metodología deductiva, partiendo de las nociones básicas de reparación integral y del daño para posteriormente identificar las limitaciones que existen dentro del sistema actual. Al concluir se evidencia la importancia de que el sistema normativo ecuatoriano incluya criterios para que los jueces puedan fijar una correcta indemnización económica que satisfaga las necesidades de las víctimas.

PALABRAS CLAVE

Reparación integral; compensación; indemnización económica; daño material; daño inmaterial

ABSTRACT

This paper analyzes economic compensation in crimes against life, particularly focusing on how the lack of standards impacts the determination of adequate comprehensive reparation. This research is set to examine the scope of economic compensation within the Ecuadorian legal system and propose criteria to improve its quantification. This work explores the need to guarantee adequate compensation for those who have lost a loved one and face a system that lacks clear guidelines. A deductive methodology is employed, beginning with fundamental concepts of comprehensive reparation and damage, and subsequently identifying the limits within the current system. The conclusion underscores the importance of the Ecuadorian regulatory system incorporating criteria to enable judges to set appropriate economic compensation that meets the needs of victims.

KEY WORDS

Comprehensive reparation; compensation; economic compensation; material damage; non-material damage

1. INTRODUCCIÓN

El sistema penal ecuatoriano adopta un modelo acusatorio regido por las normas vigentes, en las cuales se reconoce la reparación integral como un derecho de las víctimas en cualquier proceso penal cuando hayan sufrido vulneraciones como resultado de una infracción tipificada. Una de las formas de reparación integral es la indemnización económica, que permite otorgar una suma monetaria por los daños materiales e inmateriales sufridos. No obstante, el sistema normativo carece de estándares que orienten la determinación de esta indemnización y, debido a que este sistema no se basa en precedentes jurisprudenciales, esta falta de guía dificulta la uniformidad en las sentencias. En el caso de los delitos contra la vida, la compensación económica es un aspecto fundamental, dada la complejidad, e incluso la imposibilidad, de asignar un valor monetario a la vida de una persona.

En este contexto se plantea la pregunta de investigación: ¿en qué medida la falta de estándares para la fijación de indemnizaciones económicas en delitos contra la vida afecta al establecimiento de una reparación económica adecuada? Esta problemática destaca la necesidad de determinar criterios dentro de la normativa ecuatoriana para lograr mayor uniformidad en el sistema penal, a fin de que la indemnización otorgada resulte suficiente y justa para satisfacer las necesidades de las víctimas. La importancia del tema radica en la búsqueda de una justicia que, en la medida de lo posible, restaure el daño ocasionado, pues, por la naturaleza del delito, no se puede regresar a la situación anterior a la que se encontraba el damnificado.

La metodología que será utilizada es deductiva para examinar los conceptos básicos acerca de la reparación integral y del alcance de una de sus modalidades, la indemnización económica, en el contexto de los delitos contra la vida. Este enfoque permite una mejor comprensión de la problemática, pues facilita la identificación de inconsistencia a nivel normativo, estableciendo así una base para sugerir mejoras y criterios estandarizados que favorezcan una compensación justa.

En aras de resolver el problema planteado, primero se indaga a la víctima, sus derechos y su rol dentro del proceso, para posteriormente analizar uno de sus derechos fundamentales, la reparación integral, identificando los estándares que rigen para su aplicación. A continuación se analizan qué daños pueden ser objeto de reparación en los delitos contra la vida, bajo la modalidad de indemnización económica, detallando las dificultades que presenta su cuantificación en el sistema actual debido a la falta de referencias normativas. Por último, se plantea una solución que sugiere la incorporación de criterios para el establecimiento de los montos indemnizatorios, con el propósito de promover una compensación uniforme y justa.

2. EL ROL DE LA VÍCTIMA Y LA REPARACIÓN INTEGRAL

La víctima ha sido tradicionalmente desatendida dentro del sistema penal desde que el Estado asumió el poder punitivo y con eso la persecución y sanción de los delitos. Ha existido una preocupación casi exclusivamente por el sujeto activo del hecho delictivo, estableciendo un conjunto de garantías para salvaguardar sus derechos durante todo el proceso penal. En cambio, la víctima ha quedado relegada, a tal punto en que, dentro del ordenamiento, se le otorga garantías de participación y defensa muy limitadas. Esto ha provocado que la víctima no solo padezca un daño inicial a causa del delito, sino también perjuicios derivados de la administración de justicia¹.

En primer lugar, es importante establecer la distinción entre víctima, objeto de la acción y sujeto pasivo. La víctima es la persona que sufre las consecuencias de la conducta ilícita, cuyas afectaciones varían según el tipo penal. Es aquella que experimenta un malestar emocional a causa de un evento traumático o por las implicaciones de una agresión injusta, que puede tener efectos en su bienestar físico, psicológico o material². Por otra parte, el objeto de la acción es la persona o cosa sobre la que recae de forma directa la conducta descrita en el tipo penal, por ejemplo, en el hurto sería la cosa mueble ajena. Esto lo hace distinto del bien jurídico que es el valor que la norma penal trata de proteger como la propiedad³. Por último, el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico y el que sufre el impacto del delito⁴. Si bien en muchas situaciones la víctima y el sujeto pasivo pueden ser la misma persona, se debe tener en cuenta que no siempre es así, como en el caso de los delitos que atañen intereses colectivos.

A lo largo de la historia, el papel de la víctima ha ido cambiando dentro del derecho penal. En un principio, el protagonismo de la víctima era mayor ya que existía la justicia privada. No obstante, al momento en que el Estado pasa a tener el monopolio de la fuerza, su participación va disminuyendo. Siendo así que el derecho se centraba en castigar al delincuente, dejando de lado a la víctima, pues la finalidad de la pena servía para cancelar la voluntad singular del infractor a fin de restituir la norma que había sido quebrantada a causa del delito⁵. Esta concepción retributiva de la pena al buscar imponer un castigo proporcional al daño causado no considera prioritario atender las necesidades de la víctima. Es así como las víctimas, en el proceso judicial, generalmente figuraban como meros testigos, por lo que recibían limitada información del avance del procedimiento. En este sentido, la víctima transfería toda su

1 María Fernández, "Protección de los derechos de la víctima en el proceso penal", *Estudios Penales y Criminológicos* 39 (diciembre de 2019): 756, <https://doi.org/10.15304/epc.39.6199>.

2 Gema Varona et al., *Victimología: Un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramientas de comprensión e intervención* (País Vasco: OCW, 2015), 31.

3 Francisco Muñoz, *Teoría general del delito* (Bogotá: Temis, 2018), 49.

4 *Ibid.*

5 Georg Hegel, *Filosofía del Derecho* (Buenos Aires: Claridad, 1968), 112.

participación al Estado para que le atribuyera responsabilidad al infractor⁶.

Con el paso del tiempo, el sistema penal ha experimentado una evolución respecto a la forma de abordar el conflicto proveniente del delito. En este contexto aparece la justicia restaurativa como un paradigma complementario al modelo retributivo tradicional. Desde esta perspectiva se busca hacer justicia por medio de la reparación o restauración del daño ocasionado por el delito⁷. Si bien no busca otorgar protagonismo a la víctima como fin en sí mismo, considera que su participación es crucial, ya que permite ayudarlo a que se recupere de la experiencia traumática⁸. Además, al buscar atender las necesidades de las víctimas, incita al infractor a asumir la responsabilidad de su conducta⁹.

Actualmente, las víctimas gozan de varios derechos dentro del proceso penal, como el derecho al acceso a la justicia, por medio del cual pueden participar en el proceso presentando una acusación particular. Este derecho contempla la eventualidad de retirarse en cualquier momento del proceso, contar con una defensa legal en cada una de sus etapas, recibir asistencia por un traductor o intérprete, recibir asistencia integral cuando sea necesario y recibir información desde la investigación preprocesal hasta que culmine el proceso. Además, deben recibir un trato igualitario y, cuando se requiera, obtener medidas de acción afirmativa¹⁰.

Uno de los derechos más importantes que tiene la víctima es el de reparación integral, pues, al ser quien sufrió el impacto del delito, espera ser protegida, reparada y que se imparta justicia¹¹. Este derecho se encuentra consagrado en la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) como un derecho fundamental de todas las personas¹². Aquí se incluye el reconocimiento de la verdad de los hechos y las distintas medidas de reparación que tienden a restaurar el daño¹³. Adicionalmente, se contempla que este también aplica cuando se trata de infracciones cometidas por agentes del Estado o que actúen bajo su autorización¹⁴. Es así como la reparación de las víctimas es un objetivo determinante, para lo cual se requiere dilucidar la magnitud de las pérdidas

6 Galo Bilbao, "El desafío de la paz y la justicia restaurativa en sociedades divididas: El caso del País Vasco", *Sociedad y Utopía*, n.º 42 (noviembre de 2013): 200, <https://www.sociedadutopia.es/index.php/sumario-42/344-the-challenge-of-peace-and-restorative-justice-in-divided-societies-the-case-of-the-basque-country>.

7 Gordon Bazemore, y Lode Walgrave, *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime* (Misuri: Willow Tree, 1999), 49.

8 Gerry Johnstone, "Restorative Justice for Victims: Inherent Limits?", *Restorative Justice* 5, n.º 3 (diciembre de 2017): 388, <https://doi.org/10.1080/20504721.2017.1390999>.

9 Howard Zehr, *El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa* (Intercoarse: Good Books y CEMTA, 2010), 31.

10 Artículo 11, numerales 1, 6, 7, 9, 10, 11 y 12, Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. Suplemento 180 del 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O. Suplemento 610 del 29 de julio de 2024.

11 Mariana Yépez, "La víctima en el Código Orgánico Integral Penal", en *Código Orgánico Integral Penal: Hacia su mejor comprensión y aplicación*, ed. Ramiro Ávila Santamaría (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015), 169.

12 Artículo 78, Constitución de la República del Ecuador [CRE], R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

13 Artículo 11, numeral 2, COIP.

14 Artículo 11, numeral 3, COIP.

sufridas y considerar que no solo las víctimas principales podrían recibir la misma, sino que, dependiendo del ilícito, como los casos de delitos contra la vida, también podrían percibirla sus familiares¹⁵.

Como último aspecto, se reconoce el derecho que tienen las víctimas a recibir una protección especial que se enfoca en salvaguardar su seguridad y bienestar al igual que el de sus familiares y testigos. Esto abarca el derecho a no ser revictimizadas durante el proceso y la protección ante cualquier forma de amenaza o intimidación. También, se facilita su ingreso al Sistema Nacional de Protección y Asistencia, a fin de proporcionarles un entorno seguro¹⁶.

Respecto de su rol en el proceso penal, se debe considerar que el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) establece que los sujetos procesales son la persona procesada, la defensa, la fiscalía y la víctima¹⁷. A lo largo de los años, se ha tratado de establecer criterios que permitan definir a los sujetos que tienen esta calidad de víctimas. Esta tarea ha sido complicada, pues esta figura adquiere excepcionalmente relevancia histórica y capta interés en crímenes como el magnicidio¹⁸. En este contexto, se ha determinado que no solo existen víctimas directas, sino también indirectas y su alcance varía dependiendo de si son analizadas a la luz del derecho nacional o internacional.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano determina que la titularidad de víctima la tienen las personas naturales o jurídicas que hayan padecido un daño directo o indirecto a un bien jurídico como consecuencia del delito¹⁹. Respecto de las víctimas directas se debe destacar que son aquellas que han sufrido una agresión de carácter físico, psicológico, sexual o cualquier tipo de menoscabo como consecuencia del ilícito²⁰. Por otro lado, las víctimas indirectas son quienes, a pesar de no haber sufrido un daño directamente, por la relación de afectividad que tienen con las víctimas directas, sufren un perjuicio. Además, se establece que pueden ser el cónyuge o pareja de unión de hecho, los familiares ascendentes y descendentes que estén dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad, así como las personas que convivan con el agresor o agredido, cuando se trate de delitos contra la vida, integridad personal, sexual y reproductiva o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar²¹.

15 Daniel Van Ness, "New Wine and Old Wineskins: Four Challenges of Restorative Justice", en *Correctional Ethics*, ed. John Kleinig (Nueva York: Taylor & Francis Group, 2006), 273.

16 Artículo 11, numerales 4, 5 y 8, COIP.

17 Artículo 439, COIP.

18 Luis Rodríguez, *Victimología: estudio de la víctima* (Ciudad de México: Porrúa, 1998), 12.

19 Artículo 441, numeral 1, COIP.

20 Artículo 441, numeral 2, COIP.

21 Artículo 441, numerales 3, 4 y 5, COIP. También se debe señalar que el Estado figura como víctima. Artículo 441, numeral 6, COIP. Empero, los derechos humanos no fueron diseñados para proteger al Estado, sino para proteger a las personas naturales contra sus abusos. Además, el Estado —al no poder ser titular de los derechos inherentes a la dignidad de las personas— no podrá ser considerado como víctima en el marco de los derechos humanos. Ver, Sentencia n.º 282-13-JP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 4 de septiembre de 2019, párrs. 28-35.

A nivel internacional se debe enfatizar que la titularidad de víctima abarca a más personas, especialmente en lo referente a las víctimas indirectas. Es así como en esta categoría se incluye no solo a los familiares de la víctima directa, sino también a las personas a cargo que tengan una relación inmediata con la misma²². Siendo así que el alcance del concepto de víctima indirecta no debe ser limitado al grado de consanguinidad que tengan las personas cercanas al fallecido, como lo hace el COIP, pues de lo contrario se estaría subestimando la magnitud y complejidad del daño.

En gran medida el impacto que tienen las violaciones a los derechos humanos es soportado por las personas cercanas al afectado²³, inclusive se llega a evidenciar un cambio en su estilo de vida²⁴. En los delitos contra la vida se puede constatar que las víctimas indirectas tienen síntomas muy similares a los de las víctimas más directas del hecho delictivo²⁵. Estas personas experimentan una violencia grave que se deriva del acontecimiento traumático que se presentó de forma inesperada y generó una amenaza en su integridad física y/o psicológica, rompiendo su confianza en sí mismas y en su entorno²⁶. Su rol cobra mayor relevancia en los delitos contra la vida, pues requieren de una atención especial, debido al profundo impacto emocional que implica la pérdida de un ser querido.

Por otra parte, el concepto de víctima se extiende no solo a las personas de manera individual, sino que puede referirse a todo un colectivo. En este sentido, las reparaciones colectivas aplican a las comunidades, nacionalidades, pueblos y comunas indígenas que sufran un daño en sus derechos o bienes jurídicos colectivos²⁷. El término colectivo debe ser interpretado en un sentido amplio y no restrictivo, pues no se trata de la suma de personas, sino de la unión de estas con características que los identifican con un sentido de pertenencia²⁸.

Respecto al rol que cumple la víctima en el proceso, en los delitos cuya acción es pública, su papel es secundario, ya que la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) es quien goza de la titularidad y, por tanto, la encargada de recabar los elementos de convicción necesarios para llevar a cabo la acusación²⁹.

22 Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, Resolución, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/40/34, 29 de noviembre de 1985, párr. 2.

23 Bámaca Velásquez c. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 25 de noviembre de 2000, párr. 162.

24 José Zamora, *Sufrimiento social y condición de víctima* (Barcelona: Anthropos, 2021), 224.

25 Susana Laguna y Laura Gómez, *Manual de victimología* (Madrid: Delta, 2019), 63.

26 Gema Varona et al., *Victimología: Un acercamiento a través de sus conceptos fundamentales como herramientas de comprensión e intervención* (País Vasco: OCW, 2015), 199.

27 Artículo 441, numeral 8, COIP.

28 Yesenia Crespo, "La reparación del daño como derecho fundamental de la víctima en el sistema acusatorio", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 14, n.º 43 (diciembre de 2020): 334, <https://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v14n46/1870-2147-rius-14-46-329.pdf>.

29 Manuel Flores, y Verónica Puertas, "La víctima en el proceso penal ecuatoriano", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades* 5, n.º 3 (mayo de 2024): 978, <https://doi.org/10.56712/latam.v5i3.2090>.

De modo que representa el interés público y el de la víctima, pues busca reafirmar la vigencia de la norma y rehabilitar al infractor. Si bien la víctima puede tener un papel más activo por medio de la acusación particular y presentar pruebas para fortalecer la teoría del caso, en ningún momento puede suplir la función de la FGE. De hecho, está imposibilitada de tener una pretensión punitiva, ya que en caso de que la FGE decida no presentar una acusación, a pesar de que la víctima estime que hay suficientes elementos, no podrá existir un juicio³⁰. Adicionalmente, el derecho que tiene a recurrir se limita a aspectos que tengan relación con la reparación integral, por lo que se evidencia que su actuación únicamente toma relevancia en temas indemnizatorios³¹.

En este contexto, es importante analizar la reparación integral por cuanto constituye un pilar en el ámbito del derecho penal y de los derechos humanos. Su origen se vincula al reconocimiento de los derechos de las víctimas que progresivamente han aumentado, hasta el punto de asumir un rol en los procesos penales. La reparación integral nace luego de la Segunda Guerra Mundial como respuesta a la necesidad de solucionar las graves violaciones que se produjeron durante ese período³². A partir de ese momento, la comunidad internacional empieza a tomar conciencia sobre el impacto negativo que generan las graves violaciones a los derechos fundamentales.

Uno de los primeros avances respecto a los derechos de las víctimas que se dio a nivel mundial fue la adopción de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder en 1985. Esta Declaración reconoció el derecho que tienen las víctimas a ser tratadas con respeto y compasión y a contar con acceso a mecanismos de justicia que permitan una reparación oportuna por el daño sufrido³³.

A nivel regional, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos en 1969, se instauran obligaciones para los Estados de garantizar y respetar los derechos de las personas reconocidos en la misma que estén bajo su jurisdicción, lo que implica un deber de reparación cuando estos hayan sido vulnerados. Sus disposiciones están reforzadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) por medio del establecimiento de criterios dentro de su jurisprudencia. De acuerdo con lo establecido en la Declaración, cuando se determine la violación de un derecho o libertad, si es procedente, se deberá reparar las consecuencias causadas y compensar con el pago de una indemnización justa³⁴.

30 Sentencia n.º 768-15-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 2 de diciembre de 2020, párr. 26.

31 *Ibid.*, párr. 30.

32 Con los juicios de Núremberg y Tokio surge la idea de crear paz por medio del procesamiento judicial de responsables, considerando a la sanción como una medida de reparación. Ver Christopher Servín, "Más allá de la impunidad: incorporando la paz en las funciones de la Corte Penal Internacional", tesis doctoral, Universidad de Granada, 2016.

33 Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder, párr. 4.

34 Artículos 1 y 63, Convención Americana de Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1979, ratificado por Ecuador el 8 de diciembre de 1977.

Posteriormente, mediante el reconocimiento formal del derecho de las víctimas a obtener una reparación con la adopción de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, se consolida el compromiso de la comunidad internacional y, en general, de la sociedad por alcanzar justicia. Este instrumento detalla que las víctimas deben ser reparadas de forma adecuada y en proporción a la gravedad de la vulneración. Además, el Estado será el responsable de conceder la misma cuando se trate de infracciones a normas internacionales de derechos humanos y la conducta que ocasionó esto le sea atribuible³⁵.

El reconocimiento internacional del deber de reparar evidencia la obligación de los Estados de incorporar normas internas que garanticen el goce de derechos³⁶. En Ecuador, la reparación integral fue incorporada con la Constitución de 2008. La Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE), como máximo órgano de interpretación constitucional, ha indicado que la reparación integral tiene una doble dimensión, ya que constituye un verdadero derecho constitucional y un principio orientador que mejora y refuerza la protección de los derechos, pues, al estar presente en todo el sistema constitucional, es transversal al ejercicio de los derechos, lo cual permite que las garantías constitucionales sean verdaderas herramientas a disposición de las personas³⁷.

En este sentido, existe la obligación del Estado de proporcionar mecanismos efectivos y eficaces que permitan, en lo posible, la *restitutio in integrum*³⁸, es decir, volver al estado en el que se encontraba anteriormente la víctima³⁹. No obstante, la CCE ha señalado que cuando esto resulte imposible de ser efectuado, dado que por los hechos del caso se constata que el derecho no puede ser restablecido, el juez debe identificar otra medida de reparación que sea equiparable⁴⁰. Un claro ejemplo es el derecho a la vida, cuya restitución es imposible. Es así como el ordenamiento contempla otros mecanismos de reparación como las medidas de satisfacción, la rehabilitación, las garantías de no repetición y la indemnización de daños materiales e inmateriales⁴¹. Esta última se analizará con mayor detalle en el siguiente apartado, enfocándose en

35 Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Resolución, Asamblea General de las Naciones Unidas, A/RES/60/147, 16 de diciembre de 2005, párr. 15.

36 Jacqueline Pinacho, *El derecho a la reparación del daño en el Sistema Interamericano* (Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2019), 18.

37 Sentencia n.º 004-13-SAN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de junio de 2013, 24.

38 Alfredo Ruiz et al., *Reparación integral: análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador* (Quito: Corte Constitucional de Ecuador, 2018), 23.

39 Tania Bolaños, y Diana Quintero, "Función transformadora y emancipadora de la reparación integral: la búsqueda incesante de la justicia y la igualdad", *Estudios Constitucionales* 20, n.º 2 (septiembre de 2022): 112, <https://www.scielo.cl/pdf/estconst/v20n2/0718-5200-estconst-20-02-105.pdf>.

40 Sentencia n.º 146-14-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 1 de octubre de 2014, 52.

41 Artículo 78, COIP.

los delitos contra la vida.

En definitiva, el sistema penal ecuatoriano reconoce el derecho de las víctimas al acceso a la justicia, a la reparación integral, a la verdad y a recibir una protección especial. La reparación integral al ser reconocida como un derecho constitucional debe adecuarse a la totalidad de los daños padecidos por las víctimas, de forma proporcional, oportuna y adecuada, considerando las necesidades de las víctimas y el grado de afectación que tuvieron. No obstante, hay que recordar que las víctimas tienen un rol limitado dentro del proceso, pues cuando la acción es pública la FGE tiene la potestad de continuar o desistir de la acusación. Esto plantea una problemática con respecto a la reparación integral, dado que si la FGE no formula cargos, la víctima se queda sin medios efectivos para conseguir justicia y un resarcimiento y, como consecuencia, se deja sin efecto uno de los objetivos constitucionales del sistema procesal: la realización de justicia⁴².

3. LA INDEMNIZACIÓN ECONÓMICA EN LOS DELITOS CONTRA LA VIDA

La vida es un derecho fundamental cuyo ejercicio es indispensable para el goce de todos los demás derechos humanos, por lo que si no se respeta, el resto de los derechos pierden su sentido⁴³. La pérdida de este bien jurídico a causa del delito trasciende el ámbito meramente punible y constituye un menoscabo irreparable que trastorna el ámbito social y personal, pues son las personas cercanas a la víctima directa quienes sufren el impacto. A raíz de esto, la consecuencia jurídica que se genera es la obligación de reparar, siendo así que el derecho trata de brindar una respuesta que ayude a mitigar los efectos del daño y a restablecer el equilibrio social.

De esta forma la indemnización busca otorgar un alivio económico a las víctimas, abarcando tanto los daños materiales como los inmateriales. En este apartado se considerará la dicotomía entre el daño material e inmaterial, junto con sus particularidades, las dificultades que representa la demostración de los perjuicios cuando el bien jurídico protegido es la vida y las limitaciones dentro del sistema legal.

3.1 EL DAÑO MATERIAL: EL DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE COMO MEDIDA DE COMPENSACIÓN

Los delitos contra la vida generan en las víctimas indirectas, especialmente en

⁴² Artículo 169, CRE.

⁴³ Niños de la Calle, Villagrán Morales y otros c. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, 19 de noviembre de 1999, párr. 40.

los familiares, no solo un impacto emocional, sino también un menoscabo económico significativo. Dentro del estudio del daño material aparecen dos conceptos fundamentales que son el daño emergente y el lucro cesante, los cuales son utilizados para evaluar las consecuencias económicas que se derivan de la pérdida de una vida. El presente apartado tiene como objetivo analizar estas dos categorías, entendiendo su naturaleza y la forma en que deben ser probadas.

En primer lugar, es importante entender que el daño material abarca tanto las pérdidas patrimoniales como los ingresos no percibidos, es decir, el daño emergente y el lucro cesante. Para determinar el monto indemnizatorio es necesario realizar una ponderación de la situación patrimonial en la que se encontraba la víctima. De esta forma aparece la teoría de diferencia, de acuerdo con la cual el daño se refleja al comparar el patrimonio del afectado antes y después del hecho dañoso⁴⁴.

De forma ejemplificativa, se pueden tomar tres fotografías: la primera antes de que se produzca el menoscabo, la segunda cuando se consuma el mismo y la tercera después de la reparación. Para que exista una reparación plena, la última fotografía debe coincidir con exactitud con la primera⁴⁵. Por su naturaleza, este tipo de daño tiene un carácter objetivo y puede ser cuantificado, es decir, su valoración se encuentra respaldada por documentos tangibles que evidencien el detrimento sufrido por el damnificado.

Como primera categoría del daño material, se encuentra el daño emergente que es el menoscabo o pérdida de bienes que se encontraban incorporados al patrimonio del afectado. Atañe un empobrecimiento provocado por los gastos que el afectado tuvo que soportar a raíz del daño o también puede darse por el deterioro, privación del uso y goce o destrucción de bienes de este⁴⁶. Su cuantificación es menos compleja, pues se debe realizar una evaluación en concreto de las pérdidas sufridas.

Además, las pruebas que se utilicen, especialmente documentales, deben demostrar la correlación que existe entre el desembolso y la reposición. No puede ser probable o conjetural, más bien debe evidenciar la ejecución del primero, para que sea procedente el segundo⁴⁷. Para el caso de los delitos contra la vida, la reparación cubriría, por ejemplo, los gastos efectuados para darle una sepultura digna, los provenientes de las gestiones realizadas ante las autoridades, la búsqueda de información y todos aquellos que tengan un nexo causal

44 Luis Díez-Picazo, *Derecho de daños* (Madrid: Civitas Ediciones S.L., 1999), 309.

45 Ramón Pizarro, y Carlos Vallespinos, *Tratado de responsabilidad civil* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2017), 135.

46 Jorge Bustamante, *Teoría general de la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997), 70.

47 Jorge Pantoja, *Derecho de Daños Tomo I* (Bogotá: Leyer, 2015), 483.

con las circunstancias del caso⁴⁸.

Por otra parte, el lucro cesante, también conocido como pérdida de ingresos, es la ganancia líquida que la víctima dejó de percibir por la falta de ingresos que legítimamente se hubieran incorporado a su patrimonio de no haber acontecido el daño. Al ser más abstracta su cuantificación se torna más compleja de estimar, pues debe existir una probabilidad razonable de que esa utilidad hubiera sido obtenida. Deben incluirse las situaciones en las que existan lesiones personales, la disminución o pérdida de la capacidad de trabajo y, por ende, la aptitud de conseguir una remuneración, por lo que si tiene un carácter temporal deberá cubrirse por el tiempo de duración y, en caso de ser permanente, deberá abarcar las posibilidades de vida de conformidad con el curso ordinario de la actividad realizada⁴⁹, como lo sería en los delitos en los que se produce la muerte de la persona. Para la demostración del lucro cesante se deben aportar elementos que determinen su alcance o, al menos, que conduzcan al convencimiento del juzgador de que dicha utilidad fue impedida por el accionar del responsable del daño⁵⁰.

De esta manera, se puede señalar que la víctima es quien debe formular concretamente el tipo de reparación integral que aspira obtener. Siendo así que debe hacer lo posible por aportar elementos y pruebas necesarias que cuantifiquen los perjuicios por concepto de daño emergente y por lucro cesante, para que el resultado no sea adverso a sus pretensiones⁵¹. Esto sin perjuicio de que la FGE, al ser quien dirige la acción penal, tiene la obligación de recopilar pruebas que permitan verificar la magnitud del daño.

3.2 EL DAÑO INMATERIAL COMO COMPONENTE PARA LOGRAR UNA ADECUADA REPARACIÓN INTEGRAL

El segundo componente de la compensación que se debe analizar es el daño inmaterial, el cual ha adquirido relevancia dentro del esquema de la reparación integral. Su reconocimiento en el sistema judicial es indispensable para lograr una indemnización que trascienda lo meramente económico. El daño puede manifestarse por medio de diversas formas entre las que se destacan el daño moral y el daño al proyecto de vida, figuras que van a ser analizadas a continuación por ser las que mayor presencia tienen en los delitos contra la vida.

El daño moral es el menoscabo que experimenta alguien en su bienestar, sin

48 Hidalgo y otros c. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de abril de 2024, párr. 110 y 114.

49 Luis Díez-Picazo, *Derecho de daños*, 324.

50 Jorge Pantoja, *Derecho de Daños Tomo I*, 539.

51 Jorge Pantoja, *Derecho de Daños Tomo II* (Bogotá: Leyer, 2015), 19.

que ese estado desfavorable se convierta en una patología, como resultado de la violación de un interés o un derecho de la víctima⁵². Suele ser definido como el precio del dolor o *pretium doloris*⁵³, de modo que es la indemnización destinada a compensar el sufrimiento que ha experimentado una persona a causa de un hecho ilícito. Es la categoría principal de daño inmaterial que se presenta en los delitos contra la vida, dado que afecta profundamente a los familiares y seres queridos de la víctima, aun cuando no hayan percibido el daño directo⁵⁴. Por lo general, suele ser utilizado como un sinónimo del daño inmaterial, ya que el ordenamiento lo ha reconocido de esa manera, sin embargo, se debe tomar en cuenta que no todos los daños inmateriales son morales.

Otra de las categorías es el daño al proyecto de vida, que tiene su origen en la jurisprudencia de la Corte IDH. Se trata de un menoscabo a la libertad entendida como la capacidad de cumplir con un plan de vida personal, es decir, ataca las aspiraciones que tenía una persona de poder elegir entre las distintas oportunidades que se van presentando a lo largo de su vida, pues su acceso se ve limitado o incluso ya no se presentan a causa del daño⁵⁵.

En la legislación ecuatoriana, el daño al proyecto de vida se encuentra consagrado en el COIP, el cual menciona que, en casos de violencia de género, se puede dar la reparación a este daño⁵⁶. Sin embargo, esto no debería limitarse a estas situaciones, ya que puede presentarse en otros contextos, como en los casos de delitos contra la vida. Es importante mencionar que no se puede solicitar una indemnización por este concepto, argumentando que las víctimas fallecidas lo padecieron, pues no se pueden restablecer las expectativas razonables que tenían⁵⁷.

La pérdida de un ser querido no solo involucra un vacío emocional irreparable, sino que además interrumpe los planes y sueños compartidos con esa persona. De esta forma, el daño al proyecto de vida es como “matar al cerebro de la persona, si le robas la ilusión a una persona, le robas las ganas de vivir y hasta el sentido de la vida”⁵⁸. En uno de los casos de la Corte IDH, en el que se produjo una masacre en la aldea Plan de Sánchez, se determinó la ocurrencia del daño al proyecto de vida a nivel individual y comunitario. La pérdida de las mujeres, niños y ancianos desarticuló los roles familiares fundamentales, destruyendo las expectativas de progreso en familia y frustrando la continuidad

52 Pascual Alferillo, *Daño moral* (Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2022), 76.

53 *Ibid.*, 80.

54 Obdulio Velásquez, *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá: Temis, 2016), 290.

55 Paloma de la Nuez Sánchez, “El daño al proyecto de vida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del pensamiento de J. Shklar”, *Andamios* 17, n.º 42 (agosto de 2020): 151, <https://doi.org/10.29092/uacm.v17i42.738>.

56 Artículo 78.1, numeral 2, COIP.

57 González y otros (“Campo Algodonero”) c. México, Corte Interamericana de Derechos Humanos Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16 de noviembre de 2009, párr. 589.

58 Jorge Calderón, *Reparación del daño al proyecto de vida por violaciones a derechos humanos* (Ciudad de México: Porrúa, 2005), 9.

generacional⁵⁹.

Respecto de la actividad probatoria en los daños inmateriales, la pérdida de la vida de una persona genera múltiples impactos que no en todos los casos son susceptibles de una medición directa. Además, no existe un procedimiento objetivo que permita determinar cuánto vale la pérdida, lo que dificulta establecer un sistema claro que genere cuantificaciones justas para las víctimas. En este contexto, se genera un “problema de revelación de preferencias” que impide una medición precisa del valor subjetivo que se le atribuye a ciertos derechos o bienes jurídicos⁶⁰. Esto ocasiona que no existan medios probatorios que permitan capturar plenamente la profundidad del daño de esta naturaleza, siendo así que la compensación perfecta no siempre es factible.

La ex Corte Suprema de Justicia indicó que el daño moral y su magnitud permanecen en lo más profundo del ser, sin llegar a tener una manifestación externa, por lo que no se necesitaría probar, por ejemplo, el sufrimiento de un padre que pierde a su hijo, siendo así que el principio *in re ipsa* rige para las lesiones del espíritu⁶¹. Asimismo, la CCE ha establecido que la sola negativa sin mayor motivación de otorgar una indemnización por ausencia de prueba vulnera el derecho a la reparación integral y a la tutela judicial efectiva⁶².

En la misma línea, la Corte IDH ha mencionado que cuando se producen violaciones a los derechos humanos, como en el caso en que se da una masacre, hay mayores impedimentos para recopilar pruebas referentes al daño emergente y lucro cesante. Además, existe la presunción de que se ocasionó un daño inmaterial por la gravedad del caso. Es así como la Corte IDH, para otorgar una reparación integral, evalúa la naturaleza y la gravedad de las violaciones ocurridas, el daño provocado por la impunidad y el sufrimiento ocasionado en las víctimas en los ámbitos físico, psicológico y moral y determina un monto en equidad, incluso cuando no se hayan aportado pruebas⁶³.

En suma, el resarcimiento por daño inmaterial resulta de vital importancia en los delitos contra la vida, al ser una categoría que involucra aspectos como el sufrimiento emocional, la alteración de la vida digna y la frustración de expectativas. La complejidad que representa la valoración y prueba del daño inmaterial ha hecho que se recurra al principio *in re ipsa*. No obstante, el desafío de la demostración de este daño, para su posterior cuantificación, se agrava por la falta de estándares normativos, una cuestión que será analizada en el siguiente apartado.

59 Caso Masacre Plan de Sánchez c. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Reparaciones, 19 de noviembre de 2004, 22.

60 Robert Cooter, y Thomas Ulen, *Derecho y economía* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1988), 551.

61 Resolución n°. 75-2002, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 17 de abril del 2002, 2295.

62 Sentencia n°. 145-15-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 16 de junio de 2020, párr. 53.

63 Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de octubre de 2012, párr. 383.

3.3 LIMITACIONES EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN ECONÓMICA

Dentro del sistema judicial ecuatoriano, la ausencia de un esquema para la fijación de una indemnización económica ha generado varios desafíos. A pesar de que el ordenamiento jurídico cuenta con estándares de derecho internacional, no es superada la incertidumbre que existe al momento de establecer montos compensatorios. Esto se debe a la complejidad que presenta la cuantificación de los daños, especialmente inmateriales, sobre todo en los delitos contra la vida, lo que conlleva a la vulneración de los derechos de las víctimas.

El COIP contempla varias disposiciones que regulan el régimen de la reparación integral, las cuales prescriben que, una vez determinada la culpabilidad del acusado en el respectivo proceso penal, los jueces, para cumplir con el mandato de determinar en la decisión judicial la reparación integral de la víctima identificable, deben recurrir en primera instancia a los mecanismos determinados en el artículo 78 del COIP, analizando cuál o cuáles de estos son aplicables a cada caso⁶⁴. Por ejemplo, en delitos contra la vida no se puede aplicar la medida de restitución, pero sí de indemnizaciones de daños materiales e inmateriales. No obstante, este cuerpo normativo carece de directrices o una metodología precisa que permita guiar al juez para calcular la compensación económica con relación al daño.

En los casos en que existen perjuicios materiales que por su naturaleza son totalmente cuantificables, si bien el juzgador puede determinar el valor para fijar una indemnización, no hay parámetros claros que señalen montos o categorías aplicables a los casos. Si bien esto no implica automáticamente que se desconozcan las necesidades y los requerimientos de las víctimas, es esencial contar con directrices que disminuyan y eliminen la excesiva discrecionalidad que tienen los administradores de justicia, principalmente en lo que respecta a los daños inmateriales⁶⁵.

El propósito del COIP, como una norma que regule la reparación integral como un mecanismo dentro del sistema penal enfocado en la víctima, es loable e incluso podría entenderse como presumiblemente eficaz agrupar las cuestiones asociadas a la pena y a la reparación. Sin embargo, en la práctica, no tiene regulaciones específicas que ayuden a guiar el ejercicio adjudicativo en el aspecto de restauración, lo cual es problemático.

Ha existido una inclinación por un enfoque en el que la cuantificación por daño moral se fije de forma discrecional, en que el juez utilice su sentido de

⁶⁴ Artículos 619, 621 y 628, COIP.

⁶⁵ Merck Benavides, "La reparación integral de la víctima en el proceso penal", *Revista Internacional de Investigación en Ciencias Sociales* 15, n.º 2 (diciembre de 2019): 294, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9513543.pdf>.

justicia, experiencia e incluso su empatía. Consecuentemente, no existe una uniformidad en las sentencias en cuanto al monto indemnizatorio, lo que pone en riesgo la seguridad jurídica y da paso incluso a la arbitrariedad judicial. Así podría existir una vulneración al derecho a la reparación integral. En este sentido, para cuantificar el daño se debe dejar al criterio prudencial del juez, dado que no existe normativa que permita anticipar los resultados y englobe la diversidad de supuestos. Empero, la prudencia no debe ser interpretada como arbitrariedad, siendo así que es indispensable facilitar al juzgador estándares para evaluar cada caso en concreto⁶⁶.

Esta problemática se intentó abordar por medio de la inclusión de criterios, aunque no perfectos, en los casos de graves violaciones a los derechos humanos que tuvieron lugar en el Ecuador, en el período comprendido entre 1983 y 2008. En el antiguo Reglamento de Procedimiento para los Acuerdos Reparatorios, los Montos a Pagarse por Concepto de Indemnización y las Medidas para su Cumplimiento se determinaba que los daños materiales tenían que ser debidamente comprobados y el monto máximo para otorgar por concepto de daño inmaterial era de doscientos ochenta salarios básicos unificados del trabajador⁶⁷. Si bien se intentó tener un sistema legal más predecible, al haber fijado un monto máximo, se ignoraba las particularidades de cada caso y se alejaba de los estándares internacionales que rigen su aplicación, lo cual impedía alcanzar una verdadera reparación integral. En el nuevo reglamento este criterio se elimina y únicamente se establece que el monto indemnizatorio se fijará con base en los parámetros establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH más reciente en casos análogos⁶⁸.

Es así como en el caso González y otros, más conocido como el caso Fybeca, la Corte Nacional de Justicia (en adelante CNJ) determinó la responsabilidad por el delito de asesinato bajo la modalidad de ejecución extrajudicial de cinco de los acusados en calidad de autor⁶⁹. Posteriormente, fijó una indemnización a favor de las cuatro víctimas que presentaron una acusación particular, considerando únicamente los siguientes componentes: i) el salario básico, que era en ese entonces de trescientos cuarenta dólares; ii) el total de remuneraciones, que son catorce considerando los beneficios laborales; iii) la esperanza de vida y iv) la edad de las víctimas al momento del suceso⁷⁰. El análisis realizado por la CNJ revela importantes deficiencias del sistema penal, lo cual limita una

66 Alfonso Aliaga, “Tratamiento jurisprudencial del daño moral en las víctimas de acoso moral”, en *Victimología forense*, coords. Faustina Sánchez y Emilio García (Toledo: Editorial de Estudios Victimales, 2008), 106.

67 Artículos 15 y 16, Reglamento de Procedimiento para los Acuerdos Reparatorios, los Montos a Pagarse por Concepto de Indemnización y las Medidas para su Cumplimiento, Acuerdo Ministerial 0865, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, R.O. 444 del 24 de febrero del 2015, [Derogada].

68 Artículo 12, Reglamento del Procedimiento para la Suscripción de Acuerdos Indemnizatorios con Víctimas Documentadas en el Informe de la Comisión de la Verdad, Resolución n.º SDH-SDH-2021-0004-R, Secretaría de Derechos Humanos, R.O. 431 de 14 abril de 2021.

69 Juicio n.º 1631-2013, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, y Tránsito, 16 de diciembre de 2014, 69-74.

70 Id., 79.

compensación adecuada y proporcional al perjuicio sufrido.

Un componente clave dentro de la reparación integral es la identificación clara de los tipos de daños que sufrió la víctima, es decir, si fueron materiales, inmateriales o ambos, ya que esto permite justificar qué tipo de indemnización es la más adecuada. La CNJ no realizó un análisis de los tipos de daños que sufrieron las víctimas y tampoco determinó cuál es el tipo de daño que se indemniza con los montos ordenados, es decir, si es por daño material o inmaterial, aunque parecería que se trata del primero. Esto constituye una omisión significativa, puesto que el daño inmaterial no estaría siendo reparado.

Por otro lado, los factores empleados para el cálculo de la indemnización no consideran las singularidades de cada caso, pues se realizan con base en el sueldo básico, que por cierto varía conforme pasan los años, y como si se hubieran encontrado trabajando bajo una relación laboral de dependencia. Esta falta de análisis podría conducir a una compensación inadecuada, que vulneraría potencialmente el derecho a la reparación integral, por cuanto no se asegura que todos los perjuicios sean cubiertos en proporción a la afectación real de cada una de las víctimas. Además, evidencia la necesidad de contar con criterios más claros y uniformes que aseguren que todas las víctimas obtengan una reparación que observe todos los aspectos del daño sufrido y que su indemnización esté debidamente motivada y vaya acorde al principio de proporcionalidad.

El hecho de que el legislador no haya optado por establecer criterios o montos fijos para las indemnizaciones probablemente se da por el convencimiento de que es mejor tener un sistema que individualice los efectos negativos del delito al máximo. No obstante, tener parámetros establecidos no significa que estos van a tener un carácter imperativo, pues su finalidad sería servir de guía para fijar una cifra indemnizatoria y evitar que los jueces caigan en una errónea apreciación o arbitrariedad, por lo cual, más adelante, se proponen directrices que podrían ser incorporadas dentro del sistema penal ecuatoriano.

4. CRITERIOS PARA LA FIJACIÓN DE UNA INDEMNIZACIÓN ECONÓMICA EFECTIVA

La determinación de un monto indemnizatorio en los delitos contra la vida va más allá de la simple valoración de los perjuicios sufridos. El desafío radica en alcanzar una compensación que sea suficiente para cubrir los daños materiales

e inmateriales⁷¹. Para lo cual deben integrarse una serie de principios fundamentales como los de proporcionalidad, razonabilidad y equidad, considerando en todo momento las necesidades de las víctimas indirectas.

En primer lugar, para fijar los valores a ser indemnizados en el daño material, el daño emergente no genera tanto inconveniente, pues, como se mencionó antes, lo que se pretende es el reintegro de los gastos incurridos por la víctima. No obstante, la determinación del lucro cesante presenta mayores dificultades, ya que involucra la proyección de los ingresos futuros que hubiera obtenido la víctima de no haber ocurrido el daño, además de que su complejidad aumenta cuando la persona fallecida abastecía económicamente a otras⁷².

Una de las técnicas que puede ser utilizada para determinar el monto que debe ser ordenado para indemnizar a las víctimas, por concepto de lucro cesante, es el cálculo actuarial. Por medio de esta técnica se puede realizar una evaluación más objetiva y motivada de los factores económicos que se encuentran inmersos. Los principales componentes para realizar este cálculo son el año de nacimiento de la víctima, su edad, su esperanza de vida, sus ingresos mensuales y las tasas de descuento e inflación⁷³.

En primera instancia, se deben determinar las características de la víctima que podrían influir en su mortalidad, como el año de nacimiento, su edad al momento del fallecimiento, sexo y país de origen. Estos elementos permiten obtener información para lograr proyectar la expectativa de vida de la persona a fin de establecer su capacidad de generar ingresos a medida que transcurre el tiempo. Además, por medio de las tablas de mortalidad se puede estimar el tiempo de vida promedio de un determinado grupo de población⁷⁴.

En segundo lugar, es fundamental precisar los ingresos que recibía mensualmente la víctima para realizar una estimación del apoyo económico que representaba para sus familiares o dependientes y, posteriormente, computar sus retribuciones anuales⁷⁵. Además, se debe tomar en consideración no solo el salario fijo, sino también los beneficios que recibía como trabajador en caso de que estuviera afiliado al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) y

71 La Corte IDH indicó que la reparación abarca las medidas que son destinadas a eliminar los efectos de las vulneraciones cometidas. Su cuantía y naturaleza van a depender del daño generado tanto en el ámbito material como moral. Asimismo, no debe implicar ni un enriquecimiento ni un detrimento para la víctima. Blake c. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Reparaciones y Costas, 24 de enero de 1998, párr. 34.

72 Ximena Ron, “La reparación integral en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Jueces* 2, n.º 1 (enero de 2022): 38, <https://revistas.uees.edu.ec/index.php/rjuees/article/view/942/699>.

73 La Corte IDH ha utilizado en varias de sus sentencias parámetros similares cuando se trata de determinar la indemnización por lucro cesante. Ver *El Amparo c. Venezuela*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Reparaciones y Costas, 14 de septiembre de 1996, párr. 28; *González y otros (“Campo Algodonero”) c. México*, Corte Interamericana de Derechos Humanos Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16 de noviembre de 2009, párr. 576.

74 Francisco Vera et al., “Tablas de mortalidad de Ecuador continental mediante un análisis de supervivencia”, *Papeles de Población* 24, n.º 97 (septiembre de 2018): 68, <https://doi.org/10.22185/24487147.2018.97.25>.

75 Enrique Pita, y Carlos Depetrís, “La cuantificación de los daños por incapacidad y extrapatrimoniales en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas Nueva Época* 11 (2020): 158.

cualesquiera otros ingresos adicionales que recibiera constantemente.

Ahora bien, cuando la persona fallecida no percibía un ingreso fijo o no se encontraba trabajando, se puede realizar una estimación basándose en su historial laboral, considerando su profesión u oficio, o también empleando datos estadísticos de los salarios mínimos sectoriales⁷⁶. En el plano internacional, cuando del acervo probatorio no consta documentación que permita establecer la actividad de la víctima, la Corte IDH utiliza como referencia el salario mínimo vigente en el país en el que se encontraba desempeñando sus actividades la víctima⁷⁷.

Por otro lado, en los delitos en que se produce la muerte de un menor de edad, la problemática no surge con relación a si en el momento de los hechos no se encontraba trabajando, debido a que en algún punto habría podido hacerlo. De hecho, el verdadero imprevisto se origina porque los padres, por lo general, no obtienen un beneficio de los ingresos de sus hijos, así que la labor del juez es identificar si eventualmente los padres hubieran dependido de ellos⁷⁸. En el caso en que se demuestre que el hijo no hubiera sido una fuente de ingresos, estos únicamente podrán ser beneficiarios del resarcimiento por los gastos incurridos y perjuicios inmateriales⁷⁹.

Otro criterio importante es la deducción por gastos personales, ya que se debe determinar qué parte de los ingresos que recibía el fallecido iba a ser destinado a cubrir sus propias necesidades personales. Este ajuste posibilita tener mayor exactitud de los valores que hubieran sido destinados para el sustento de las personas que estaban a su cargo o eran dependientes. Además, evita sobrestimaciones y garantiza que la indemnización refleje el perjuicio real. Para determinar el valor de deducción se puede utilizar el criterio establecido por la Corte IDH, el cual considera una tasa de descuento estándar del veinticinco por ciento⁸⁰. A pesar de que este valor simplifica el cálculo, lo vuelve algo impreciso porque no se toman en cuenta las circunstancias de cada caso.

Por último, es necesario realizar una corrección monetaria o indexación del valor que debe ser indemnizado, pues así se tiene en cuenta tanto la desvalorización como la revalorización de la moneda. Es importante saber que la depreciación de la moneda no es un nuevo perjuicio, por lo que el contenido del daño fijado al momento del fallo debe ser indemnizado en torno al valor

76 Ibid.

77 Panel Blanca, Paniagua Morales y otros c. Guatemala, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Reparaciones y Costas, 25 de mayo de 2001, párr. 95.

78 Javier Tamayo, *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II (Bogotá: Legis Editores S.A., 2008), 1004.

79 La Corte IDH ha establecido que cuando no existe un hecho cierto que posibilite establecer la profesión o actividad que desempeñarían en el futuro, la indemnización se fija en equidad. En consecuencia, ha fijado ciertos valores por la pérdida de ingresos, sin tomar en consideración si los beneficiarios dependían de sus ingresos. Ver, Servellón García y otros c. Honduras, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia, 21 de septiembre de 2006, párrs. 174 y 176.

80 El Amparo c. Venezuela, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Reparaciones y Costas, 14 de septiembre de 1996, párr. 28.

que tenga para ese entonces. Ahora bien, para poder realizar una indexación adecuada se debe tomar un patrón referencial que sea lo más estable posible.

Los métodos que permiten determinar el valor máximo de compensación con mayor precisión son el salario mínimo establecido en cada país y el índice de precios al consumidor (IPC). Si bien existen otras alternativas de indexación, como el precio del dólar u otras monedas de referencia global, estas pueden presentar inconvenientes porque han estado sujetas a rigurosas fluctuaciones, que en muchas situaciones no se relacionan directamente con la disminución del poder adquisitivo de la moneda⁸¹.

Por otro lado, cuando se trata de daños inmateriales su cuantificación encierra un impedimento considerable, dado que es incierta su apreciación pecuniaria por su carácter personal y no existe una suma que llegue a restablecer el equilibrio alterado ni borre el dolor generado. Por lo que su valoración trata de dilucidar su contenido e intensidad, examinando las consecuencias espirituales para los afectados⁸². Además, hay que considerar que no existe una conexión entre la cuantía determinada por concepto de daño inmaterial y la que corresponde por daño material, es decir, no se puede establecer como un porcentaje dentro de este último, pues no se trata de una compensación accesoria, sino que existe de manera independiente⁸³.

La doctrina ha destacado la importancia de explorar criterios que permitan un mayor grado de previsibilidad a fin de disminuir la arbitrariedad en los montos establecidos por daño inmaterial. Al respecto, Peyrano propuso una tarificación indicativa basada en la comparación de jurisprudencia para lograr que el sistema fuese más predecible, sin recurrir a una objetivación absoluta, mediante montos establecidos legalmente⁸⁴. Esta postura promueve una tarificación judicial y no legal a fin de que se vaya creando una especie de baremo consultivo que sirva como guía para los jueces y abogados. Si bien este enfoque permite que la valoración se vaya ajustando a las particularidades del caso, el daño inmaterial que experimenta cada persona es distinto al de otra. Por tanto, un baremo que trate de estandarizar las pérdidas en los delitos contra la vida estaría ignorando la diversidad de efectos que causa en las víctimas.

Desde otra perspectiva, se ha planteado que, en lugar de medir la magnitud del daño, se estime un monto dinerario que facilite el acceso a satisfacciones o placeres que sean capaces de reducir y aliviar el desbalance emocional

81 Javier Tamayo, *Tratado de responsabilidad civil Tomo II*, 700, 707 y 714.

82 Matilde Zavala, *Resarcimiento del daño moral* (Buenos Aires: Astrea, 2009), 67.

83 Carlos Parellada, "El daño moral: la evolución del pensamiento en el derecho argentino", en *Responsabilidad Civil*, dir. Aída Kemelmajer (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007), 376.

84 Jorge Peyrano, "De la tarificación judicial *ius tantum* del daño moral", *Jurisprudencia Argentina* 1 (1993): 877, citado en Juliano López, "Cuantificación del daño extrapatrimonial y justicia distributiva", *Revista de la Facultad* 9, n.º. 1 (marzo de 2018): 132, <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/24412>.

provocado⁸⁵. De esta manera, la compensación adquiere una naturaleza paliativa y se orienta en concretar el precio de aquellos bienes que logren brindar un consuelo. Así, no sería necesario recurrir a la jurisprudencia o a la prudencia del juez para poder justificar moderadamente las indemnizaciones⁸⁶. Por ejemplo, la Corte IDH ha ordenado el pago de un estipendio mensual para el otorgamiento de becas de estudio a fin de que las víctimas puedan continuar con su desarrollo personal y profesional⁸⁷.

Por otro lado, uno de los criterios auxiliares de interpretación judicial ha sido la equidad, la cual, ante la ausencia de normativa para resolver un determinado caso, permite adaptar el derecho a las singularidades de este para lograr una decisión justa⁸⁸. Hay que recalcar que su aplicación debe limitarse a situaciones excepcionales y no en cualquier circunstancia para no aplicar preceptos o modificar el alcance de las normas, pues, si se desvía de su fin, acarrea una posible arbitrariedad e inseguridad jurídica⁸⁹.

Esta práctica ha sido observada en las sentencias de la Corte IDH para la cuantificación de los daños materiales e inmateriales a fin de reparar, de manera conjunta o uniforme, los mismos luego de evidenciar la naturaleza de los delitos⁹⁰. Sin embargo, la misma Corte IDH destaca que este criterio no implica que los montos indemnizatorios puedan fijarse arbitrariamente⁹¹. A su vez, la CCE ha señalado que las autoridades judiciales constitucionales, al emitir una sentencia que reconozca la vulneración de derechos, deben disponer con claridad y precisión las medidas necesarias para su reparación, sin perjuicio de fijar una compensación en equidad⁹². En la misma línea, la CCE, tomando en consideración la dificultad que existe en ciertas ocasiones para valorar el daño, ha establecido que el criterio de equidad no transgrede el artículo 19 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional referente a la reparación económica y no exime la obligación de motivar las mismas⁹³. Dentro de la jurisprudencia de la CCE, se observa que generalmente fija en equidad el valor de US \$5.000 por concepto de reparación⁹⁴. Si bien

85 Juliano López, "Cuantificación del daño extrapatrimonial y justicia distributiva", 134.

86 Silvina del Carmen Furlotti, "El daño resarcible en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* 14, n.º 46 (2020): 27, <https://www.redalyc.org/journal/2932/293265423002/293265423002.pdf>.

87 Vicky Hernández y otras c. Honduras, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de marzo de 2021, párr. 161.

88 Blasco Ibáñez, "La equidad: criterio auxiliar de interpretación judicial", *Revista de Derecho Universidad del Norte*, n.º 1 (diciembre de 1992): 68, <https://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/view/2430/1580>.

89 Hernando Barreto, "Cuantificación de la indemnización judicial", *Revista de Derecho Penal y Criminología* 33, n.º 95 (diciembre 2012): 100, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3422/3109>.

90 Guerrero, Molina y otros c. Venezuela, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 3 de junio de 2021, párr. 188.

91 Quispialaya Vilcapoma c. Perú, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre de 2015, párr. 303.

92 Sentencia n.º 8-19-IS/22, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de octubre de 2022, párr. 42.

93 Sentencia n.º 557-20-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 23 de mayo de 2024, párr. 34.

94 Ver, Sentencia n.º 2951-17-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de diciembre de 2021, párr. 167; Sentencia n.º 2936-18-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de agosto de 2021, párr. 124; Sentencia n.º 1290-18-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 20 de octubre de 2021, párr. 153.

esto involucraría una posible arbitrariedad dado que se suele otorgar el mismo monto aun cuando se trata de violaciones de distinta naturaleza, podría ser utilizado como base cuando no se aporten suficientes elementos probatorios e irse adaptando a las particularidades del caso, para así asegurar que este daño sea cubierto cuando no se ordene ninguna otra medida de reparación.

En definitiva, la complejidad que presenta la evaluación de daños materiales e inmateriales en los delitos contra la vida genera la necesidad de contar con parámetros que permitan cubrir, en la medida de lo posible, la totalidad de los perjuicios sufridos por las víctimas indirectas. Sin embargo, estos no deben pretender que exista una tarificación legal, pues, de lo contrario, irían en contra de los fines mismos de la reparación integral.

5. CONCLUSIONES

Este trabajo de investigación ha demostrado que la ausencia de criterios en el sistema penal ecuatoriano para fijar una indemnización económica en el marco de los delitos contra la vida dificulta alcanzar una adecuada reparación integral. Este problema no solo evidencia las inconsistencias que existen dentro de los procesos penales, pues no existe uniformidad en las sentencias, sino que dificulta a las víctimas indirectas el acceso a una compensación adecuada que sea proporcional al daño sufrido.

La reparación integral se constituye como un derecho de todas las víctimas y su reconocimiento y protección se encuentra en la normativa nacional e internacional. El alcance del concepto de víctima ha evolucionado con los años a tal punto que aquellas personas que no sufrieron de manera directa el daño pueden ser consideradas como tales si es que tienen un vínculo cercano con la víctima directa. Esto es importante porque, en el caso de los delitos contra la vida, serían los principales beneficiarios. Además, la reparación integral puede manifestarse en distintas modalidades, ya que se pretende alcanzar que la víctima regrese a una situación similar a la que se encontraba con anterioridad al hecho ilícito.

Una de las modalidades en que se presenta la reparación integral es a través de la indemnización económica, la cual engloba el daño material e inmaterial. En el contexto de los delitos contra la vida, la cuantificación de los daños, especialmente inmateriales, resulta ser compleja, por no decir imposible, ya que no hay una suma que logre desaparecer los efectos negativos producto del ilícito. En este punto se destaca una de las principales limitaciones, que es la ausencia de normas que establezcan estándares legales que faciliten la determinación de una compensación monetaria. Además, esto se evidencia a nivel jurisprudencial, como en el caso *Fybeca*, en el que no se cumple con

el objetivo de la reparación integral porque no se adapta a las particularidades de cada caso y, por tanto, los montos fijados no van acorde al criterio de proporcionalidad.

La propuesta planteada para mejorar el sistema de daños dentro de los procesos penales sugiere el uso de cálculos actuariales para la valoración del daño material y para el daño inmaterial, utilizar como punto de partida el criterio de equidad, establecido por la Corte IDH y la CCE, e irlo adaptando a las particularidades y circunstancias de cada caso o incluso fijar una suma indemnizatoria que permita el acceso a bienes o servicios que permitan disminuir el daño, ya que ayudaría a superar las dificultades que se presentan. Así, la determinación de la compensación no estaría tan ligada a la prudencia del juez, minimizando así la subjetividad y permitiendo una mayor homogeneidad en las sentencias. Esto impediría el obvio reto práctico de que jueces penales tengan que dilucidar, además de la responsabilidad penal, el modo reparatorio, lo cual es un segundo ejercicio muy complejo.

Para que el sistema de indemnización económica por daños materiales e inmateriales mejore y avance hacia una verdadera reparación integral, es fundamental realizar una reforma al COIP para incluir criterios que sirvan de base para que el juzgador pueda orientarse al momento de fijar una cuantía indemnizatoria. Estos parámetros deben regirse bajo los principios de equidad y proporcionalidad para asegurar que las víctimas sean reparadas adecuadamente.

En cuanto a la determinación de daños materiales, se recomienda incorporar un sistema que permita la realización de cálculos actuariales para así lograr un mayor grado de objetividad en su valoración. Además, el juez podría apoyarse en un perito contable para realizar un informe que determine los daños económicos. De esta forma, los jueces tendrían el soporte de un experto técnico, lo que mejoraría la calidad de las reparaciones, pues reflejaría la condición real en la que se encontraban las víctimas con anterioridad al hecho y a partir de eso se les otorgaría una indemnización.

Por otro lado, para mejorar la evaluación de los daños inmateriales se podrían crear protocolos basados en estándares internacionales que incorporen pautas para cuantificar el impacto emocional padecido por las víctimas. Finalmente, podría sugerirse que, en caso de que su creación tenga una dificultad considerable por la naturaleza del daño, se evalúe la posibilidad de otorgar una reparación con base en el precio de bienes o servicios que permitan disminuir los efectos adversos del daño.

Así, se puede concluir que el establecimiento de criterios normativos para fijar una indemnización económica es indispensable para lograr una verdadera reparación integral. Si bien los criterios propuestos permitirían mejorar el

sistema de justicia, también presentan dificultades, como la resistencia a nivel institucional para implementar cambios legislativos, la ausencia de recursos financieros y técnicos que permitan realizar cálculos con mayor precisión y el hecho de que estos no solucionarían por completo la cuantificación del daño inmaterial. Cabe mencionar que, sean cuales sean los parámetros que se utilicen, estos deben garantizar en todo momento una compensación justa para las víctimas indirectas que, en estos casos, son beneficiarios principales, para lograr superar las brechas actuales y consolidar un sistema que asegure una verdadera reparación integral.



Firma especializada en defensa penal de
alta complejidad

Andrade Marín E6 - 140 entre A.
Navarro y Eloy Alfaro

www.leal.com.ec
info@leal.com.ec



Great
Place
To
Work®

Certified

NOV 2024-NOV 2025

ECUADOR



ZION

ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A.



 www.zion.com.ec

   @zionfondos

S &
Co.

Santamaría
Abogados

“Convertimos los conceptos en soluciones ficaces”



Santamaría Abogados

Responsabilidad penal y omisión impropia en delitos contra la administración pública: un análisis de la posición de garante del funcionario

Criminal Liability and Commission by Omission in Crimes Against the Public Administration: An Analysis of the Public Server Guarantor's Role

DAVID ALEJANDRO YUMICEBA LÓPEZ*

Recibido / Received: 11/01/2025

Aceptado / Accepted: 06/04/2025

DOI: <https://doi.org/10.18272/s3jgzs82>

Citación:

Yumiceba, David. “Responsabilidad penal y omisión impropia en delitos contra la administración pública: un análisis de la posición de garante del funcionario” *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 1. (mayo de 2025): <https://doi.org/10.18272/s3jgzs82>.

* Spingarn & Marks, Av. 12 de Octubre y Baquerizo Moreno, Quito 170143, Pichincha, Ecuador. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, Ecuador. Correo electrónico: davidyumi29@hotmail.es. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0009-6749-1637>.

RESUMEN

La comisión por omisión ha sido regulada en Ecuador bajo la doctrina de la posición de garante, no obstante, la manera en la que se encuentra redactada la norma dificulta la atribución de responsabilidad a funcionarios que cometan delitos contra la administración pública por la conducta de omisión. Se realiza un estudio de los códigos penales de 1938 y 1971 para entender cómo se regularon las fuentes de posición de garante y quiénes formaban parte de este rol. Bajo lo expuesto, se evidencia que el error de redacción conlleva a problemas en la tipicidad de los injustos penales relacionados a la administración pública, ya que no reúnen los elementos objetivos ni subjetivos del tipo penal. Por ende, aquellos actos de corrupción realizados por omisión serán una conducta atípica bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En este contexto, se utiliza referencia a ordenamientos extranjeros que han dado un mejor tratamiento a la comisión por omisión por la implementación de la fuente material como determinadora del rol de garantía.

PALABRAS CLAVE

Omisión impropia; posición de garante; injerencia; delitos contra la administración pública; funcionario

ABSTRACT

Omission liability has been regulated in Ecuador under the doctrine of the duty to act. However, the wording of the law makes it difficult to attribute responsibility to public servants who commit crimes against public administration through omission. This study examines the penal codes of 1938 and 1971 to understand how the sources of the duty to act were regulated and who was included in this role. Based on this analysis, it is evident that the legislative drafting issue leads to problems in the legal classification of criminal offenses related to public administration, as they fail to meet the objective and subjective elements required for criminal liability. Consequently, acts of corruption committed by omission do not constitute a criminal offense under Ecuatorian law. In this context, reference is made to foreign legal systems that have provided a more comprehensive approach by incorporating material sources as determinants of the duty to act.

KEYWORDS

Improper omission; guarantor's role; interference; crimes against public administration; public servant

1. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico ecuatoriano prescribe que aquellas personas que se encuentren en posición de garante, por obligación legal o contractual, ya sea de cuidado o custodia de salud, libertad, integridad personal y vida, serán responsables por no evitar la producción de un resultado material típico. Dada la forma en que se encuentra redactada la norma, entra en duda si aquellos funcionarios que ejerzan funciones de administración de bienes públicos o, de igual manera, si aquella persona que esté bajo el control de una fuente de peligro entra en un deber especial de garante.

El presente trabajo tiene por objetivo contribuir al debate y presentar soluciones a las interrogantes que surgen en torno a la omisión impropia en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Las preguntas que se presentan son: ¿cuáles son los criterios efectivos para la imputación de la omisión impropia en delitos económicos? ¿Cuáles son las limitaciones que plantea la omisión impropia en los delitos contra la administración pública?

Para tal efecto, la metodología del presente trabajo es diversa. En primer lugar, se utiliza la metodología de revisión literaria que implica la recopilación y análisis crítico de fuentes académicas y corrientes dogmáticas. Segundo, se utiliza el método de revisión sistemática que consiste en el análisis textual de las normas que involucran el problema jurídico y el estudio sobre la voluntad del legislador en cuanto a la redacción de la norma. Tercero, se recurre al método comparativo que contrasta las soluciones que brindan otros ordenamientos jurídicos y cómo la jurisprudencia vinculante de aquellos países ha desarrollado y limitado a la posición de garante.

Con el propósito de responder la hipótesis planteada anteriormente, el trabajo analiza qué tipos de fuentes existen para la fundamentación de la posición de garante. Posteriormente, se hace un análisis histórico normativo de los códigos penales ecuatorianos que han desarrollado la figura de la omisión impropia y cómo ha sido regulada. Se exponen los problemas actuales para la imputación de delitos económicos bajo el comportamiento omisivo. Adicionalmente, se aborda la regulación y tipificación de dos ordenamientos jurídicos que permiten la posibilidad de imputar delitos contra la administración pública en función del deber de cuidado y control de una fuente de peligro. Finalmente, se plantea una propuesta para la implementación normativa para el deber de garante en situaciones generadoras de riesgo.

2. DESARROLLO

La omisión impropia, o también llamada comisión por omisión, ha generado varias discusiones doctrinarias, especialmente sobre la validez y fundamentación de la posición de garante como elemento constitutivo del injusto penal. Actualmente existen dos teorías predominantes que brindan soluciones plausibles a la argumentación jurídica y permiten esclarecer el alcance de la omisión impropia.

En primer lugar, se encuentra la teoría formal —también llamada teoría formal del deber jurídico— que fundamenta la posición de garante en las fuentes formales, por ejemplo, la ley, el contrato y la conducta precedente (injerencia). Cabe destacar que el aporte significativo de esta doctrina es la separación del deber jurídico del deber moral, rechazando las responsabilidades extrajurídicas en su totalidad¹.

Ahora bien, se ha tratado de otorgar autonomía a la teoría del deber jurídico, sin embargo, como menciona Enrique Gimbernat Ordeig: “nunca se aplicó consecuentemente [...] desde que muy pronto se estimó que algunas relaciones familiares o interpersonales, aunque en sentido jurídico privado estricto no dieran lugar a deberes de guarda”². Asimismo, han existido contradicciones en cuanto a la responsabilidad de cuidado y vigilancia aún después del cumplimiento temporal del contrato. Adicionalmente, se plantea la responsabilidad del garante cuando el contrato civil presente vicios de nulidad³, pues un defecto insubsanable en el contenido del contrato no generaría efectos para las partes, dada su inexistencia o invalidez.

Debido a la gran limitación que resulta de adoptar la teoría formalista, nace la teoría de las funciones, también llamada teoría materialista, que fundamenta la posición de garante sobre aquellas personas que estén al cuidado, control y vigilancia de las fuentes de peligro⁴. Es decir, el articulado prevé y fundamenta ampliamente las situaciones generadoras del rol de garantía, teniendo en cuenta el principio de legalidad. Ahora bien, las situaciones o elementos que describe la norma para poder constituir a una persona como garante podrían ser elementos ejemplificativos y no taxativos. Bajo la lógica argumentativa expuesta, los funcionarios también podrían responder penalmente por aquellas omisiones dolosas.

Finalmente, varias corrientes dogmáticas han discutido sobre la correcta definición de la injerencia o conducta precedente. Por un lado, Miguel Polaino

1 Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios sobre el delito de omisión* (Buenos Aires: Editorial B de F, 2013), 134-135.

2 *Ibid.*, 136.

3 *Ibid.*

4 Miguel Ángel Núñez Paz, *Los delitos de omisión: discusión histórica vigente en torno al “no hacer” desvalorado* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2016), 25-26.

Navarrete define a la injerencia como: “quien realiza una previa conducta peligrosa se convierte en garante de la situación de peligro, debiendo disminuir o neutralizar el riesgo jurídicamente desaprobado creado por el sujeto”⁵, resulta que aquellas fuentes de peligro jurídicamente aprobadas como conducir, manejo de fondos públicos, protección ambiental o supervisión de sistemas informáticos no entrarían dentro de esta categoría. Adicionalmente, el referido autor plantea tres criterios para establecer la posición de garante en la injerencia: a) estrecha relación vital; b) el dominio de la cosa y c) la expectativa social⁶.

2.1 MARCO TEÓRICO

El siguiente apartado tiene por objeto enunciar y enmarcar la normativa legal vigente que guarde relevancia al presente caso de estudio. Dicho de esta manera, se arribará al tratamiento jurídico local e internacional respecto de la posición de garante y su imputación. De la misma manera, se expondrá cómo la legislación ha limitado la definición de creación de riesgo para incluir a personas como garantes.

La Constitución del Ecuador prescribe que ninguna persona podrá ser sancionada por aquellas acciones u omisiones que no se encuentren tipificadas en la ley como infracción penal. Adicionalmente, declara que la institución encargada de la investigación, prosecución e imputación de aquellos establecidos en el cuerpo penal será la Fiscalía General del Estado⁷.

Desde el punto de vista internacional, la República del Ecuador ha suscrito la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁸. El instrumento internacional compromete a los Estados miembros a prevenir y combatir la corrupción de manera eficaz y eficiente⁹, adicionalmente, plantea que el abuso de las funciones del funcionario puede cometerse a través de la modalidad activa (acción) y pasiva (omisión)¹⁰.

De igual manera, Ecuador ha ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción, que tiene por objeto fortalecer y promover el desarrollo para la prevención, detección, sanción y erradicación de la corrupción¹¹. Finalmente, el presente instrumento internacional establece que los actos de corrupción podrán ser ejecutados por la realización u omisión de las funciones públicas¹². Consecuentemente, para el ámbito nacional se utilizará al Código Orgánico

5 Miguel Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho penal: Parte General* (Madrid: Tecnos, 2016), 88.

6 *Ibid.*, 88-89.

7 Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. 568 del 30 de mayo de 2024.

8 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Yucatán, 11 de diciembre de 2003.

9 *Id.*, artículo 1.

10 Artículo 19, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

11 Artículo 2, Convención Interamericana contra la Corrupción, Caracas, 29 de marzo de 1996.

12 *Id.*, artículo 6.

Integral Penal (COIP en adelante)¹³. Este, en primer lugar, establece que las modalidades de las conductas penalmente relevantes serán aquellas acciones u omisiones que ponen en peligro o producen un daño verificable al bien jurídico protegido¹³. Posteriormente, se define a la omisión impropia como omisión dolosa¹⁴, y será aquel comportamiento deliberado que la persona activa (garante) ha preferido omitir ocasionando un resultado esperado, si y solo si esta persona se halla en posición de garante. En el último inciso se detallan los tipos de posición de garante, entre ellos destacamos aquellos que ostenten una obligación legal o contractual sobre custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal. Finalmente, se detalla superficialmente la figura de injerencia que menciona la conducta precedente que ha provocado o aumentado el riesgo de un bien jurídico.

En último lugar, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado¹⁵ otorga la definición y los elementos del control interno que cada institución pública debe poseer. Dentro de la definición se establece que el personal público debe proporcionar un grado de seguridad para la protección de los recursos públicos y lograr los objetivos institucionales¹⁶. De ello se desprende el alto nivel de diligencia que debe tener el funcionario en sus funciones, asimismo, describe las bases y los principios en los que se deben desarrollar sus actividades de supervisión, control y prevención.

2.2 CONTEXTO HISTÓRICO NORMATIVO

2.2.1 LA POSICIÓN DE GARANTE EN LOS CÓDIGOS PENALES ECUATORIANOS DE 1938 Y 1971

El estudio del Código Penal de 1938 resulta indispensable, debido a que fue el primero en introducir los conceptos de los delitos omisivos¹⁷. Dentro de los conceptos que otorga la norma se evidencia la existencia de la teoría causalista¹⁸ y, aunque no refiere a la posición de garante, se desarrolla el precepto del deber jurídico, que es guiado por la teoría de la fuente formalista¹⁹. Así, aunque de manera muy limitada se establece que en caso de que quien posea la obligación jurídica no impida un resultado ello equivale a ocasionarlo. Desafortunadamente no existe una evolución legislativa en cuanto al Código Penal de 1971, pues el legislador decidió seguir utilizando los mismos

13 Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. 180 del 10 de febrero de 2014, reformado por última vez en R.O. Suplemento 15 del 2 de abril de 2025.

14 Id., artículo 28.

15 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado [LOCGE], R.O. 595 del 12 de junio de 2002, reformado por última vez en R.O. 610 del 29 de julio de 2024.

16 Id.

17 Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano: Parte General* (Quito: Ediciones Legales, 2022), 262.

18 Artículo 11, Código Penal. R.O. N/D, del 1 de abril de 1938, [Derogado].

19 Id., artículo 12.

conceptos y definiciones a la modalidad omisiva en los delitos.

Se desprenden entonces algunas problemáticas en cuanto a la imputación de los delitos de omisión impropia. Ernesto Albán señala lo siguiente:

La primera norma exigía que haya una relación de causalidad bastante problemática entre la omisión y el resultado (porque las dudas surgen de inmediato: el enfermo grave al que se debía administrar determinada medicina muere porque no se le administró la medicina o de todos modos habría muerto, aunque se le hubiere administrado la medicina)²⁰.

De esta manera, la norma se encontraba redactada de tal forma que podría tener una interpretación amplia en cuanto al alcance del deber jurídico. No obstante, sí separaba el deber jurídico del deber moral o ético, es decir, se le confería la suficiente motivación y legalidad al juzgador para el juzgamiento de delitos bajo la conducta omisiva.

Adicionalmente, se establecía la equivalencia entre los delitos de acción y los de omisión impropia, entrando bajo el supuesto de que comparando ambos se produciría el mismo resultado²¹. No obstante, en el referido cuerpo normativo penal se establece que el omitente debía tener una obligación jurídica para poder atribuírsele la responsabilidad penal. Debido a esto, este cuerpo legal remitía al Código Civil²² para determinar la fuente de la obligación jurídica. De esta forma, las fuentes de la posición del deber jurídico serán la ley, el contrato o el hecho precedente. Entiéndase que se hace referencia de manera incipiente a la modalidad de injerencia (conducta precedente) que se tenía en cuanto al deber jurídico, por el supuesto cometimiento de delitos o cuasidelitos, es decir, como aquellos hechos ilícitos producidos por el actor.

Finalmente, existe la crítica en relación con aquellas normas penales que realizan una remisión al Código Civil para establecer las categorías de garantes, debido a que aquellos parientes que momentáneamente estén bajo el cuidado del infante y omiten proveer de alimentación y este muera por inanición podrían no ser objeto de reproche penal. Asimismo, de aquella persona contratada para el cuidado del recién nacido que, fenecido el tiempo del contrato, decide abandonarlo y resultado de aquello el infante muere²³.

2.2.2 LA POSICIÓN DE GARANTE EN EL COIP DE 2014

20 Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, 263.

21 *Ibid.*, 264.

22 Artículo 1453, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46 de 24 de junio de 2005, reformado por última vez en R.O. Suplemento 529 del 13 de marzo de 2025. Nota: el Código Civil de Andrés Bello de 1861 ha sido objeto de varias reformas, no obstante, hasta la actualidad, se han mantenido las mismas fuentes de obligaciones, siendo estas la ley, el contrato, el cuasicontrato, el delito y el cuasidelito como fuentes de las obligaciones jurídicas.

23 Gimbernat, *Estudios sobre el delito de omisión*, 137.

Tras setenta y seis años recurriendo al uso de la teoría del deber jurídico, se introduce la figura de la posición de garante al COIP²⁴, norma que prescribe que no se podrá atribuir la responsabilidad penal a quien no se encuentre en posición de garante. El ordenamiento usa el término garante como aquel que ostenta el deber de evitación, cuidado y supervisión del bien jurídico protegido y, adicionalmente, tiene el deber de evitación del resultado que pueda desembocar en una lesión al bien jurídico protegido²⁵.

No obstante, el COIP mantiene como fuentes formales la ley y el contrato, pero limitándolas a cuatro bienes jurídicos específicos para la determinación de garante, estos son vida, salud, libertad e integridad personal. Bajo lo expuesto anteriormente, el legislador delimitó la posición de garante de quienes se encuentran obligados por ley o contrato a la esfera de cuatro bienes jurídicos.

3. ¿EL COIP ESTABLECE COMO FUENTE FORMAL LA INJERENCIA (ACTUAR PRECEDENTE)?

El concepto de injerencia se entiende como aquel en que una persona ha provocado, por una conducta precedente, una situación de peligro para un bien jurídico²⁶. Aquella persona responderá de la misma manera como si la hubiere causado mediante una acción positiva, si bajo premeditación y conocimiento omite o no obstaculiza la culminación del curso causal que se ha iniciado por su actuar.

En los códigos penales de 1938 y de 1971 se equiparaba al hacer precedente con los cuasidelitos y delitos²⁷. La remisión de la norma hacía que las obligaciones civiles permitiesen trasladar el deber jurídico de actuar a quien incrementaba el riesgo ilegítimo o injustificado para prevenir la lesión a un bien jurídico protegido. Siguiendo esta la lógica jurídica que se mantenía, la injerencia sí gozaba de reconocimiento en su aplicación²⁸.

Ahora bien, el COIP ha redactado a la omisión dolosa de tal forma que resulta compleja su comprensión, con especial referencia hacia el actuar precedente. Como se explicará a continuación, la injerencia sí fue prevista en la legislación ecuatoriana, aunque es debatido su reconocimiento.

En ese sentido, bajo lo expuesto por Ernesto Albán, la figura del actuar precedente parecería estar reconocida parcialmente en el COIP, ya que “no se

24 Ver, COIP.

25 Ver, Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, 270.

26 Ramiro García, *Código Orgánico Integral Penal comentado* (Quito: Latitud Cero Editores, 2014), 366.

27 Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, 262.

28 Ibid.

incluye una referencia a la conducta precedente del sujeto activo creando una situación de riesgo²⁹. No obstante, la postura del autor es ambigua, pues, debido a la falta de técnica legislativa, se la menciona brevemente: “Sin embargo, esta referencia aparece al final del párrafo, sin que quede claro si se la considera o no como otra fuente del deber jurídico o es una exigencia adicional en otros dos casos. La redacción resulta extremadamente confusa”³⁰.

Por otro lado, la posición de Álvaro Francisco Román Márquez indica que existen tanto fuentes formales como materiales que son recogidas en el COIP, así pues, el principio de injerencia sí forma parte de la normativa penal. Como evidencia de esto señala que “cuando se redacta: ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico”³¹. Por lo tanto, el autor acepta que el actuar precedente es una figura reconocida por el ordenamiento penal ecuatoriano. Asimismo, reconoce que el COIP contiene fuentes formales y materiales para la determinación de la posición de garante.

Por último, si bien la figura del actuar precedente está limitada en cuanto a las áreas de salud, vida e integridad, podría aplicársela a empresas y funcionarios debido al aumento de riesgo que genera en la sociedad y las lesiones a distintos bienes jurídicos. De esta manera, se podría abarcar en un espectro más amplio el elemento objetivo de la tipicidad³².

3.1 DOCTRINA APLICABLE A LA INJERENCIA

Debido a la falta de desarrollo jurisprudencial en cuanto al actuar precedente, se recurre a las definiciones doctrinarias que se han desarrollado. No obstante, se destaca la peligrosidad de una extralimitación de la figura de la injerencia, debido a que dependerá de la tesis sobre injerencia que se mantenga. Por un lado, Enrique Gimbernat define a esta fuente tradicional de la posición de garante como aquella que:

Mediante un hacer precedente (injerencia) crea un peligro de lesión de un bien jurídico, responde por esa lesión, igual que si la hubiera causado mediante una acción positiva, si posteriormente omite evitar el resultado típico en el que va a desembocar la cadena causal puesta en marcha por aquel hacer precedente³³.

El autor destaca que un elemento indispensable para la aplicación de la figura

²⁹ Ibid

³⁰ Ver, Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, 270.

³¹ Álvaro Román, “La omisión propia y la comisión por omisión o impropia en el Código Orgánico Integral Penal”, *CAP Jurídica Central* 4, n°. 6 (agosto de 2020): 307, <https://doi.org/10.29166/cap.v4i6.2500>.

³² María del Mar Gallegos Ortiz, entrevistada por David Yumiceba, 24 de octubre de 2023, transcripción en <https://lc.cx/AX3CQJ>.

³³ Gimbernat, *Estudios sobre el delito de omisión*, 141.

de injerencia es la creación de un peligro de lesión de un bien jurídico proveniente del actor. No obstante, Enrique Gimbernat advierte que: “No todo hacer precedente condicionante después de un resultado típico crea una posición de garante”³⁴, debido a que, por ejemplo, aquel minero que extrae hierro no deber ser responsable por un delito contra la vida por omisión si luego de haber extraído aquel mineral se fabricó una navaja usada para el cometimiento del delito. Es decir, de ignorar la advertencia del autor, se llegaría a una situación causal *in infinitum* que buscaría responsabilizar penalmente a quienes no tendrían control del curso causal de la conducta delictiva.

Como se estipuló anteriormente, Miguel Polaino Navarrete desarrolla el concepto de injerencia como aquella que “quien realiza una previa conducta peligrosa se convierte en garante de la situación de peligro, debiendo disminuir o neutralizar el riesgo jurídicamente desaprobado creado por el sujeto”³⁵. Sobre este concepto, se resalta la particularidad del riesgo jurídicamente desaprobado, entendido que toda actividad humana representaría un riesgo de pequeña o gran magnitud³⁶.

En este sentido, no toda actividad riesgosa genera una posición de garante por injerencia. Actividades como conducir, administrar fondos públicos, gestionar recursos ambientales o supervisar sistemas informáticos involucran riesgos inherentes, pero estos están jurídicamente permitidos y regulados, por lo que, en principio, no constituyen un riesgo desaprobado que genere responsabilidad penal por omisión. El propio ordenamiento ecuatoriano acepta al manejo de recursos públicos como una actividad de riesgo necesaria para el correcto funcionamiento y administración del Estado.

Finalmente, Felipe Rodríguez Moreno, que se basa en el concepto previamente expuesto de Polaino Navarrete, precisa a la injerencia como aquella que “quien realiza una conducta previa peligrosa, es decir, que genera un riesgo ilegítimo, se convierte en garante de la situación de peligro desatada, quedando obligado a actuar para disminuir o neutralizar el riesgo”³⁷. Ahora bien, el mero hecho de que un funcionario público administre fondos públicos no genera, por sí solo, un riesgo ilegítimo, ya que su labor está regulada por la ley.

Sin embargo, si omite sus deberes de control y de debida diligencia o, en su defecto, permite o participa en actos de corrupción, surge la duda si su inacción constituye una fuente de injerencia. Esto es problemático debido a que, como se destacó anteriormente, el artículo 28 del COIP no reconoce explícitamente la posición de garante en la administración de recursos públicos.

34 Ibid.

35 Polaino, *Lecciones de Derecho penal*, 88.

36 Felipe Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho Penal: Parte General: tomo I: Introducción al Derecho penal* (Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2022), 222.

37 Ibid., 94.

Evolución normativa en la legislación penal	
Códigos penales de 1938 y 1971 Deber jurídico	COIP Posición de garante
Fuente de obligaciones, artículo 1453 Código Civil: <ul style="list-style-type: none"> • Ley • Contrato • Cuasicontrato • Delito (Injerencia) • Cuasidelito (Injerencia) 	Artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal: <p>Obligación:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Legal • Contractual <p>De cuidado o custodia de:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Vida • Salud • Integridad personal • Libertad <p>Y que ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.</p>

Tabla 1. Diferencias entre los códigos penales de 1938 y 1971 y el COIP³⁸

A través de la definición esquematizada anteriormente, el legislador realiza una delimitación estricta y no prevé el rol de garante para aquellos funcionarios que deberían ostentar una, ya que sus omisiones dolosas podrían causar daños y perjuicios económicos hacia el Estado, quedando impunes de responsabilidad penal. Esto se diferencia de los cuerpos normativos anteriores que sí permitían una imputación hacia los funcionarios públicos que administran activos estatales, ya sea por la fuente formal de ley, contrato o el actuar precedente.

4. FUENTES FORMALES PARA LA DETERMINACIÓN DE POSICIÓN DE GARANTE

4.1 LA LEY COMO FUNDAMENTO DE LA POSICIÓN DE GARANTE EN LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Como se ha visto anteriormente, la redacción del artículo 28 del COIP delimita legalmente la posición de garante, pues únicamente será de aquellas personas que estén bajo el cuidado y custodia de la vida, salud, libertad e integridad de un tercero. Debido a este problema de interpretación, surge la duda de si la norma permitiría incluir otras leyes que abarquen la responsabilidad y debida diligencia del funcionario en la administración de los recursos

³⁸ Elaboración propia a partir de los registros de los códigos penales de 1938, 1971 y el COIP.

públicos³⁹. De la misma forma, Juan Francisco Pozo Torres puntualiza el mismo problema en el ordenamiento español:

Se ha mencionado por la doctrina que el art. 11 CP es solo indicativo (orientativo o ejemplificativo) de las tipologías de fuentes de garantías y que esto no obstaculiza a considerar otras fuentes, ya que no se menciona de manera expresa que la ley, el contrato y la injerencia sean únicas⁴⁰.

Cabe advertir que se identifica el peligro del alcance sobre la posición de garante en cuanto a la posible extensión interpretativa que implica la remisión a otras leyes. Incluso se aprecia el riesgo de que reglamentos emitidos por órganos administrativos generen responsabilidad penal.

Puestos a considerar que otras leyes establezcan posiciones de garante, surge la duda sobre cuáles serían útiles y permitirían determinar la responsabilidad de garantía en los funcionarios que tengan el deber de vigilar, supervisar y controlar los activos estatales. Actualmente, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado parecería imponer la obligación jurídica de control interno para la máxima autoridad, entidades de dirección y personal de las instituciones públicas. De tal suerte que cada sujeto público deberá proporcionar seguridad razonable en la protección de los recursos públicos y el alcance de los objetivos institucionales.

Existen instrumentos internacionales que prescriben deberes jurídicos para los funcionarios públicos que tienen como objetivo la evitación de tramas delictivas que definen qué se entenderá y cómo se configurarán los actos de corrupción, asimismo, establecen a los Estados firmantes la obligación de tipificar acciones u omisiones que atenten contra las actividades financieras tanto públicas como privadas. Resulta lógico que, bajo los argumentos jurídicos previamente descritos y bajo el amparo del artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, sea posible agregar una posición de garante, ya que son normas internacionales que integran el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Sin embargo, debido a la falta de jurisprudencia que esclarezca la aplicación de la ley como fuente formal de la posición de garante, se advierte que otras leyes que no obliguen a un sujeto al cuidado de los elementos: vida, salud, libertad e integridad personal, podrían no imponer una obligación de garante. En estos casos, debido a la inexistencia del elemento objetivo del tipo penal en referencia al sujeto activo, se devendría en una conducta atípica.

39 Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 271.

40 Juan Francisco Pozo, "Compliance y posición de garante: imputación de hechos delictivos al *compliance officer*", *Foro, Nueva época* 23, n.º. 1 (enero de 2020): 134, <https://dx.doi.org/10.5209/foro.74000>.

4.2 EL CONTRATO COMO FUNDAMENTO DE LA POSICIÓN DE GARANTE EN LOS SERVIDORES PÚBLICOS

El contrato como segunda fuente formal, explica Miguel Polaino Navarrete, se refiere a que: “La norma jurídica se le asimila por sus efectos el contrato, que alude al comportamiento jurídicamente exigible proveniente de acuerdo bilateral entre las partes”⁴¹. Generará entonces un depósito de confianza o un deber de mandato contractual a la custodia o protección de un bien protegido específico. A consecuencia de esto, se trata de un deber jurídico y no de un simple compromiso moral o ético el actuar frente a un determinado supuesto de hecho.

Esta segunda fuente formal ha presentado bastantes problemas jurídicos en cuanto a su aplicación. En primer lugar, se plantea el problema sobre si existe una posición de garante cuando las obligaciones contractuales contienen algún vicio de nulidad⁴². Por otro lado, qué sucede cuando ha transcurrido el tiempo estipulado en el contrato y se necesita la presencia del garante para seguir con la protección al deber jurídico que entró en un riesgo de lesión eminente⁴³.

De igual manera, las obligaciones que se deriven del contrato servirán para determinar aquellas atribuciones que tenía el contratado en sus funciones. Para ilustrar de mejor manera, Juan Francisco Pozo presupone un caso en que un oficial de cumplimiento podría responder penalmente, en el ordenamiento español, por tener una posición de garante de una empresa. Establece que “es necesario conocer, previamente, cómo está configurada su posición en la empresa y las competencias que le son atribuidas”⁴⁴. Pues de estas atribuciones se categorizará si ostenta o no funciones ejecutivas dentro de la empresa y de ello dependerá el alcance de su deber de garantía.

41 Polaino, *Lecciones de Derecho penal*, 87.

42 Gimbernat, *Estudios sobre el delito de omisión*, 136.

43 Felipe Rodríguez presenta el caso de aquella niñera que ha cumplido a cabalidad con el contrato de supervisión y cuidado del infante, que ha sido celebrado entre los padres y ella. Sin embargo, al ser muy tarde, tener una reunión y en vista de que no llegan los padres a la hora acordada, decide dejar al recién nacido solo; y por un descuido este muere por asfixia. El referido ejemplo se encuentra en Rodríguez Moreno, *Curso de Derecho Penal*, 94.

44 Pozo, “*Compliance y posición de garante*”, 135.

5. PROBLEMAS QUE ENFRENTA EL DELITO OMISIVO PARA LOS DELITOS DE FUNCIONARIOS EN EL COIP

5.1 CONCEPTO GENERAL DE OMISIÓN

El primer elemento constitutivo del delito es el acto, aunque el COIP lo califica como conducta típica, antijurídica y culpable⁴⁵. Esto hace referencia a que es “el elemento de hecho inicial y básico del delito”⁴⁶. Asimismo, se señala que aquellas conductas penalmente relevantes serán acciones y omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables⁴⁷. En ese sentido, la conducta estará dividida en dos modalidades: la acción (conducta activa) y omisión (conducta pasiva). En lo concerniente al tema de estudio, la omisión es definida como un hecho voluntario de no hacer algo que debía hacerse y que se exterioriza⁴⁸. Por consiguiente, será necesario analizar los tipos de omisión que recoge el COIP.

5.2 LA OMISIÓN PROPIA EN EL COIP

La conducta omisiva se encuentra tipificada de forma expresa, pues —como lo indica Miguel Ángel Paz Núñez— “los delitos propios de omisión serían hechos punibles que se agotarían de una perceptiva y en la simple omisión de una actividad exigida por la ley”⁴⁹. Consecuentemente, será necesario hacer la distinción de aquellos mandatos en los que interviene un deber de actuar y los mandatos de los cuales se prescribe un deber más específico, como el de evitar un resultado.

Se ha discutido la aplicabilidad de la omisión propia en los delitos contra la administración pública. El primer ejemplo es aquel que describe el aprovechamiento ilícito de servicios públicos, el actual establece la pena máxima para aquel servidor público que omita efectuar la denuncia de la comisión de la infracción⁵⁰. En segundo lugar, la omisión de denuncia que establece la inmediatez de anunciar los hechos, por parte del servidor público, de conductas que puedan constituir en hechos delictivos que lesionen bienes jurídicos protegidos, en este caso, delitos que puedan atentar contra la administración pública y sus recursos. Finalmente, el legislador ha previsto el delito de omisión de control de lavado de activos para aquellas personas encargadas de funciones de prevención, detección y control de lavado de activos que omitan

45 Artículo 18, COIP.

46 Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 165.

47 Artículo 18, COIP.

48 Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 167.

49 Núñez, *Los delitos de omisión*, 13.

50 Artículo 188, COIP.

el cumplimiento de sus obligaciones de control previstas por la ley⁵¹.

Ha llamado la atención el caso en el que un funcionario de la Unidad de Análisis Financiero y Económico que, mediante actos omisivos de control y supervisión, no realizó el reporte de operaciones inusuales, injustificadas o sospechosas, debido a que se trataba de negocios familiares de un funcionario de la misma institución. Se estima que el valor de activos que fueron lavados asciende a 6,3 millones de dólares⁵². El proceso actualmente se encuentra en audiencia de juicio.

5.3 COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL COIP

La comisión por omisión, también llamada omisión impropia, es definida por Miguel Ángel Núñez como aquella que “mantiene la misma estructura que en la omisión propia y los elementos necesarios para imputación objetiva del hecho, requiriéndose además la posición de garante [...], la realización de un resultado y la posibilidad de evitarlo”⁵³. De esta manera, la tipicidad penal permite que algunos delitos puedan cometerse tanto por acción como por omisión impropia, en los que la responsabilidad penal surge cuando el sujeto, en posición de garante, omite impedir un resultado típico, asimilándose su inacción a una conducta activa⁵⁴. No obstante, Ernesto Albán Gómez advierte que “naturalmente no todo delito puede cometerse por medios omisivos. Habrá que examinar entonces si la tipicidad de un delito permite que también se cometa omisivamente”⁵⁵. El autor nuevamente destaca la importancia del desarrollo jurisprudencial sobre el alcance de la omisión.

El deber de garante no es aplicable a todas las personas, pues se aparta del ciudadano común para entregar a quien desempeña un rol especial⁵⁶. Además, la figura de la posición de garante se “utiliza porque se quiere superar el ámbito más restringido de las fuentes formales”⁵⁷. No obstante, el COIP la limita a cuatro esferas, por lo que se deduciría que el legislador no previno esta situación para determinar la posición de garante. A consecuencia de aquello, Ernesto Albán Gómez plantea lo siguiente:

Cabe preguntar si no podría haber otros casos en que una persona se encuentre en una posición de garante de otros bienes jurídicos. En especial para citar algunas situaciones importantes: omisiones que tengan que ver con la seguridad del

51 Id., artículo 319.

52 Primicias, “Así es como una empresa de remesas y un funcionario fueron vinculadas al último caso de lavado de activos”, *Primicias* (16 de julio de 2024), <https://lc.cx/Hxa-yQ>.

53 Núñez, *Los delitos de omisión*, 17.

54 Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 267.

55 Ibid., 268.

56 Rodríguez, *Curso de Derecho Penal, Parte General Tomo II, Teoría del Delito*, 81.

57 Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Parte General*, 270.

Estado y la seguridad pública en particular, la correcta administración pública o la protección ambiental. ¿El legislador eliminó conscientemente la responsabilidad en estos casos?⁵⁸

5.4 OBSTÁCULOS PARA UNA LECTURA ARMÓNICA DE LOS ARTÍCULOS 23 Y 28 DEL COIP

El artículo 23 del COIP señala lo siguiente:

Artículo 23.- Modalidades de la conducta. La conducta punible puede tener como modalidades la acción y la omisión.

No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirle, equivale a ocasionarlo⁵⁹.

En un primer momento, el COIP establece que el criterio de equivalencia será usado para determinar aquellas conductas omisivas penalmente relevantes⁶⁰. No obstante, como se ha demostrado previamente, el legislador establece textualmente en el artículo 28 en qué casos una persona se encontrará en posición de garante. Por lo cual, no se puede dar una interpretación armónica entre ambas normas.

Desde la perspectiva del presente trabajo, se considera al artículo 28 como *lex specialis*, debido a que regula la conducta de la omisión impropia, establece las fuentes formales y materiales de la posición de garante y limita las esferas de aplicación. Farith Simon advierte que “en una misma ley es posible encontrar normas generales y específicas que regulan una materia o un problema específico; en estos casos se resuelve la contradicción aplicando las normas más especializadas o especiales por sobre las generales”⁶¹.

Asimismo, el COIP establece la manera en que se debe interpretar el contenido de las normas penales y señala que:

Artículo 13.- Interpretación. Las normas de este Código deberán interpretarse de conformidad con las siguientes reglas: [...]

3.- Los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es, respetando el sentido literal de la norma.

4.- Queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos⁶².

58 Ibid., 271.

59 Artículo 23, COIP.

60 Román, *La Omisión Propia y la Comisión por Omisión en el Código Orgánico Integral Penal*, 307.

61 Farith Simon, *Introducción al Estudio del Derecho* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2018), 143.

62 Artículo 13, COIP.

Bajo estas premisas, se mantiene la postura que la omisión impropia únicamente tiene cabida bajo presupuestos taxativos, y solo cuando se actúe bajo el elemento subjetivo del dolo. Ampliar a otras esferas que no se encuentran contempladas en el referido artículo 28 podrían conllevar al problema de atipicidad, tanto por el sujeto activo calificado como del elemento subjetivo del dolo.

6. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El Estado realiza sus funciones a través de las personas jurídicas públicas, como menciona Enrique Sayagues: “las personas jurídicas públicas actúan mediante voluntades humanas que se ponen a su servicio. El elemento humano es el nervio motor de dichos entes”⁶³. Asimismo, la Constitución de la República del Ecuador establece que serán servidores públicos todas las personas que, en cualquier forma o a título que trabajen, presten su servicio o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público⁶⁴. Por esta razón, aquellos funcionarios que no cumplen a cabalidad sus obligaciones incurren en responsabilidad, sea administrativa o penal⁶⁵.

Cabe resaltar que el verbo administrar es equivalente a la acción de regir, gobernar o cuidar⁶⁶. Mientras que la Administración pública es entendida como la acción de ejecutar la ley o de reglamentar⁶⁷. De esta manera, se entrega a la función pública las distintas divisiones de trabajo para el funcionamiento integral y adecuado del Estado. Por consiguiente, para cumplir sus objetivos, cada país empleará a las personas a quienes se los denomina servidores públicos.

De este modo, los delitos contra la administración pública serán aquellos actos ilícitos que afectan la correcta organización del Estado, omitiendo los deberes de los servidores públicos y afectando la administración del aparato estatal. María Paulina Araujo los aborda de la siguiente manera:

Para lograr comprender la teología de las normas penales relacionadas al peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, en primera instancia se deben considerar a las modalidades de corrupción que se vinculan directamente de elevar un tipo penal de serie de acciones y omisiones que al final de cuentas, afectan gravemente a la sociedad, específicamente con la correcta distribución de los recursos

63 Enrique Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002), 247.

64 Artículo 299, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

65 Sayagues Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, 322.

66 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es>.

67 Saúl Uribe García, *Delitos contra la Administración Pública* (Medellín: Ediciones Unaula, 2012), 15.

del Estado⁶⁸.

Es acertado que la referida cita mencione que, mediante acciones u omisiones, podrían configurar determinados actos de corrupción en los que los funcionarios afecten a la sociedad y a la correcta distribución de los recursos del Estado. Es preciso señalar que el COIP⁶⁹ ha establecido cuatro delitos en los que el sujeto activo será el funcionario público, tales delitos son: a) peculado; b) enriquecimiento ilícito; c) concusión; d) cohecho⁷⁰. En el apartado consecuente se abordarán los problemas que enfrentan los tipos penales contra la administración pública en relación con la omisión impropia y la posición de garante.

6.1 EL FUNCIONARIO COMO SUJETO ACTIVO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Dentro de la mayoría de los tipos penales se discute la existencia de sujetos indeterminados o innominados, es decir, cualquier persona es capaz de cometer delitos comunes. No obstante, existen tipos penales en los cuales los sujetos intervinientes son determinantes y, a falta de estos, la conducta podría devenir en una conducta atípica⁷¹. Por esta razón existen delitos contra la administración pública que revisten a un sujeto activo calificado para el cometimiento del tipo penal, en el presente caso de estudio, un funcionario o servidor público.

Delitos contra la administración pública	
Delitos	Sujeto activo calificado
Peculado (Art. 278)	Servidores públicos
Enriquecimiento ilícito (Art. 279)	Servidores públicos
Cohecho (280)	Servidores públicos. Primer a cuarto inciso
Concusión (Art. 281)	Servidores públicos

Tabla 2. Delitos contra la administración pública⁷²

Bajo lo expuesto anteriormente, se evidencia que los servidores públicos que tienen como función principal el control, la supervisión y protección no cumplen con las áreas especiales de amparo de posición de garante descritos

68 María Paulina Araujo Granda, *Derecho Penal Económico* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010), 232.

69 Artículos 278, 279, 280, 281, COIP.

70 Ver, Araujo, *Derecho Penal Económico*, 231 – 256.

71 Ver, Rodríguez, *Curso de Derecho Penal, Parte General Tomo II, Teoría del Delito*, 227.

72 Elaboración propia, a partir de los registros del COIP.

anteriormente⁷³. Por esta razón, para que la comisión por omisión tenga cabida en los delitos contra la administración pública, y pueda ser atribuida penalmente a un funcionario, es necesario agregar la posición de garante a quien esté bajo control y supervisión de recursos estatales.

6.1.1 EL CASO ESPECIAL PARA EL DELITO DE COHECHO

El tipo penal de cohecho, descrito en el artículo 280 del COIP, plantea a la omisión como verbo rector y como elemento objetivo y circunstancial. Es menester el análisis de la estructura del referido tipo penal:

Art. 280.- Cohecho. Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, donativo, dádiva, promesa, ventaja, beneficio inmaterial o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años. [...]

Si la o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años⁷⁴.

Se puede verificar que, en virtud de los verbos rectores del tipo penal, los funcionarios que actúen en virtud de una potestad estatal que reciban algún tipo de dádiva para omitir, y que esta genere un beneficio injustificado a un tercero, incurrir en una conducta penalmente relevante. Ahora bien, esta norma entraría en conflicto directo con el artículo 28 del COIP, pues no se especifica una posición de garante para el funcionario. Farith Simon explica que se trataría de una inconsistencia total-parcial debido a que “el ámbito de referencia de una norma está incluido totalmente en el de otra, pero esta tiene casos adicionales”⁷⁵. Los elementos descritos en el artículo 28 se superponen en relación con la posición de garante referida en el artículo 280, que indica que el funcionario podría responder por omisiones.

Asimismo, este delito sí prevé una modalidad culposa, ya que aquel funcionario que no realiza el acto debido será sancionado con más pena de privación de libertad. Por lo que, la falta de debida diligencia sí puede ser punible en cuanto se verifique la materialidad del delito o el beneficio recibido.

⁷³ Artículo 28, COIP.

⁷⁴ Artículo 280, COIP.

⁷⁵ Simon, *Introducción al Estudio del Derecho*, 141.

7. PROBLEMAS DEL ELEMENTO SUBJETIVO DE LOS TIPOS PENALES CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Según lo mencionado anteriormente, la comisión por omisión únicamente tendrá validez sobre aquellas omisiones dolosas, es decir, aquellas conductas que tengan tanto el elemento cognitivo como el elemento volitivo, es decir, reunidos los requisitos de voluntad más el conocimiento⁷⁶, la omisión impropia sería una conducta penalmente relevante. Entonces, de acuerdo con la redacción, estaría en tela de juicio si aquellas omisiones imprudentes que igualmente han lesionado al bien jurídico son atribuibles penalmente a una persona o no.

8. POSICIÓN DE GARANTE EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE ESPAÑA Y COLOMBIA

La teoría formal ha causado varios problemas en la tipicidad e imputación de ciertos ordenamientos jurídicos. Especialmente al no poder abarcar todas las situaciones fácticas previstas en las normas penales. Es por esta razón que se debe explicar cómo el avance de la sociedad de riesgo y las fuentes de peligro enfrentan un problema con las legislaciones penales. Se debe poner especial atención a las posiciones de garantes, que son estados personales cada vez más limitados por las instituciones jurídicas.

Finalmente, es preciso ahondar cómo surge la idea de plasmar a la teoría materialista para el correcto funcionamiento de la posición de garante; así se abordará cómo los Estados español y colombiano han propuesto distintas soluciones jurídicas para las nuevas tendencias delictivas por parte de los funcionarios públicos, especialmente el enfoque de la teoría materialista en su legislación y el desarrollo jurisprudencial que se ha tenido sobre la figura de posición de garante en fuentes de peligro.

8.1 ESPAÑA

El Código Penal español establece dos tipos de fuentes sobre la posición de garante, una formal y una materialista. Es decir, utiliza un método mixto para poder abarcar la mayoría de las situaciones fácticas y salvaguardar tanto a los bienes jurídicos puestos en peligro como aquellos terceros que podrían verse afectados. La norma se encuentra redactada de la siguiente manera:

76 Ver, Felipe Rodríguez, *Curso de Derecho Penal, Parte General Tomo II, Teoría del Delito*, 183.

Artículo 11.- Los delitos que consistan en la producción de un resultado solo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente⁷⁷.

En primer lugar, el presente código penal, mediante la remisión a fuentes formales, pretende establecer la posición de garante bajo una regla de *numerus clausus*. No obstante, la presente norma podría ser considerada una ley penal en blanco, ya que, como señala Francisco Muñoz Conde, aquellas normas incompletas son “normas penales incompletas o dependientes a aquellos preceptos que completan o aclaran el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica descritos en otro lugar”⁷⁸, y normas penales en blanco, son “aquella[s] cuyo supuesto de hecho viene consignado en una norma de carácter no penal”⁷⁹.

Por otro lado, la jurisprudencia española ha abordado el desarrollo sobre la posición de garante. En primer lugar, dentro de la sentencia STS 7196/00, el Tribunal Supremo Español establece lo siguiente: “La ley no hace nacer derechos y obligaciones solo de las instituciones sino también, en determinados casos, de situaciones de hecho”⁸⁰. Al fijar una situación fáctica que produce peligro, necesariamente se debe producir una obligación de mandato de garante para aquellas personas que controlen, sea de manera completa o parcial, los hechos. Adicionalmente, el tribunal español desarrolla cinco elementos para imputar un delito activo para aquella persona presuntamente responsable de no haber evitado su producción, estos son:

- a.- Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en término activos por la ley.
- b.- Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el artículo 11 CP exigiendo que la no evitación del resultado “equivalga” a su causación.
- c.- Que el omitente esté calificado por ser autor del tipo activo que se trate, requisito que adquiere toda su importancia en los tipos delictivos especiales.
- d.- Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado.
- e.- Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente, lo que incluye los casos en los que

77 Artículo 11, Código Penal Español, Ley Orgánica 10/1995 Boletín Oficial del Estado n°. 281 de 24 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>.

78 Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal* (Buenos Aires: Editorial B de F, 2007), 45.

79 Muñoz, *Introducción al Derecho Penal*, 48.

80 Sentencia n°. 7196/2000, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, 9 de octubre de 2000, pág. 4.

el deber consiste en el control sobre una fuente de peligro que le obligue a aquel a actuar para evitar el resultado típico⁸¹.

A través de estos cinco criterios, bastaría en adecuar la conducta que se está subsumiendo al tipo penal. No obstante, se señala el criterio de la calificación del autor del tipo activo, que es un requisito indispensable y que, desafortunadamente, el ordenamiento jurídico ecuatoriano debe desarrollar con más profundidad. Por otro lado, se manifiesta que el omitente debe estar en condiciones voluntarias para la evitación o mitigación del resultado, es decir, se estaría midiendo las capacidades de actuar sobre el hecho generador de peligro.

En igual forma, el Tribunal Supremo Español declaró culpables a dos funcionarios públicos, un alcalde y un miembro delegado de la entidad medioambiental, bajo la modalidad de comisión por omisión. Esto debido a la existencia de un informe administrativo que describía el impacto negativo ambiental de una cantera. Los mencionados funcionarios poseían facultades administrativas para clausurar y levantar la obra que se estaba llevando a cabo, sin embargo, no actuaron ni dificultaron la producción del daño ambiental⁸². Adicionalmente, se declaró que, en aquellos delitos de peligro que involucren a funcionarios públicos, la actuación debe ser celer y eficaz para el manejo y protección de los bienes⁸³.

Debido a la dificultad de determinar si la conducta del sujeto que omitió es determinante para la lesividad del bien jurídico protegido, Miguel Núñez Paz menciona que: “De acuerdo con el principio de la disminución del riesgo será suficiente que la acción omitida hubiera aminorado aquel peligro del que resulta la lesión del bien jurídico”⁸⁴. Esto indica que, en materia probatoria, para establecer responsabilidad por omisión es suficiente que demostrar que la conducta omitida hubiese disminuido el peligro de producción del resultado⁸⁵.

8.2 COLOMBIA

El ordenamiento jurídico colombiano ha desarrollado avances jurídicos bastante novedosos en relación con la comisión por omisión. En primer lugar, la norma referente a la omisión impropia establece a las fuentes formales en un sentido general como posición de garante, de igual manera, las fuentes de peligro que atenten contra los factores vida e integridad personal, libertad individual y libertad y formación sexual podrán tener posición de garante⁸⁶.

81 Id., pág. 3.

82 Sentencia n.º 4045/2006, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, 8 de junio de 2006, pág. 10.

83 Id., pág. 10.

84 Núñez, *Los Delitos de Omisión*, 46.

85 Ibid.

86 Artículo 25, Ley 599 de 2000, Diario Oficial 44097 de 24 de julio de 2000. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1663230#>

Según lo expuesto anteriormente, la Corte Suprema de Justicia colombiana ha atribuido responsabilidad penal a una procesada por el delito de peculado culposo por comisión por omisión. El tribunal señala que “la legislación penal colombiana sigue el criterio restringido”⁸⁷, y también declara que “cuando se tiene el deber jurídico de obrar y no se actúa, el autor rompe la posición de garante”⁸⁸.

Es preciso destacar que aquel deber jurídico que se menciona previamente es remitido al principio de solidaridad consagrada en la Constitución, además, la Corte Constitucional colombiana ha definido este principio como “un valor constitucional que sirve de pauta de comportamiento conforme a la cual deben obrar las personas en determinadas situaciones”⁸⁹. En este sentido, el precepto constitucional y el desarrollo jurisprudencial han puesto un estándar de diligencia y de solidaridad superlativa para aquellos servidores públicos que tengan en su custodia activos estatales.

9. CONCLUSIONES

En primer lugar, el estudio que se realizó sobre los cuerpos normativos penales de 1938 y 1971 en Ecuador permitió determinar la naturaleza de la omisión impropia y de qué manera se introdujo al ordenamiento. Se evidenció que las obligaciones jurídicas que se establecían en el Código Civil tenían fundamento para atribuir responsabilidad penal, pues la norma penal hacía una remisión al artículo de obligaciones civiles. Adicionalmente, se pudo evidenciar que la figura de injerencia nace primitivamente a consecuencia de los cuasidelitos y delitos, siendo esta la primera fuente de peligro que se tenía en el ordenamiento penal.

Ahora bien, tras el análisis del artículo 28 del COIP, se pudo reflejar que el legislador limita a cuatro bienes jurídicos la aplicación de la posición de garante. Dicha delimitación restringe la aplicación de la omisión impropia a otros bienes jurídicos y, en el presente caso, a la correcta administración y distribución de los recursos del Estado, ya que el funcionario público no forma parte de las cuatro esferas establecidas.

Consecuentemente, el análisis del artículo 28 del COIP permitió demostrar que existen fuentes formales como la ley y el contrato, y, además, fuentes materiales como la injerencia. Se destaca que el artículo 28 del COIP goza de una redacción confusa e insuficiente debido a las áreas que limitan la imputación

87 Sentencia n°. 25536, Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala de Casación Penal, de 27 de julio de 2006. pág. 13.

88 Id., pág. 15.

89 Id., pág. 17.

para aquellas modalidades delictivas de omisión respecto de los funcionarios que buscan beneficiarse o beneficiar ilegalmente a terceros.

Asimismo, se consiguió identificar los problemas de tipicidad que conlleva la limitación antes mencionada sobre los delitos contra la administración pública propuestos por el legislador. Especialmente con el elemento objetivo, pues los sujetos activos descritos para estos delitos deben tener también una posición de garante, requisito que no se cumple ni por fuentes formales ni por fuentes de peligro.

Se ha logrado hallar propuestas doctrinarias que permitan un mayor alcance en cuanto a la protección del orden económico. De este modo, operar desde una fuente material o, a su vez, mixta, brindará herramientas de imputabilidad más certeras que no atenten contra la tipicidad ni contra el principio de legalidad.

Adicionalmente, se expuso el tratamiento de dos ordenamientos jurídicos de *civil law* que han abordado de manera efectiva a la comisión por omisión. Los referidos ordenamientos jurídicos no mantienen una restricción de bienes jurídicos para el deber de cuidado de quien cumple una posición de garante. Ordenamientos jurídicos como el español y el colombiano han optado por fuentes mixtas de garantes y han desarrollado, mediante jurisprudencia, el alcance de creación de situaciones de peligro para la atribución de deberes de supervisión, control y vigilancia sobre el bien jurídico protegido, especialmente sobre el manejo de recursos públicos. Por lo cual se recomienda reformar el artículo 28, eliminando los presupuestos taxativos o, en su defecto, generalizar los presupuestos fácticos a fin de que sea una lista ejemplificativa.

Respecto a las limitaciones que se pudieron encontrar dentro de la presente investigación, se destaca la poca jurisprudencia vinculante que existe en el país, específicamente sobre la figura de comisión por omisión. Debido a esto, la interpretación extensiva o remitirse exclusivamente a la doctrina para imputar a los funcionarios atentaría contra el principio de legalidad y afectaría al derecho constitucional de seguridad jurídica.



@usfqpress