

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

USFQ
LAW REVIEW

Volumen XII. Núm. 2





VOLUMEN XII, NÚM. II • NOVIEMBRE 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 2, noviembre 2025

DOI Núm. 2: <https://doi-org/10.18272/ulr.v12i2>

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/0000-0009-4793-5747>

Krithian Marcelo Guevara Tipán
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)
<https://orcid.org/0000-0005-0823-00599>

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>

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

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>

Leila 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>

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

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

María Victoria Yépez, Alejandra Vera, Juan Sebastián Baquero, Adriana Orellana, Kevin Damián Ortiz, María Victoria Vergara, Manuela Cárdenas, Carlos Cortaza, Juan Francisco Pozo, José Moya, Andrés Mariño, Camila Mateus, María José Peñaherrera, Mario Ruiz, David Molina, Gabriela Sasintuña, Iván Izquierdo, Lorena Barraqueta, Sergio Núñez, Jaime Pazmiño, Max Salcedo, Paula Mesías, Natalia Barona, Carla Cepeda, Martina Rápido, Felipe Idrovo y Jaime Dousdebés.

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 segundo número del Volumen XII, que se compone de diez artículos destacados.

En materia de Derecho de Competencia, Marisol Aguirre Morejón y Jorge Vinicio Duque Saguary examinan críticamente cómo la Superintendencia de Competencia Económica ha interpretado el requisito de independencia entre operadores al sancionar acuerdos colusorios. Los autores advierten que considerar a las empresas de un mismo grupo como competidoras distorsiona la lógica del derecho de competencia y contradice los estándares internacionales. Con base en casos emblemáticos, proponen una relectura técnica del concepto de independencia como condición esencial para configurar un acuerdo anticompetitivo.

Por su parte, en el área de Propiedad Intelectual, Nathaly Sabrina Cedeño Véliz y José Luis Vásquez Donoso, a través de un estudio de la normativa, doctrina y jurisprudencia comunitaria, analizan la distinción entre las marcas notorias y las marcas renombradas en el contexto de la Comunidad Andina de Naciones.

En materia tributaria, Emilio Santamaría examina las reformas que gravan las utilidades no distribuidas y su impacto fiscal. Mediante un análisis comparado con modelos como el *pass-through* y el impuesto a utilidades acumuladas, el autor concluye que gravar las utilidades retenidas es la opción más viable para evitar el diferimiento y mejorar la recaudación sin afectar la estabilidad empresarial.

Pasando al ámbito del Derecho Civil, Bernarda Haro Aillón examina la configuración y los límites de la responsabilidad precontractual en el sistema ecuatoriano. La autora analiza los principales supuestos en los que surge un daño durante las tratativas y cuál es la forma en que deben ser reparados.

En el área de Arbitraje de Inversiones, Felipe José Castro Zurita y Rut Doménica Urresta Domínguez abordan el alcance de las cláusulas de nación más favorecida en tratados bilaterales de inversión. El trabajo explora la aptitud de una cláusula de nación más favorecida es apta para importar disposiciones tanto jurisdiccionales como sustantivas de un tratado bilateral de inversión a otro si dichas disposiciones son más favorables para el inversionista.

Por su parte, también desde la perspectiva del Arbitraje de Inversiones, Raffaella Romo-Leroux Chacón explora la naturaleza jurídica de la doctrina de las manos limpias a través de un análisis que se enfoca en el origen y finalidad del sistema internacional de inversiones, así como la evolución de la doctrina y su tratamiento en los laudos más relevantes sobre la materia.

En Derecho Constitucional, José Aguirre estudia la influencia del poder ejecutivo en los procesos constituyentes de la región y los límites entre la colaboración y la injerencia. Sostiene que, en sistemas presidencialistas, el protagonismo excesivo del mandatario puede desvirtuar la voluntad popular. El autor propone fortalecer los mecanismos de deliberación ciudadana para garantizar que las constituciones reflejen un verdadero consenso democrático.

En la misma rama, Cristina Pazmiño-Carrera, a partir del estudio de más de sesenta sentencias de la Corte Constitucional, distingue las nociones de desnaturalización, improcedencia y manifiesta improcedencia en las garantías jurisdiccionales. La autora identifica vacíos conceptuales y riesgos prácticos derivados de su aplicación confusa, y propone criterios uniformes que fortalezcan la seguridad jurídica y eviten el uso arbitrario de estos mecanismos.

Desde la perspectiva del Derecho procesal penal, Jhony Marcelo Toaquizza Díaz analiza la regulación del arresto domiciliario como medida cautelar en el proceso penal ecuatoriano. El estudio se orienta a examinar los vacíos normativos existentes en el Código Orgánico Integral Penal que configuran una situación regresiva en relación con el desarrollo institucional de la prisión preventiva.

Finalmente, en materia penal, Nicolás Cevallos analiza si las sociedades pantalla pueden ser penalmente responsables en Ecuador. A partir de la comparativa con doctrina y jurisprudencia española, el autor concluye que, al carecer de estructura real, las sociedades pantalla no son sujetos imputables, sino instrumentos delictivos de sus beneficiarios. El autor advierte que extenderles responsabilidad penal desnaturaliza la figura y propone un tratamiento legislativo diferenciado.

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 segundo número del *Volumen XII de USFQ Law Review*.

Además, resaltamos la labor y dedicación de los miembros del Equipo Editorial, quienes han llevado a cabo cada fase 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 Sáenz Jácome & Galarza, Durini & Guerrero, Corral Rosales, LEAL Counselors and Attorneys at Law, ZION, Andersen, Santamaría Abogados, Vivanco & Vivanco, Generatrust. 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 segundo número del año 2025 sea de su agrado.

Quito, noviembre de 2025

Liliana Mishel Chugchilán Tigasi
EDITORA EN JEFE

Juan José Cobo Ordóñez
EDITOR EN JEFE

ÍNDICE

Control de cárteles en Ecuador: la independencia entre operadores económicos	1
MARISOL AGUIRRE MOREJÓN Y JORGE VINICIO DUQUE	
La distinción entre marcas notorias y renombradas en la Comunidad Andina de Naciones	28
NATHALY SABRINA CEDEÑO VÉLIZ Y JOSÉ LUIS VÁSQUEZ DONOSO	
Alternativas para la tributación del dividendo no realizado en Ecuador	58
EMILIO SEBASTIÁN SANTAMARÍA MOSQUERA	
La reparación del daño precontractual en el sistema civil ecuatoriano: modelos y límites	90
BERNARDA HARO AILLÓN	
Una mirada hacia el alcance de las cláusulas de Nación Más Favorecida	119
FELIPE JOSÉ CASTRO ZURITA Y RUT DOMÉNICA URRESTA DOMÍNGUEZ	
Disyuntivas naturaleza jurídica de la doctrina de las manos limpias en Arbitraje Internacional de Inversiones	137
RAFAELA ROMO-LEROUX CHACÓN	
El rol del poder ejecutivo en los procesos constituyentes latinoamericanos: la delgada línea entre la participación legítima y la injerencia indebida	164
JOSÉ EDUARDO AGUIRRE VEGA	
Análisis empírico de las diferencias conceptuales y riesgos prácticos de la desnaturalización, la improcedencia y la manifiesta improcedencia en las garantías jurisdiccionales en Ecuador	195
CRISTINA PAZMIÑO-CARRERA	
Regulación del arresto domiciliario como medida cautelar en el proceso penal ecuatoriano	225
JHONY MARCELO TOAQUIZA DÍAZ	
¿Existe la responsabilidad penal de las sociedades pantallas? Un estudio comparado entre España y Ecuador	263
JUAN NICOLÁS CEVALLOS VALLEJO	

Control de carteles en Ecuador: la independencia entre operadores económicos

Cartel Control in Ecuador: Independence Between Undertakings

MARISOL AGUIRRE MOREJÓN*
JORGE VINICIO DUQUE SAGUAY**

Recibido / Received: 20/01/25

Aceptado / Accepted: 03/10/25

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3778>

Citación:

Aguirre Morejón, Marisol y Jorge Vinicio Duque. “Control de carteles en Ecuador: la independencia entre operadores económicos”. *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 2. (noviembre de 2025): <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3778>.

* Estudio Jurídico Morales y Asociados, abogada asociada, casilla postal 170505, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: marisolaguirremorejon@gmail.com, ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0001-5826-5656>.

** Robalino Abogados, asociado senior del departamento de Derecho de la Competencia, casilla postal 170505, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: jorge.duque92@gmail.com, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2286-5622>.

RESUMEN

Con el objetivo de corregir las distorsiones a la libre competencia en los procedimientos de contratación pública, la Superintendencia de Competencia Económica ha emitido resoluciones controversiales. En ellas, se sostiene que un mismo grupo económico puede incurrir en acuerdos colusorios. La postura de la Superintendencia de Competencia Económica, reflejada en las resoluciones analizadas en este trabajo, parte de la premisa de que la vinculación entre operadores económicos en procesos de compras públicas supone, por sí sola, un acuerdo anticompetitivo. Este criterio contradice la piedra angular del control de acuerdos colusorios desarrollada por la doctrina y la práctica internacionales, que exigen la concurrencia de dos o más operadores económicos independientes para la configuración de un acuerdo de esta naturaleza.

PALABRAS CLAVE

Cartel; independencia; colusión; prácticas concertadas; acuerdos; apariencia de competencia

ABSTRACT

To address distortions of free competition in public procurement, the Superintendence of Economic Competition has issued some controversial resolutions. These resolutions take the position that a single economic group can engage in collusive agreements. This interpretation, as reflected in the resolutions discussed in this paper, is based on the premise that any form of connection between undertakings involved in public procurement automatically constitutes an anticompetitive agreement. Such an approach stands in contrast to the fundamental principles of cartel enforcement established by international doctrine and practice, which require the involvement of two or more independent undertakings for a collusive agreement to exist.

KEYWORDS

Cartel; independence; collusion; concerted practices; agreements; appearance of competition

1. INTRODUCCIÓN

Las infracciones más insólitas en contra de la libre competencia se derivan del reemplazo de la incertidumbre inherente al proceso competitivo por la coordinación entre operadores económicos. En este contexto, los acuerdos colusorios y, en extremo, los carteles, son considerados un “cáncer para la economía que conviene erradicar dado que privan a los consumidores de los beneficios que resultan de la existencia de libre competencia en los mercados, como precios más baratos, diversidad de productos o la continua innovación”¹. Es común, por tanto, que las autoridades de competencia económica persigan álgidamente este tipo de conductas como medio para procurar la existencia de una verdadera competencia en el mercado.

Tales conductas se basan en “la existencia de un concurso de voluntades entre al menos dos partes, siendo irrelevante la forma en que esta se manifieste siempre que constituya la expresión fiel de la voluntad de las partes”². Este concurso de voluntades puede incidir en cualquier nivel de la cadena productiva (*i. e.* acuerdos horizontales o verticales). Sin embargo, aquellos acuerdos cuyos efectos resultan más perniciosos para la libre competencia son aquellos generados entre competidores (*i. e.* carteles o acuerdos horizontales). Así, conforme lo ha anotado la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante CRPI) de la Superintendencia de Competencia Económica (en adelante SCE):

Los acuerdos colusorios de tipo horizontal son los más perjudiciales bajo la lupa del derecho de competencia, puesto que, por un lado, sustituyen la actuación autónoma en el mercado por una que resulta de la concertación donde los intereses comunes sobrepasan la libre concurrencia, y, por otro lado, monopolizan niveles completos de la cadena productiva, evitando todo tipo de competencia³.

El presente artículo se refiere primordialmente a este último tipo de acuerdos considerando, además, que la atención de la SCE ha sido apostada casi en su totalidad a los acuerdos entre competidores dada su predilección por el control de los procedimientos de compras públicas como medio para combatir la colusión en Ecuador⁴. Para el año 2024, los procesos de contratación o compra pública representaron un 5,5 % del producto interno bruto, según

1 José María Beneyto y Jerónimo Mailló, *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, (Barcelona: Wolters Kluwer, 2017), 286.

2 Casos n.º C-2/01 P y C-3/01 P, Corte de Justicia Europea, 6 de enero de 2004.

3 Resolución n.º SCPM-CRPI-025-2021, Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Competencia Económica, Expediente n.º SCPM-CRPI-025-2021, 17 de diciembre de 2021.

4 De acuerdo con el examen inter pares realizado por la OCDE sobre el derecho y política de competencia en Ecuador: “en el período de 6 años desde 2014 hasta 2019, la CRPI adoptó un total de 12 decisiones de acuerdos y prácticas restrictivas finales. **Once de estas decisiones involucraron colusión en contrataciones públicas**” (énfasis añadido).

datos del Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador⁵. Por ende, el control de la colusión en este ámbito debe ser uno de los más importantes para la economía ecuatoriana y, en consecuencia, se entiende la prevalencia que la SCE le ha otorgado, en contraste con otros mercados del país.

El artículo 11 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM) contiene la siguiente proscripción:

Están prohibidos todos los acuerdos, decisiones de asociaciones, o prácticas concertadas entre **dos o más operadores económicos**, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia, en todo o parte del mercado nacional, y en particular los que consistan en:

- a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales;
- b) Repartirse mercados, clientes o fuentes de abastecimiento;
- c) Limitar o controlar la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones;
- d) Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que resulte en una desventaja competitiva; y,
- e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (énfasis añadido)⁶.

Claramente, el contenido de la disposición transcrita exige que, para la materialización de un acuerdo anticompetitivo, deban concurrir necesariamente dos o más operadores económicos. En otras palabras, la SCE podrá perseguir una conducta como colusoria cuando exista una amalgama de voluntades entre dos o más operadores económicos, tácita o expresa, para la coordinación de su comportamiento en el mercado como medio para eliminar la libre competencia. Sin embargo, la sola concurrencia de dos o más operadores económicos no basta para que se configure este requisito, sino que estos deben ser, además, independientes entre sí.

Al respecto, en la Guía para la investigación de acuerdos y prácticas restrictivas elaborada por la Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas de la SCE (en adelante Intendencia), se establece que “[l]a principal característica de los acuerdos colusorios es la participación de dos o más operadores económicos

5 Sistema Oficial de Contratación Pública (SOCE), “Compra pública general (millones de dólares): Período con corte a noviembre 2024”, *Sistema Oficial de Contratación Pública*. <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMWI4MjI3ODktYWYy-0NS00YWVmLThmMzItMDZhOWNiZmY2NTI1IiwidCI6ImQ2NDk2NmM4LWY5MTItNGExZS04NDE1LTQw-Y2E2ZjRhOTRlZCJ9>.

6 Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, *Guía para la investigación de acuerdos y prácticas restrictivas* (Quito: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2021).

independientes a nivel económico y jurídico entre sí”⁷. No obstante, algunos pronunciamientos de la CRPI en materia de acuerdos colusorios han generado incertidumbre acerca de la verificación de este requisito, dado que, a juicio de esa autoridad, es plausible la existencia de un acuerdo anticompetitivo incluso en el evento en que no converjan dos o más operadores económicos independientes. Ello plantea un serio problema jurídico: ¿se puede considerar como cartel la coordinación entre entidades que pertenecen a un mismo operador económico y, por ende, carecen de independencia? Esta premisa plantea el problema jurídico que pretende resolver este artículo, a saber: ¿pueden coludir dos operadores económicos que no son independientes entre sí?

Tal cuestionamiento es, por demás, relevante para la práctica del derecho de competencia en Ecuador, toda vez que el paradigma planteado por la CRPI puede llevar a extremos, como considerar que un acuerdo intragrupo puede constituir un cartel. En este contexto, a fin de aportar elementos para una adecuada identificación de los supuestos calificadores de un acuerdo anticompetitivo bajo el derecho de la competencia ecuatoriano, el presente trabajo analiza las inconsistencias en las que ha incurrido la CRPI al calificar como acuerdos anticompetitivos a conductas gestadas entre operadores económicos que no son independientes entre sí.

2. DECISIONES CLAVE PARA ENTENDER EL CONTROL DE CARTELES EN ECUADOR

Para ilustrar cómo la SCE y la CRPI, en particular, han analizado el requisito de la independencia entre operadores económicos, se estudian dos decisiones que han generado particular interés en la doctrina ecuatoriana⁸. Estas resoluciones no solo evidencian la forma en que la CRPI ha enfocado el requisito de la independencia entre operadores económicos, sino que permiten a su vez aportar elementos de discusión para una persecución saludable y eficaz de los carteles en Ecuador.

2.1. PRIMER CASO: CRPI C. MARÍA MORILLO, JORGE NÚÑEZ, ALBA RIVERA Y NANCY ARIAS

El 21 de marzo de 2018, el Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP) solicitó a la SCE la investigación de un presunto acuerdo anticompetitivo entre las siguientes personas naturales: María Morillo, Jorge Núñez, Alba Rivera y Nancy Arias (en adelante Familia)⁹. Los integrantes de

7 Ibid.

8 Ver, Enrique Alvario, “Caso Zumba: Acción de protección y concepto de grupo económico”. <https://centrocompetencia.com/caso-zumba-accion-de-proteccion>.

9 SERCOP. Oficio n.º SERCOP-SDG-2018-0268-OF del 21 de marzo de 2018.

la Familia forman parte de una misma estructura social, conforme se desprende del siguiente detalle:



Gráfico 1. Relación familiar de las personas involucradas¹⁰

Con base en la resolución emitida el 17 de diciembre de 2021, dentro del Expediente SCPM-CRPI-025-2021 (en adelante Resolución), las actividades económicas de la Familia se encontraban entrelazadas como si de un solo operador económico se tratase. Tanto es así que aquellas actividades estaban orientadas a la consecución de una misma operación comercial, esto es, la elaboración de productos textiles para su venta al por mayor y menor¹¹. Sin perjuicio de ello, la Intendencia consideró que cada uno de los integrantes de la Familia eran operadores económicos independientes capaces de incurrir en un acuerdo colusorio.

Sobre la base de tal consideración, la Intendencia adelantó un procedimiento de investigación en contra de la Familia por la presunta comisión de un acuerdo colusorio entre sus miembros que, a criterio de la Intendencia, les permitió participar de manera coordinada en sendos procesos de contratación pública, bajo la modalidad de subasta inversa electrónica destinados a la adquisición de prendas de vestir y accesorios¹².

En el contexto de tal procedimiento investigativo, con base en los hallazgos de la Intendencia, la CRPI concluyó que la falta de independencia entre los

10 Resolución n.º SCPM-CRPI-025-2021, Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Competencia Económica, párr. 7.

11 Id., párr. 209.

12 Id., párr. 285.

miembros de la familia¹³ se subsumiría en el supuesto de colusión en compras públicas tipificado en el artículo 11, número 6, de la LORCPM vigente a la fecha de la investigación, que prohibía lo siguiente:

6. Los actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general todas las conductas de proveedores u oferentes, cualquiera sea la forma que adopten, cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en una licitación, concursos, remates, ventas al martillo, subastas públicas u otros establecidos en las normas que regulen la contratación pública, o en procesos de contratación privados abiertos al público¹⁴.

Posteriormente, para efectos de la fundamentación de la sanción impuesta a la Familia en la Resolución, la CRPI presentó un recuento de los hechos que, a su juicio, darían fe de la existencia de un cartel en los procesos de contratación pública, de entre los cuales destacamos lo siguiente:

se evidenció que los operadores económicos RIVERA ARIAS ALBA IRENE y NUÑEZ MORILLO JORGE EDUARDO, tiene vínculos de AFINIDAD **al ser cónyuges y han participado conjuntamente en procesos de contratación pública, motivos para una presunción legal del cometimiento de una práctica anticompetitiva**, dado que no actuaron de manera **independiente** dentro de los procesos de contratación pública antes mencionados, incurriendo posiblemente en acuerdos que podrían conllevar a una distorsión de mercado y el falseamiento de la competencia [...] (énfasis añadido)¹⁵.

Dicho de otro modo, la CRPI evidenció que los miembros de la Familia eran dependientes entre sí y que, además, realizaban sus actuaciones de manera conjunta. Considerando lo dispuesto en la cláusula general del artículo 11 de la LORCPM, así como en la Guía de la Intendencia, la mencionada falta de independencia —derivada de los vínculos entre los partícipes del “acuerdo”— debía haber sido analizada en profundidad para determinar de manera técnica si, en tales condiciones, era posible que exista la concurrencia de voluntades independientes que demanda la verificación de un acuerdo anticompetitivo.

Dado que no se puede imputar un acuerdo a personas naturales o jurídicas que carecen de independencia entre sí, el análisis señalado resulta fundamental.

13 Id., párr. 238.

14 Artículo 11, LORCPM.

15 Resolución n.º SCPM-CRPI-025-2021, Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Competencia Económica, párr. 146.

Irónicamente, la propia CRPI reconoció implícitamente esta falta de independencia en su Resolución, al afirmar que la Familia falseó: “la competencia porque le hicieron creer a la administración y a los otros oferentes que eran competidores independientes”. Sin embargo, este señalamiento no demuestra la existencia de un cartel. Por el contrario, se evidencia una apariencia de competencia, lo cual es un concepto distinto a los acuerdos anticompetitivos. Como se analizará más adelante, la apariencia de competencia no debería ser considerada dentro de las competencias de la SCE.

Pese a la falta de una real independencia entre los miembros de la Familia o, en su defecto, de un análisis que demuestre que estos realmente competían entre sí, la CRPI consideró que cada miembro era un operador económico independiente capaz de distorsionar la libre competencia. Sobre el elemento de la competencia efectiva, la Resolución se limitó a confiar en la siguiente presunción: “el acuerdo sería de tipo horizontal, ya que los cuatro operadores económicos están ubicados en el mismo eslabón del mercado, es decir, son competidores en el mismo nivel comercial”¹⁶, sin evidenciar si, realmente, los miembros de la Familia ejercían presiones competitivas entre sí.

2.2. SEGUNDO CASO: CRPI C. MEDICAL DIAGNÓSTICA MEDICALAB S. A., CLÍNICA DEL MÉDICO DIAGMED S. A., LABORATORIOS ZUMBA, INVERSIONES Y MANDATO INVERSARIATO S. A. Y MEDICALSTORE S. A.

En resolución del 29 de julio de 2022, a las 10h08 (en adelante Resolución 2), emitida dentro del expediente SCPM-CRPI-010-2022, la CRPI sancionó a los siguientes operadores económicos: Laboratorios Asociados Zumba S. A.; Inversiones y Mandato INVERSARIATO S. A.; MEDICALSTORE S. A.; Medical Diagnóstica MEDICALAB S. A. (en adelante MEDICALAB¹⁷); y Clínica del Médico DIAGMED S. A. (en adelante DIAGMED), por haber incurrido en un supuesto cartel destinado a amañar compras públicas en el mercado de insumos y materiales médicos.

Considerando la pasividad que ha demostrado la SCE en cuanto a la persecución de carteles en Ecuador¹⁷, este parecería ser un caso de referencia para el derecho de la competencia local, puesto que todo apuntaba a que la antedicha autoridad habría detectado y sancionado exitosamente un caso convencional de *bid-rigging*. Lamentablemente, la teoría del daño sostenida por la Intendencia y aupada por la CRPI ignoró, por completo, un elemento indispensable para la configuración de una estructura ilícita de esta naturaleza, a saber: la independencia entre los operadores económicos involucrados.

¹⁶ Id., párr. 233.

¹⁷ De acuerdo con el examen inter pares realizado por la OCDE sobre el derecho y la política de competencia en Ecuador: “en el período de 6 años desde 2014 hasta 2019, la CRPI adoptó un total de 12 decisiones de acuerdos y prácticas restrictivas finales”.

Conforme se desprende de la información recabada en bases de datos públicas y aquella detallada por la CRPI en la Resolución 2, se puede concluir que los operadores económicos involucrados en el “cartel” estaban vinculados entre sí conforme al siguiente detalle:

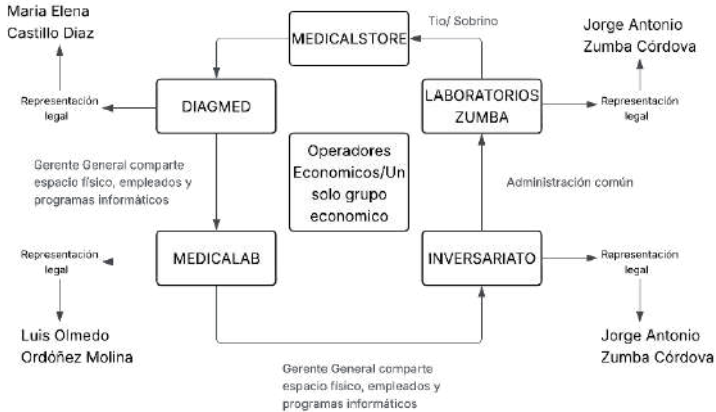


Gráfico 2. Relación de los operadores económicos involucrados¹⁸

Al respecto, la CRPI explicó lo siguiente:

Dentro del Informe SCPM-IGT-INICAPMAPR-2022-007 emitido por la INICAPMAPR se ha establecido con claridad la existencia de un grupo económico conformado por los operadores económicos LABORATORIOS ZUMBA, INVERSARIATO y MEDICALSTORE¹⁹.

Sin embargo, con respecto a dos de los cinco operadores económicos involucrados (*i. e.* MEDICALAB y DIAGMED), la CRPI consideró que estos “no forman parte del referido grupo económico y, por tanto, constituyen voluntades distintas”²⁰. No obstante, los hechos del caso dan cuenta de que MEDICALAB y DIAGMED pertenecerían a una misma estructura corporativa. A continuación, se detallan algunos de los hechos que permiten arribar a esa conclusión:

- i. De acuerdo con la Intendencia: “[e]l señor Jorge Zumba, actuaría en representación de los cuatro operadores en determinadas decisiones comerciales, a pesar de tener representantes legales

18 Resolución SCPM-CRPI-010-2022, Comisión de Resolución de Primera Instancia, Expediente n.º SCPM-CRPI-010-2022, 29 de julio de 2022.

19 *Id.*, párr. 201.

20 *Id.*

independientes en el caso de MEDICALAB y DIAGMED”²¹. Esto, cuando menos, demostraría la existencia de una administración conjunta de las operaciones de MEDICALAB y DIAGMED, gestionada a través de un centro de control común, a saber: el señor Jorge Zumba, gerente general de Laboratorios Asociados Zumba S. A.

- ii. Aunado a lo anterior, en el allanamiento practicado por la Intendencia se identificó que “[s]e contrató a la misma empresa (Prodquality S. A.) para que desarrolle el mismo *software* a ser instalado en los cuatro operadores para el desarrollo de sus actividades económicas, mismo que fue suscrito por la misma persona (Jorge Zumba) como representante de las cuatro empresas”²². Tal hallazgo demuestra que el gerente general de Laboratorios Asociados Zumba S. A. tenía la capacidad de ejercer influencia decisiva sobre los actos de MEDICALAB y DIAGMED.
- iii. MEDICALAB y DIAGMED desarrollan sus actividades económicas en el mismo lugar que el resto de los implicados. Tal es así que incluso “[l]os señores Luis Fuentes y Jorge Caamaño, empleados de LABORATORIOS ASOCIADOS ZUMBA S. A., ostentaban, en su poder y dentro de las instalaciones de dicho operador, las llaves de acceso al domicilio de MEDICAL DIAGNÓSTICA MEDICALAB S. A.”²³.
- iv. Según los hallazgos de la Intendencia “[l]as cuatro empresas tienen empleados en común, adicionalmente, comparten formatos de documentos, facturación, recibos, cuentas por cobrar, cotizaciones y proformas”²⁴.

Según la Comisión Europea²⁵, cuando una empresa tiene un control determinante sobre otra, ambas constituyen una sola entidad económica y, por lo tanto, deben considerarse como una misma empresa. Al amparo de lo anterior, es posible concluir que en este caso existía —al menos— la duda razonable acerca de la vinculación de los operadores económicos implicados, toda vez que existen varios indicios que demuestran que estos funcionaban —*de iure* o *de facto*— bajo una misma estructura de control. Ante la existencia de una duda razonable, la CRPI no podía considerar que la existencia de un acuerdo de voluntades independientes estaba debidamente acreditada.

Sin perjuicio de lo anterior y que los procedimientos de la SCE están gobernados por el principio de primacía de la realidad establecido en el artículo 3 de la

21 Resolución n.º SCPM-CRPI-010-2022, Comisión de Resolución de Primera Instancia de la Superintendencia de Competencia Económica, párr. 270.

22 Id.

23 Id., párr. 257.

24 Id., párr. 270.

25 Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01), párr. 11.

LORCPM, con respecto a la existencia de un grupo económico, en un proceso judicial derivado de la impugnación de la Resolución 2, la SCE señaló que:

no importa que se señale que actualmente trabajamos en el mismo bien inmueble, mis empleados son los mismos, porque no existe intercambio de voluntad, formal en ningún sentido. Reitero, no existe prueba del Registro Mercantil, no existe prueba en la Superintendencia de Compañías de la vinculación, no existe prueba tampoco otorgada por el grado de confidencialidad presentada por una fiduciaria en el carácter de contrato fiduciario para el traspaso de voluntades²⁶.

El excesivo formalismo de la SCE, en lo que a la vinculación entre operadores económicos se refiere, genera una visión de túnel que incide en su proclividad de incurrir en errores de tipo 1 y 2. De modo que, al igual que en el caso anterior, la investigación y sanción del grupo económico en cuestión se fundamentó en lo dispuesto en el artículo 11, numeral 6, de la LORCPM vigente a la fecha de la investigación.

3. OPERADORES ECONÓMICOS, GRUPOS ECONÓMICOS, CONTROL Y LA INDEPENDENCIA ENTRE COMPETIDORES

Tras exponer ambos casos, es necesario ahondar en los conceptos esenciales que determinan si las empresas u operadores actúan de manera independiente. Por ello, en este apartado se revisan la definición de “operador económico” a la luz del derecho de la competencia, la estructura de “grupo económico” y los criterios para establecer la existencia de un control determinante, todo esto con el fin de esclarecer la relevancia de la independencia en la configuración de un cartel.

Antes de adentrarse en el análisis de la independencia entre operadores económicos, conviene visitar brevemente las nociones de operador y grupo económico, al ser estas cruciales para efectos del análisis que ocupa al presente artículo. Esto considerando que, conforme explican Whish y Bailey, “[e]l artículo 101(1) no se aplica a los acuerdos entre dos o más personas jurídicas que forman una sola entidad económica: colectivamente forman una sola empresa, por lo que no hay acuerdo entre empresas”²⁷. Al igual que el artículo 11 de la LORCPM, el artículo 101(1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE), al que se refieren los citados profesores, prohíbe los acuerdos entre operadores económicos “que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”.

26 Unidad Judicial Civil con sede en el cantón Guayaquil. Sentencia del 22 de diciembre de 2022, proceso n.º 09332202218255.

27 David Bailey y Richard Whish, *Competition Law* (Nueva York: Oxford University Press, 2012), 92.

Para que varias entidades constituyan un solo grupo económico a efectos del artículo 101(1) del TFUE, la Comisión Europea ha señalado que debe existir una influencia decisiva, lo que implica que una de las entidades puede determinar el comportamiento comercial de la otra, eliminando así la independencia requerida para que exista colusión. Esta doctrina, conocida como *single economic entity*²⁸, ha sido consolidada en múltiples resoluciones, como *Viho c. Parker Pen* (C-73/95) y *T-Mobile Netherlands* (C-8/08), que analiza la autonomía operativa de las partes. Por su parte, la doctrina ha advertido que este análisis debe centrarse en elementos funcionales y no meramente formales: control conjunto de decisiones estratégicas, identidad en los órganos directivos, uso común de recursos, entre otros.

En este mismo sentido, la Comisión Europea ha precisado que: “[l]as empresas que forman parte de la misma entidad no se consideran competidoras a efectos de las presentes directrices, aunque operen en los mismos mercados de productos y geográficos de referencia”²⁹. Tales conceptos no son desarrollados de manera clara en el derecho de la competencia ecuatoriano, lo cual ha sido aprovechado para la aplicación a ultranza del artículo 11 de la LORCPM, sin deparar en la peligrosidad de sentar precedentes contradictorios y carentes de rigor técnico.

Esto último considerando que, conforme se desprende de las resoluciones analizadas, la CRPI ha estimado posible la existencia de un cartel entre miembros de una misma unidad económica. Dicho de otro modo, la CRPI ha considerado plausible que personas naturales o jurídicas que no gozan de independencia para el desempeño de sus actividades económicas y que, como tal, no cuentan con una estrategia o ventaja competitiva que pueda ser susceptible de coordinación para la defraudación del proceso competitivo, puedan distorsionar una competencia que en los hechos no existe.

Por tanto, ocupa al alcance de este artículo tratar de dotar de contenido práctico a la noción de operador económico para su aplicación en el derecho de competencia ecuatoriano, así como su relación con la *single-entity doctrine* del derecho *antitrust* que, en definitiva, inmuniza a gran parte de los acuerdos intragrupo frente al escrutinio de las autoridades de competencia. En este contexto, empezaremos por señalar que el único acercamiento a la noción de operador económico en la legislación ecuatoriana consta recogido en el artículo 2 de la LORCPM, en los siguientes términos:

28 En virtud de esta doctrina, para efectos de los análisis que ocupan al derecho de la competencia, “dos entidades, jurídica y formalmente distintas, son tratadas como una sola”. Ver, Nicolás Antonio Palma Paredo, *Doctrina de la única unidad económica en el derecho de la competencia: aplicación y límites* (2022), 1, <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/08/Nicolas-Palma-2022-Doctrina-de-la-Unidad-Economica.pdf>.

29 Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2023/C 259/01), párr. 11.

Está sometido a las disposiciones de la presente Ley todo ente que lleve a cabo, actual o potencialmente, actividades económicas, independientemente de su forma jurídica o modo de financiación; es decir, están sometidos a la presente Ley todos los operadores económicos, sean estas personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines de lucro, nacionales o extranjeras, que realicen actividades económicas, actual o potencialmente, en todo o en parte del territorio nacional, así como aquellos que las realicen fuera del país en la medida en que estas produzcan o puedan producir efectos en el territorio ecuatoriano³⁰.

Si bien el precitado artículo no otorga una definición de aquello que constituye un operador económico para el derecho de la competencia ecuatoriano, su contenido permite identificar que una persona —cualquiera que sea su naturaleza— podrá ser considerada como tal en la medida en que realice actividades económicas —directa o indirectamente— en el mercado local. Esta concepción guarda similitudes con el concepto de *undertaking* desarrollado por el derecho de la competencia europeo³¹. A propósito de este último concepto, en el caso *Höfner and Elser c. Macrotron GmbH*, la Corte de Justicia Europea señaló que el concepto *undertaking* “engloba a todas las entidades dedicadas a una actividad económica independientemente de la situación jurídica de la entidad y de la forma en que se financia”³², definición que —*mutatis mutandis*— guarda semejanza con lo dispuesto en el artículo 2 de la LORCPM.

Desde esta misma óptica, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define la locución “operador económico” —en la acepción concerniente al derecho administrativo y europeo— en los siguientes términos: “[p]ersona física o jurídica, entidad pública, o agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrecen en el mercado la ejecución de obras o de una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios”³³. Por su parte, la Fiscalía Nacional Económica de Chile aclara que, para determinar aquello que debe entenderse por agente económico³⁴:

el criterio central es la capacidad para desarrollar una actividad económica, lo que se traduce en la capacidad de ofrecer o demandar bienes o servicios. Adicionalmente, se refiere a “toda entidad, o parte de ella”, es decir, tampoco limita dicho concepto a determinado tipo de estructura corporativa, entendiéndose incluidas personas jurídicas,

30 Debido a las reformas a la ley, actualmente se cita como Artículo 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), publicada en el Registro Oficial, Suplemento 555, del 22 de enero de 2024.

31 El término *undertaking* ha ido restringiendo su alcance con el tiempo, a fin de que el escrutinio de las autoridades de competencia recaiga únicamente sobre aquellos agentes de mercado que puedan verse inmiscuidos en prácticas o conductas que interesen al régimen de competencia económica.

32 Case C-41/90, Corte de Justicia Europea, 23 de abril de 1991.

33 Real Academia Española, “Operador económico, operadora económica”, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, consultado el 12 de enero de 2025.

34 Operador económico en el contexto ecuatoriano.

personas naturales, o cualquier otro tipo de entidad, aun cuando carezca de personalidad jurídica³⁵.

Nótese que la noción de “operador económico” supone un concepto complejo que agrupa las diversas formas a través de las cuales las personas naturales o jurídicas pueden organizarse para actuar en el mercado. De modo que, en síntesis, podemos concluir que el concepto de operador económico se refiere a la unidad económica que puede fraccionarse para viabilizar las diferentes actividades económicas que pueden coexistir a la interna de un mismo operador económico. Estas subdivisiones serían las empresas a las que se refieren disposiciones como la contenida en el artículo 14 de la LORCPM, que establece la definición de operación de concentración económica, en sentido disyuntivo frente al concepto de operador económico³⁶.

Por su parte, un grupo económico es una macrounidad que aglutina a varios operadores económicos, sean estos personas naturales o jurídicas³⁷. Para efectos de verificar la existencia de un grupo económico, la Comisión Federal de Competencia Económica de México precisa que se debe analizar: “si un Agente Económico, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, puede ejercer una influencia decisiva o control sobre otro”³⁸. El control al que se refiere la autoridad mexicana puede manifestarse *de iure* o *de facto*, a través de cualquier medio que permita a un operador económico dictar la conducta de otro en el mercado.

En tal virtud, el control puede derivarse de distintos medios cuya verificación no puede ceñirse únicamente a parámetros estructurales como aquellos que han sido considerados por la Intendencia y la CRPI para el efecto (*i. e.* vínculos societarios). Tal acercamiento a la noción de control ignora la realidad de las relaciones económicas y societarias entre operadores económicos, cuyo nivel de complejidad rebasa los criterios formales de vinculación considerados por la CRPI. Es por esto que el artículo 191 de la Ley de Mercado de Valores —al que el artículo 7 del Reglamento para la Aplicación de la LORCPM hace un reenvío para definir el concepto de grupo económico— define a las empresas vinculadas como sigue:

se consideran empresas vinculadas al conjunto de entidades que, aunque jurídicamente independientes, presentan vínculos de tal naturaleza

35 Fiscalía Nacional Económica de Chile (FNE), *Guía de competencia* (Santiago de Chile: Fiscalía Nacional Económica, 2017), <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia-.pdf>.

36 Artículo 14, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), publicada en el Registro Oficial, Suplemento 555, del 22 de enero de 2024 (“A los efectos de esta ley se entiende por concentración económica al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos, a través de la realización de actos [...]”).

37 Ver, David Bailey y Okeoghene Odudu, “The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law”, *Common Market Law Review*, vol. 51, n.º 6 (2004): 1721-57.

38 Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE), *Guía para la notificación de concentraciones* (Ciudad de México: Comisión Federal de Competencia Económica, 2021), https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2021/06/GUIA-CON_2021.pdf.

en su propiedad, administración, responsabilidad crediticia o resultados que hacen presumir que la actuación económica y financiera de estas empresas está guiada por los intereses comunes, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o respecto de los valores que emitan³⁹.

Dado que el análisis en materia de competencia económica varía de caso en caso, no se puede depender de generalizaciones que pretendan englobar todos los supuestos de control, menos aún cuando la aplicación de la LORCPM está supeditada, entre otros, al principio de primacía de la realidad. En recuento de lo cual, si bien toda persona —natural o jurídica— puede ser considerada como un operador económico a los ojos del derecho de la competencia ecuatoriano, aquello no es suficiente para concluir que esa persona es, sin más, hábil para incurrir en acuerdos colusorios. Para tal efecto hace falta, además, que un operador económico sea jurídica y económicamente independiente de aquellos con los que se relacione en el mercado, en términos competitivos, para que de esa manera pueda incurrir en un acuerdo anticompetitivo.

Este último no es el caso de los operadores económicos que forman parte de un mismo grupo económico, pues, en tal escenario, sus decisiones comerciales, administrativas y, en general, su conducta competitiva es adoptada a través de un mismo centro de control y, por ende, no son susceptibles de coordinación. Esto no quiere decir que una unidad económica no pueda ser sancionada por las conductas de uno de sus miembros; sin embargo, en ese caso, la figura aplicable no sería la colusión. Para esto último se debe verificar que (i) la matriz controle a la filial infractora y (ii) que la comisión de la infracción haya sido en el contexto del ejercicio de ese control⁴⁰.

De modo que el análisis de la CRPI, en lo que al control de acuerdos colusorios se refiere, debe considerar el hecho de que un grupo económico puede estar constituido por sendas entidades que, si bien aisladamente pueden ser consideradas como operadores económicos, en la realidad se comportan como una misma unidad económica. Bajo la lógica de la *single-entity doctrine*, “a la hora de contabilizar el número de empresas que son parte de un acuerdo [...] las personas físicas y jurídicas que forman una única entidad económica se contabilizan como una sola”⁴¹. Por ende, no es correcto asumir, sin más, que la falta de independencia entre operadores económicos es síntoma de colusión.

Al amparo de las nociones estudiadas en este acápite es posible afirmar que uno de los elementos fundamentales para la verificación de la existencia de un

39 Código Orgánico Monetario y Financiero, Libro II, Ley Mercado Valores. R. O, Suplemento 215 del 22 de febrero de 2006.

40 Enrique Alvario, ¿Cuál es el tratamiento de la “entidad económica única” bajo la LORCPM en el Ecuador?.

41 Bailey y Whish, *Competition Law*, 97.

acuerdo anticompetitivo radica en que los operadores económicos involucrados sean independientes en la toma de sus decisiones. Para tal efecto, más allá de parámetros formalistas, como los vínculos societarios, es necesario considerar la influencia que un operador económico pueda ejercer, por cualquier medio, sobre otro. Solo de esta manera se puede determinar, con precisión, si entre dos operadores económicos existe o no una vinculación que pueda incidir en el análisis competitivo.

Por todo lo cual resulta cuestionable que, en los casos analizados, el *leitmotiv* de la Intendencia y la CRPI para sustentar la existencia de carteles haya sido —precisamente— la falta de independencia entre los operadores económicos involucrados, cuando el elemento fundamental para la existencia de un acuerdo colusorio descansa en la anulación de la incertidumbre competitiva entre competidores independientes. Dicho de otro modo, ambas autoridades confunden la vinculación entre operadores económicos con la coordinación de voluntades independientes. La verificación de este último elemento efectivamente puede distorsionar la libre competencia, mientras que el primero es síntoma de la existencia de un grupo económico o de la necesidad de adelantar un análisis más profundo para demostrar —o descartar— la existencia de competidores independientes capaces de conspirar en contra de la libre competencia.

4. REQUISITOS PARA LA EXISTENCIA DE ACUERDO COLUSORIO: EL ELEMENTO SUBJETIVO

La independencia de las partes no solo es una cuestión conceptual, sino también un requisito esencial en la configuración de un acuerdo colusorio. En este apartado se analizará el llamado “elemento subjetivo” y su exigencia de un concurso de voluntades autónomas, de modo que se pueda discernir cuándo verdaderamente existe colusión y cuándo se trata de una sola unidad económica actuando en el mercado.

La coordinación entre operadores económicos es un negocio lucrativo, pues, de esa manera, estos pueden maximizar la rentabilidad de sus operaciones. No lo es, por el contrario, mantener un entorno competitivo en el que prima el fomento de la incertidumbre que obliga a los operadores económicos a esforzarse por ofrecer al consumidor más y mejores productos o servicios, de modo que estos pugnen por prevalecer en el mercado con base en sus propios méritos.

En materia de contratación pública, eliminar esta incertidumbre implica que los participantes de un acuerdo colusorio conozcan y determinen la suerte de las compras públicas en función de sus propios intereses y no los del mercado,

la eficiencia económica y el bienestar general⁴². Particularmente, en el Estudio de Mercado del Sistema Nacional de Contratación Pública, la SCE determinó seis tipos de acuerdos colusorios que afectan el normal desarrollo de la contratación pública ecuatoriana, a saber:

- i. ganador en primera oferta;
- ii. ofertas falsas;
- iii. acuerdos de precios;
- iv. vinculaciones societarias;
- v. reparto de mercado; y
- vi. subcontrataciones⁴³.

Además de la interdicción de la corrupción, la razón de ser de la contratación pública radica en que el Estado pueda procurarse bienes y servicios de mejor calidad, a menores precios y de manera eficiente. Lógicamente, esto es coartado cuando los oferentes conspiran para presentar ofertas generadas a partir de la coordinación de sus intereses y no de la libre competencia⁴⁴.

Este problema es especialmente grave cuando afecta a economías deprimidas —como la ecuatoriana— cuyas autoridades de competencia económica, paralelamente, enfrentan serias dificultades para la detección y sanción de carteles, debido a una serie de limitaciones que impiden la aplicación eficiente de la normativa relevante. Tales limitaciones hacen que agencias como la SCE sean propensas a incurrir en errores de tipo 1 (*overenforcement error*) y 2 (*underenforcement error*)⁴⁵, impidiendo a los consumidores beneficiarse de una lucha real contra los carteles.

Dado que el objetivo del presente artículo radica en identificar lo que, a juicio de los autores, constituye un error en el criterio de la SCE a la hora de identificar carteles, ocupa al presente acápite determinar los elementos sin los cuales no se puede configurar un acuerdo anticompetitivo. Tales elementos constan recogidos en la cláusula general del artículo 11 de la LORCPM, que han sido sintetizados en la “Guía para la investigación de acuerdos y prácticas restrictivas” publicada por la SCE, en los siguientes términos:

La estructura del artículo 11 de la LORCPM, por tanto, obliga a establecer una evaluación sobre el cumplimiento de los tres requisitos: i)

42 Resolución n.º SCPM-CRPI-2015-019-RA, Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), Expediente SCPM-CRPI-2015-019-RA, 5 de julio de 2019.

43 Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), *Estudio de mercado del Sistema Nacional de Contratación Pública* (Quito: Superintendencia de Control del Poder de Mercado, 2022), <https://www.scpm.gob.ec/sitio/wp-content/uploads/2022/03/Anexo-Estudio-Contratacion-Publica-VP-Final.pdf>.

44 J. A. Donahuey y T. W. Wertz, “Attorney General Gov: Bid Rigging-A Long Time and Persistent Threat to Municipalities” (2019), 3.

45 Ver, Justin Lindeboom, “Formalism in Competition Law”, *Oxford: Journal of Competition Law & Economics*, 00 (2022): 1-49, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4058755.

la concurrencia de voluntades entre dos o más operadores económicos (elemento subjetivo), ii) acuerdo que por su objeto o efecto impida, restrinja, falsee la competencia (elemento objetivo); y iii) que la eventual restricción tenga lugar en parte o en todo el mercado nacional (elemento competencial o territorial). Los tres requisitos deberán cumplirse de forma acumulativa para que se pueda establecer una violación a la ley de competencia⁴⁶.

La inclusión de un enunciado general prohibitivo o cláusula general en la LORCPM tiene por objeto “abarcar todos los escenarios posibles que están prohibidos y serán sancionados por ser considerados como anticompetitivos”⁴⁷. De modo que, además de las particularidades de cada tipo de acuerdo (*i. e.* fijación de precios, repartición de mercado, etc.), la identificación de un acuerdo anticompetitivo siempre estará supeditada a la verificación de sus elementos básicos. Por lo tanto, en todos los casos, este tipo de conductas serán sancionadas en tanto se verifiquen los tres elementos antes detallados, de entre los cuales, para efectos de este análisis, es necesario enfocarse en la concurrencia de voluntades entre dos o más operadores económicos independientes.

Particularmente en procesos de contratación pública, tales acuerdos se pueden configurar entre operadores económicos y la autoridad contratante (*i. e.* caso Odebrecht)⁴⁸, así como entre dos o más operadores económicos independientes (*i. e.* caso Recapt)⁴⁹. Además, tales acuerdos puede ser expresos (*i. e.* a través de actos o contratos escritos o verbales) o tácitos (*i. e.* aquiescencia implícita de la conducta a ser ejecutada por los involucrados)⁵⁰. En todos los casos, se requiere una concurrencia de voluntades independientes orientada a restringir la competencia.

Es preciso anotar que, a diferencia de lo que ocurre en otras ramas del derecho —como la civil—, la voluntad en materia de acuerdos colusorios no necesita ser expresada de forma clara o inequívoca, sino que puede inferirse de cualquier tipo de actos o conductas que revelen una coordinación entre operadores económicos independientes.

En 2015, el caso Recapt fue uno de los primeros en materia de acuerdos colusorios que la SCE adelantó —si no el primero—. La CRPI determinó la

46 Intendencia Nacional de Investigación y Control de Abuso del Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas Restrictivas, *Guía para la investigación de acuerdos y prácticas restrictivas*, 20.

47 Ibid.

48 Resolución n.º SCPM-CRPI-012-2022, Comisión de Resolución de Primera Instancia de Superintendencia de Control del Poder de Mercado, expediente n.º SCPM-CRPI-012-2022, 20 de junio de 2022.

49 Resolución n.º SCPM-CRPI-2016-017, Comisión de Resolución de Primera Instancia del 5 de septiembre de 2015, expediente n.º SCPM-CRPI-2015-019.

50 Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), *Manual para investigación de prácticas colusorias en Costa Rica* (San José de Costa Rica, Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo 2017), 5, <https://www.unctadcompal.org/wp-content/uploads/2017/03/COSTA-RICA-MANUAL-PARA-INVESTIGACION-DE-PRACTIAS-COLUSORIAS-1-NUEVO.pdf>.

existencia un acuerdo entre los operadores económicos Recapt Recuperación del Capital Contact Center S. A. y Solnet S. A. para la presentación de ofertas en procesos de compras públicas, ejecutada a través de la cooperación de su personal técnico y directivo. Aparentemente, este caso sería un buen ejemplo para identificar la verificación del elemento subjetivo de un acuerdo anticompetitivo. No obstante, genera dudas toda vez que, en su resolución, la CRPI apuntó a lo que podría ser la actuación de operadores económicos que formaban parte de un mismo grupo económico en los siguientes pasajes⁵¹:

c. [...] De lo constante en el proceso de contratación SIE-IESS-015-2011, es evidente que entre las empresas RECAPT y SOLNET S. A. existe una conducta que se reproduce en la concertación para perjudicar a un tercero, tanto es así que los ciudadanos Diego Patricio Gaybor Quiroz (Gerente de Sistemas de Tecnología de Recapt) José Ching Pinchin Responsable del proyecto *call center* Solnet S. A.) y Fernando Colunga Hernández (Gerente de Call Center en Solner S. A.) tienen actuaciones de orden administrativo en una empresa, mientras que figuran en el componente directivo de la otra y de este modo se afecta la independencia señalada en los pliegos por parte de los operadores económicos citados [...].

d. [...] En la documentación que hace referencia a las ofertas técnicas entregadas por las empresas RECAPT S. A. y SOLNET S. A., se identifica múltiples coincidencias entre estas dos ofertas: y cabe indicar que en los documentos presentados por la empresa RECAPT S. A. descritos en el numeral 4.2.2 de este informe se observa el nombre de SOLNET S. A. en varias partes del mismo; por otra parte, el mismo fenómeno ocurre en la documentación presentada por SOLNET S. A., en la que consta el texto RECAPT S. A., es decir, hay una evidente confusión de la documentación presentada por los oferentes en la que se concluye que ambas propuestas fueron presentadas por una misma persona o grupo [...] ⁵².

Al igual que en la Resolución y la Resolución 2, en el caso Recapt, la CRPI da cuenta de que los operadores económicos involucrados tenían vínculos entre sí que podrían ser interpretados como un supuesto de administración conjunta. Empero, en ese caso, la CRPI tampoco analizó la incidencia del elemento subjetivo como requisito para la configuración del acuerdo perseguido.

En el ámbito de la persecución de carteles, es bien conocido que al derecho de la competencia únicamente le interesan aquellos acuerdos de voluntades a través de los cuales dos o más operadores económicos independientes conspiran para eliminar la libre competencia. Un acuerdo de voluntades de esta

51 Resolución n.º SCPM-CRPI-2016-017 del 5 de septiembre de 2015.

52 Id.

naturaleza únicamente puede surgir entre operadores económicos independientes. Dicho de otro modo, no pueden existir acuerdos colusorios entre operadores económicos que responden a un mismo centro de control, toda vez que uno no puede conspirar o acordar consigo mismo.

De hecho, de acuerdo con la Guía elaborada por la Intendencia: “[l]a principal característica de los acuerdos colusorios es la participación de dos o más operadores económicos independientes a nivel económico y jurídico entre sí”⁵³. Naturalmente, si dos operadores económicos dependen uno de otro jurídica y/o económicamente, no existiría entre ellos competencia que pudiera ser distorsionada a través de un acuerdo.

Sobre la independencia que necesariamente debe existir entre los operadores económicos involucrados en un acuerdo prohibido por el artículo 11 de la LORCPM, el juez a cargo de la acción de protección presentada por el señor Jorge Antonio Zumba Córdova en contra de las resoluciones dictadas por la CRPI, el 29 de julio de 2022, a las 10h08, y por la Intendencia Nacional Jurídica de la SCE, el 21 de octubre de 2022, a las 13h00, dentro de los expedientes SCPM-INJ-13-2022 y SCPM-CRPI-010-2022, respectivamente, reconoció que:

los llamados acuerdos colusorios [exigen que] sean llevados a cabo por operadores económicos independientes y que de ser estos operadores económicos parte de un grupo y/o tener la condición de comisionista, el artículo 11 no les será imputado en razón precisamente de la falta de independencia de la que gozan los operadores económicos que se encuentran en esas condiciones [...] (texto entre corchetes añadido)⁵⁴.

Esto se debe a que un acuerdo anticompetitivo:

presupone la intervención de sujetos con identidad propia, esto es, partícipes que no estén expuestos con antelación a un mismo control o direccionamiento, pues en tal supuesto no se estaría produciendo una pérdida de independencia como resultado de un acuerdo, sino que se trataría de un único agente económico que actúa en el mercado sin eliminar o afectar las condiciones de competencia efectiva⁵⁵.

En virtud de lo cual es claro que no existe claridad ni certeza respecto del análisis conducido por la Intendencia o la CRPI para determinar la materialidad del elemento subjetivo, es decir, el concurso de voluntades independientes. Al

53 Id.

54 Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Guayaquil, sentencia del 22 de diciembre de 2022, proceso n.º 09332202218255.

55 Guillermo Sossa y Carlos Esguerra, “Acuerdos Anticompetitivos”, en *Derecho de la competencia*, editado por Gabriel Ibarra, Alfonso Miranda y Carlos Uribe (Bogotá: Legis Editores, 2022), 89.

igual que los dos otros casos analizados, el caso Recapt es prueba del sofisma que este artículo pretende poner de manifiesto, a saber: que la dependencia entre operadores económicos es síntoma de colusión.

5. LA APARIENCIA DE COMPETENCIA Y EL CONTROL DE CARTELES EN ECUADOR

Una vez establecida la importancia de la independencia en los acuerdos colusorios, surge una variante que a menudo se confunde con la colusión: la apariencia de competencia. En esta sección se explicará por qué, pese a que dos o más operadores aparenten competir, podrían estar vinculados de tal modo que en realidad no exista independencia alguna y por qué esta situación es distinta de la colusión sancionable.

Pese a que en las resoluciones analizadas la CRPI citó el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea como base metodológica para el análisis de acuerdos colusorios, correlativamente ignoró que en las directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal, la Comisión Europea establece claramente el alcance del mencionado artículo en los siguientes términos:

[l]as presentes Directrices consideran que las compañías que formen parte de una misma “empresa” a tenor del artículo 101, apartado 1, no son competidoras a efectos de las presentes directrices. El artículo 101 solamente se aplica a los acuerdos entre empresas independientes. Cuando una empresa ejerce una influencia decisiva sobre otra empresa, forman una única entidad económica y, por lo tanto, forman parte de la misma empresa. Esto es también aplicable a las empresas hermanas, es decir, las empresas sobre las que ejerce una influencia decisiva la misma sociedad matriz. Por lo tanto, no se considera que sean competidoras incluso aunque operen en los mismos mercados de productos y geográfico de referencia⁵⁶.

En este contexto, la falta de independencia que la CRPI consideró como prueba madre para demostrar la existencia de un cartel es, por el contrario, prueba conducente para demostrar justamente lo contrario. Concluir la falta de independencia entre operadores económicos con base en sus relaciones y vínculos comerciales demuestra que estos no son hábiles para coludir. Esto se debe a que una verdadera falta de independencia en el ámbito del control de carteles debe probarse mediante la existencia de un acuerdo de dos o más voluntades

⁵⁶ Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, Comisión Europea n.º. 2011/C 11/01, 14 de enero de 2011, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=es](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=es).

independientes, no así a partir de los vínculos entre operadores económicos.

Por ende, en lugar de demostrar la vinculación entre operadores económicos, la Intendencia y la CRPI debían demostrar que los operadores económicos involucrados actuaban de forma independiente en el mercado, pese a los vínculos que los ataban. Solo de esta manera, dos o más operadores económicos pueden coordinar su comportamiento en detrimento de la libre competencia. Adicionalmente, el análisis de tales autoridades debió ser complementado mediante la verificación de que los oferentes efectivamente ejercían presiones competitivas entre sí, lo cual denotaría su capacidad para tranzar y reemplazar la competencia por la cooperación. Así, la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (en adelante SICC) explica que el tipo de acuerdos colusorios supuestamente evidenciados por la CRPI tienen lugar:

cuando, con la intención de obtener un resultado favorable en uno o varios procesos contractuales, se convenga con anticipación las condiciones en que van a actuar cada uno de ellos [competidores] con el objeto de abstenerse de competir o de excluir a otros **competidores** potenciales⁵⁷ (énfasis añadido).

En el caso de la Familia, según se desprende del propio análisis de la CRPI, en la audiencia pública celebrada el 23 de septiembre de 2021, la defensa técnica de los acusados anotó que: “[l]o que ocurría atrás es que esa familia se ayudaba para que el proceso que uno de ellos ganó no se retrase. Y que, aunque uno de ellos solamente ganó pueda tener algo de recursos el resto de familia colaborándose en la elaboración y en la confección”⁵⁸. Esto permite determinar claramente que las personas naturales identificadas por la CRPI como operadores económicos independientes no podían ser clasificados como tal, debido al entrelazamiento de sus actividades económicas en el mercado y la dependencia de unos con otros para su participación conjunta en este.

Tal dependencia puede ser corroborada, casualmente, a través de los mismos elementos de convicción usados por la CRPI para llegar a su conclusión, esto es: códigos postales, direcciones, números de teléfono, modificación de documentos, pues, de acuerdo con dicha autoridad: “[l]as mencionadas coincidencias son indicios que indican la **no independencia** de los proponentes, lo que junto con los otros indicios que obran en el expediente pueden demostrar la colusión en los procesos de contratación” (énfasis añadido)⁵⁹.

En el caso de los operadores económicos involucrados en la Resolución 2, el

57 Resolución n.º 1055, Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, 2009.

58 Resolución n.º SCPM-CRPI-025-2021, Comisión de Resolución de Primera Instancia, expediente n.º SCPM-CRPI-025-2021, 17 de diciembre de 2021, 85.

59 Id, 87.

desatino de la CRPI es aún más claro. En este caso, la CRPI determinó que al menos tres de los cinco involucrados formarían parte de un mismo grupo económico. Al respecto, vale anotar que, más allá de la vinculación societaria — que a decir de la Intendencia y la CRPI sería el único medio para determinar la pertenencia de un operador económico a una misma unidad económica— de conformidad con los recaudos procesales detallados en la Resolución 2, todos los operadores económicos involucrados en esa investigación formarían parte de un mismo grupo económico a través de una administración común liderada por el señor Jorge Zumba.

De modo que, con base en el principio de primacía de la realidad, la Intendencia y la CRPI debieron haber considerado otro tipo de elementos —además de la administración común anotada— que claramente indicaban la dependencia entre los acusados y, como tal, la falta del requisito fundamental para la existencia de un cartel. Entre estos elementos podemos citar los siguientes: (i) el control de los gastos por parte de una misma administración (Jorge Zumba) o (ii) la suscripción de contratos de arrendamiento de inmuebles o contratación de *software* por una misma persona (Jorge Zumba).

En este contexto, si bien los esfuerzos emprendidos por la SCE para el control de la colusión en las compras públicas es un esfuerzo loable, no es menos cierto que el ejercicio del poder punitivo del Estado no puede ser aplicado a ultranza, esto es, ignorando garantías básicas del debido proceso como el principio de tipicidad que constriñe la aplicación del derecho administrativo sancionador dentro de los límites establecidos por la norma. Dado que la cláusula general del artículo 11 de la LORCPM determina claramente que la existencia de dos o más voluntades es el requisito elemental para que la SCE pueda sancionar cualquiera de los acuerdos que se identifican en *numerus apertus*, a continuación de esta y que tal elemento no fue demostrado por la CRPI en las resoluciones analizadas, su validez es cuestionable.

Es por tanto que, ante la ausencia de tal requisito, autoridades como el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante INDECOPI), optan por no considerar el fenómeno identificado por la CRPI en sus resoluciones como un supuesto de colusión, sino como una apariencia de competencia. Así, en la “Guía para combatir la concertación en las contrataciones públicas” publicada por esa autoridad, se establece que:

[e]s importante distinguir, no obstante, las conductas anticompetitivas en una licitación o concurso público de otro tipo de prácticas como la simulación o apariencia de competencia, que no son sancionadas por el INDECOPI pero sí están prohibidas por la Ley de Contrataciones del Estado y otros regímenes especiales. Ello se produce, por ejemplo,

cuando acuden a participar en un mismo procedimiento de selección dos o más personas naturales o jurídicas que pertenecen al mismo grupo económico.

Según el análisis del INDECOPI, “[c]uando dos agentes pertenecen al mismo grupo económico, estos no son competidores, porque representan un mismo centro de interés. Y, en tal sentido, no puede hablarse de una práctica restrictiva de la competencia entre dos agentes que en realidad no son competidores”⁶⁰. En consecuencia, este tipo de conductas podrían ser investigadas por la autoridad de compras públicas (*i. e.* SERCOP), permitiendo que la SCE enfoque sus recursos en la persecución efectiva de carteles.

6. CONCLUSIONES

Para que el control de carteles sea eficaz en el marco del derecho de competencia ecuatoriano, es indispensable verificar la independencia jurídica y económica de los operadores involucrados. Este requisito constituye un elemento sustancial para que pueda configurarse un acuerdo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11 de la LORCPM, pues un cartel supone necesariamente un acuerdo entre competidores que, al ser jurídica y económicamente autónomos, pueden sustituir la incertidumbre propia del mercado por una conducta coordinada.

Sin embargo, las resoluciones analizadas muestran que la SCE ha confundido la ausencia de independencia con una prueba suficiente de colusión cuando, en realidad, dicha ausencia impide que exista un acuerdo anticompetitivo. La interpretación amplia que realiza la SCE del artículo 11 desdibuja los límites de la cartelización y debilita el rigor técnico que debe guiar la actuación sancionadora de la autoridad de competencia.

La doctrina de la *single economic entity* resulta particularmente útil para delimitar con claridad los contornos entre prácticas colusorias y simples apariencias de competencia entre entidades sujetas a un mismo control. Cuando existe un centro común de decisión, ya sea *de facto* o *de iure*, no hay lugar para una coordinación anticompetitiva porque la autonomía necesaria para conspirar no existe. A este respecto, los vínculos familiares, societarios o funcionales que generan dependencia no son indicios de colusión, sino evidencia de una unidad económica.

Por tanto, la apariencia de competencia debe ser tratada fuera del ámbito sancionador de la SCE o como una infracción autónoma al régimen de

60 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), *Guía para combatir la concertación en las contrataciones públicas*, <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/2961200/Gu%C3%ADa+de+Libre+Competencia+en+Compras+P%C3%ABlicas>.

competencia económica ecuatoriano. Este tipo de situaciones puede comprometer la eficiencia y transparencia de las compras públicas, pero no constituyen, *per se*, una infracción de las normas de competencia. Es competencia de entidades como el SERCOP adoptar medidas preventivas o correctivas frente a este tipo de prácticas, dejando a la autoridad de competencia enfocarse en verdaderos acuerdos colusorios entre operadores independientes.

A futuro, la SCE debe revisar su enfoque y adoptar criterios que prioricen el análisis sustantivo sobre las relaciones entre operadores, evaluando aspectos como la dirección estratégica común, el control operativo conjunto o la existencia de intereses económicos compartidos. También resulta urgente desarrollar guías que aclaren el estándar probatorio para acreditar la existencia del elemento subjetivo en los acuerdos colusorios, evitando así errores que comprometan la legitimidad y eficacia del régimen sancionador en materia de competencia.

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

La distinción entre las marcas notorias y renombradas en la Comunidad Andina de Naciones

The Distinction Between Well-Known and Renowned Brands in the Andean Community of Nations

NATHALY SABRINA CEDEÑO VÉLIZ*
JOSÉ LUIS VÁSCONEZ DONOSO**

Recibido / Received: 13/06/25

Aceptado / Accepted: 27/10/25

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3917>

Citación:

Cedeño Véliz, Nathaly Sabrina y Vásconez Donoso, José Luis. “La distinción entre las marcas notorias y renombradas en la Comunidad Andina de Naciones”. *USFQ Law Review* vol 12 n°. 2. (noviembre de 2025): <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3917>

* SVAR, Avenida Naciones Unidas y Nuñez de Vela, Quito 170133, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: ncedeno@svar.com.ec. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0001-8278-2952>.

** Universidad de los Hemisferios, Casilla Postal 170507, Quito, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: josev@profesores.uhemisferios.edu.ec. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0005-8942-4399>

RESUMEN

Desde que diversas marcas alcanzaron un alto reconocimiento en el mercado, en el campo de la propiedad intelectual surgió la necesidad de regular a las marcas altamente reconocidas, siendo estas las marcas notorias y renombradas. En este artículo se identificarán las distinciones principales entre las marcas notorias y las marcas renombradas, mediante el estudio y análisis de normativa, doctrina y jurisprudencia marcaria comunitaria. Del análisis efectuado se concluyó que las marcas notorias y renombradas no pueden ser tratadas como sinónimos y que estas diferencias hacen a sus titulares merecedores a derechos distintos.

PALABRAS CLAVE

marcas notorias; marcas renombradas; derecho andino; protección marcaria; propiedad intelectual

ABSTRACT

Since various brands achieved high levels of recognition in the market, in the field of intellectual property arose the need to regulate highly recognized trademarks, the latter being well-known and renowned trademarks. This article will identify the main distinctions between well-known trademarks and renowned trademarks, through the study and analysis of community trademark law, doctrine and jurisprudence. From the analysis carried out, it was concluded that well-known and renowned trademarks cannot be treated as synonyms and that these differences entitle their holders to different rights.

KEYWORDS

well-known trademarks; renowned trademarks; Andean law; trademark protection; intellectual property

1. INTRODUCCIÓN

Las marcas cumplen una función esencial dentro del comercio, puesto que estas constituyen signos que distinguen un producto o un servicio de los demás presentes en el mercado. Así, el público-consumidor, al momento de adquirir un producto o un servicio, diferencia uno de otros, y de esta manera lo obtiene conociendo con certeza qué producto adquiere¹. En vista de ello, es indudable que la marca cumple un rol preponderante en el comercio y en el ámbito competitivo de este, pues esta es “una garantía para el consumidor y el fabricante; para el consumidor, que se asegura que le entreguen el producto que él quiere comprar; para el fabricante que encuentra así un medio de distinguirse de sus competidores”².

Al alcanzar el producto o servicio una distinción comprobada en un mercado en particular, las marcas constituyen un bien intangible susceptible de adquirir un valor pecuniario alto. En consecuencia, surgen las marcas objeto de estudio del presente artículo: las marcas notorias y las renombradas. Una de las primeras ocasiones en que se mencionó a las marcas notorias y renombradas fue en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (en adelante Convenio de París) de 1883³. Posteriormente, lo dispuesto por el Convenio de París fue ampliado con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de 1994⁴. En 1999 se promulga la Recomendación Conjunta Relativa a las Disposiciones sobre la Protección de las Marcas Notoriamente Conocidas, como un esfuerzo conjunto entre la Asamblea de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial y la Asamblea General de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual⁵.

En el caso de la Comunidad Andina de Naciones (en adelante CAN), el reconocimiento de la presencia de marcas con un rango de posicionamiento superior en la mente de los consumidores fue reciente, resultado de todo un proceso de evolución en la normativa. En primer lugar, con el Reglamento para la Aplicación de Normas de Propiedad Industrial (Decisión 85) se mencionó de manera superficial a las marcas notorias, estableciendo como causal

1 Según el artículo 134 de la Comunidad Andina de Naciones, las marcas pueden constituirse de las siguientes maneras: por palabras o combinaciones de palabras; por imágenes, gráficos, logotipos, figuras (marcas figurativas); por sonidos y olores (marcas sonoras y olfativas); por letras y números; por un color delimitado; por una forma o combinación de colores; por la forma de productos, envases o envolturas (marcas tridimensionales); por la textura del producto (marcas táctiles), entre otras. Artículo 134, Decisión 486 de 2000 [Régimen Común sobre Propiedad Industrial], Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 600 del 19 de septiembre de 2000.

2 Eugène Pouillet, *Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres* (París: Marchal Billard, 1912), 14.

3 El Convenio de París empezó a regular a las marcas notorias en el artículo 6 bis, a partir de 1967, tras la revisión que se hizo a dicho cuerpo normativo en la ciudad de Estocolmo. El Convenio de París es administrado por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI). Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial; París, 20 de marzo de 1883.

4 El Ecuador ratificó el Convenio de París el 22 de junio de 1999 y fue publicado en el Registro Oficial el 29 de julio de 1999.

5 Recomendación Conjunta relativa a las Disposiciones sobre la Protección de las Marcas Notoriamente Conocidas, OMPI 883S, 29 de septiembre de 1999.

de irregistrabilidad de un signo distintivo la semejanza con un signo notoriamente conocido para servicios o productos relacionados⁶. A esta decisión le sucedieron las decisiones 313 y 344. Por un lado, la Decisión 313 profundiza un poco más en las marcas notoriamente conocidas, sin llegar a implicar un avance considerable en lo mencionado⁷. Siguiendo la misma línea, la Decisión 344 reitera lo mencionado en la norma anterior y, adicionalmente, establece ciertos parámetros para poder determinar la notoriedad de un signo distintivo⁸.

Es con la Decisión 486, del año 2000, cuando se realiza un análisis aún más profundo que el de las decisiones predecesoras. De manera paralela, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina emitió jurisprudencia sobre las marcas renombradas. Pese a todo lo mencionado, se ha incurrido en confusión por parte de lo que constituye una marca renombrada y una marca notoria, incluso por autoridades nacionales de propiedad intelectual. En razón de ello, el presente artículo académico tiene como finalidad determinar la distinción entre las marcas notorias y las marcas renombradas centrándose en la CAN, a partir de las decisiones emitidas, así como sus fallos en dicha temática

Para lograr el objetivo planteado, se establecerán las principales características de las marcas notorias y las marcas renombradas según la doctrina, legislación y jurisprudencia marcaría. Posterior a lo mencionado, se determinarán las diferencias entre las marcas notorias y las marcas renombradas, realizando especial énfasis en los pronunciamientos determinados por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En relación con la metodología a emplear, este artículo es de tipo cualitativo, que tendrá como fundamento para su desarrollo la utilización de fuentes primarias y secundarias. Con respecto a las fuentes primarias, se tomará en consideración lo mencionado por los cuerpos normativos promulgados y los pronunciamientos de las autoridades competentes en propiedad intelectual. Juntamente con ello, como fuentes secundarias se encuentran los libros y artículos de los estudiosos del derecho marcario que profundizan en la temática de las marcas notorias y renombradas. Como consecuencia, el artículo tendrá como fundamento una revisión normativa y documental, ergo, la naturaleza de este estudio es de tipo exploratoria y deductiva.

6 Artículo 58 (c), Decisión 85 de 1974 [Reglamento Para la Aplicación de las Normas Sobre Propiedad Industrial], 5 de junio de 1974.

7 Dicho cuerpo normativo establece como causal de irregistrabilidad relativa la semejanza que provoquen confusión con un signo notoriamente conocido con independencia de las clases a las que estos están destinados. Si bien en esta Decisión no se profundiza sobre la protección de las marcas notorias, en su artículo 313, este dispone que «a fin de facilitar la protección de las marcas notorias, las oficinas nacionales competentes establecerán un sistema adecuado de notificación e información». Artículo 313, Decisión 313 de 1992 [Régimen Común sobre Propiedad Industrial], Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 101 del 14 de febrero de 1992.

8 Artículos 83 y 84, Decisión 344 [Régimen Común sobre Propiedad Industrial], Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena 142 del 29 de octubre de 1993.

2. LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS MARCAS NOTORIAS Y RENOMBRADAS

La aspiración de todo titular de un derecho marcario es la obtención de aquel estatus —que pocos signos distintivos logran— denominado “notoriedad”. La notoriedad, en palabras de Otamendi, es un “grado superior al que llegan pocas marcas”⁹, lo que implica un conocimiento por parte del consumidor de la marca en la clase internacional pertinente. La obtención de la notoriedad por parte de un signo distintivo denota que, por diversas causas, la marca alcanzó un reconocimiento en el público que la distingue de los demás signos distintivos.

En la actualidad, tanto en la CAN como fuera de esta, la “notoriedad” y el “alto renombre” son materia de estudio y debate¹⁰, producto de los efectos jurídicos que la adquisición de cualquiera de los mencionados rangos implica tanto para el titular de la marca notoria o renombrada como para terceros¹¹.

Por ello, en esta primera sección se expondrán las principales características tanto de las marcas notorias como de las renombradas, que se coligen a partir de diversos pronunciamientos de la doctrina. Cabe destacar que, si bien existe una tendencia a tratar a las marcas notorias y renombradas como sinónimos, estas poseen diferencias sustanciales que se podrán evidenciar a partir del desarrollo del presente artículo académico. Las mencionadas diferencias tienen efectos directos en el trato y protección que se les otorga a estas clases de signos distintivos.

2.1. LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LOS SIGNOS NOTORIOS

Si bien las marcas notorias y renombradas pueden ser erróneamente tratadas como equivalentes, no lo son. Las marcas notorias son aquellas que gozan de un “conocimiento generalizado en los círculos comerciales interesados”¹².

9 Jorge Otamendi, *Derecho de marcas* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010), 393.

10 La terminología con respecto a las marcas “notorias” y “renombradas” varía en dependencia del país de procedencia. Así, las marcas notorias también son llamadas o referidas como “marcas notoriamente conocidas” y *well-known trademarks* y las marcas renombradas como “marcas de alto renombre” y “marcas famosas”. Para fines del presente trabajo, la terminología a emplear será la aceptada y reconocida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, es decir, “marcas notorias” y “marcas renombradas”.

11 En la CAN se introdujo el concepto de “marca notoria” con la Decisión 486 sobre el Régimen Común de Propiedad Industrial en el año 2000. Sin embargo, fue con el Acuerdo sobre los Aspecto de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 1994 que se introdujo no solamente este concepto en la legislación sino también se instó a que los países miembros de la Organización Mundial del Comercio adapten su legislación a lo mencionado. Cabe destacar que el concepto de “marca renombrada” no forma parte del mencionado cuerpo normativo, y que el mismo ha sido definido y regularizado mediante interpretaciones prejudiciales por parte del Tribunal Andino de Justicia. Juan Indacochea, “La distinción entre marca renombrada y marca notoria: Estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina a la luz del derecho comparado”, en *Desafíos de la propiedad intelectual en el marco del proceso de integración andina*, ed. Hugo Gómez, Pablo Solines y Karla Rodríguez (Quito: Asociación Ecuatoriana de Propiedad Intelectual, 2019), 217-70.

12 Carlos Fernández-Nóvoa Rodríguez y Ángel García Vidal, *Derecho de marcas: Legislación, jurisprudencia comunitaria* (Madrid: Marcial Pons, 2001), 109.

En consecuencia, la marca notoria supone “la efectiva implantación del signo distintivo entre sus destinatarios y reconocimiento como instrumento de identificación de los productos o servicios de un agente económico respecto a los productos o servicios idénticos o similares de otro”¹³.

Es decir, las marcas notorias son aquellas que poseen una amplia difusión en la audiencia del sector relevante específico al que están destinadas. La marca notoria no tiene por qué ser una marca extraordinariamente conocida o una celebridad entre las demás marcas, dado que de poseer dicha cualidad se estaría frente a un tipo distinto de marca, que se explicará en el siguiente apartado. Así, las marcas notorias, para adquirir dicha calidad, solo deben ser conocidas por el círculo comercial interesado dentro de un territorio determinado.

Las marcas notorias no siempre estuvieron definidas dentro de la normativa marcaria, tanto nacional como internacional. La primera mención de estas dentro de un cuerpo normativo internacional fue en 1883 con el Convenio de París. En el mencionado cuerpo normativo, se menciona a las marcas notorias, pero en ningún momento las define y, de igual manera, esta norma deja a discreción de la autoridad competente del país el reconocer o no una marca como notoria. Lo mencionado implica que, al ser reconocida la marca como tal por la autoridad de propiedad intelectual del territorio donde dicha notoriedad se está alegando, la condición de notoria debe ser declarada¹⁴.

Prospectivamente, en 1994 con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, se profundiza en la marca notoriamente conocida y se brindan ciertos parámetros esclarecedores. El numeral 2 del artículo 16 establece que, para que los países miembros puedan determinar la notoriedad de una marca, se deberá considerar la notoriedad de esta en el sector del público pertinente¹⁵. La marca notoria no solamente es reciente en la normativa marcaria, sin que, además, ha tenido un desarrollo con el tiempo.

En el mismo sentido, la CAN ha considerado los cambios mencionados dentro del derecho marcario y, como consecuencia, ha promulgado normativa con respecto a las marcas notorias. Las marcas notorias se encuentran definidas en el artículo 224 de la Decisión 486, sobre el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, el cual dispone que “se entiende por signo distintivo notoriamente conocido el que fuese reconocido como tal en cualquier País Miembro por el sector pertinente, independientemente de la manera o el medio por el cual se

13 Fernández-Nóvoa Rodríguez y García Vidal, *Derecho de marcas*, 41.

14 Mohammad Amin Naser y T. M. Hammouri, “The Notion of Famous, Well-Known Trademarks & Marks with Repute Compared”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, n.º 9 (marzo de 2014): 312-21, <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpt261>.

15 Artículo 16.2, Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, Marrakech, 15 de abril de 1994.

hubiese hecho conocido”¹⁶.

Por consiguiente, de lo expuesto se colige que efectivamente una marca notoria, en la CAN, es aquella conocida por el “sector pertinente”, o como anteriormente se determinó “los círculos comerciales interesados”. No obstante, lo mencionado lleva a cuestionar: ¿quiénes conforman aquel “sector pertinente”? La normativa citada ofrece una respuesta para dicha interrogante, determinando, de forma ejemplificativa en su artículo 230, que se considerarán como sectores pertinentes a los siguientes:

los consumidores reales o potenciales del tipo de productos o servicios a los que se aplique; las personas que participan en los canales de distribución o comercialización del tipo de productos o servicios a los que se aplique; los círculos empresariales que actúan en giros relativos al tipo de establecimiento, actividad, productos o servicios a los que aplique¹⁷.

En efecto, de la conceptualización realizada se ha verificado que las marcas notorias poseen ciertas particularidades que las diferencian de los demás signos distintivos, las cuales se procederán a detallar¹⁸.

En primer lugar, la característica más relevante de la marca notoria es el conocimiento que esta posee dentro del sector pertinente. Una marca notoria es un signo distintivo conocido en un nicho de mercado, por consiguiente, la marca notoria debe poseer cierto grado de reconocimiento, que generalmente sobrepasa a los consumidores reales o potenciales habituales¹⁹. El grado de reconocimiento que deberá tener una marca para que adquiera la notoriedad dependerá del destino del producto o el servicio que esté protegiendo. En consecuencia, en caso de que el servicio o producto posea un gran público, la notoriedad deberá ser general; si este es más específico, el grado de reconocimiento deberá sobrepasar a los consumidores habituales; y en caso de ser extremadamente específico, deberá ser reconocido por casi la totalidad de sus compradores. Dicho de otra manera, es necesario que su reconocimiento sea por una fracción relevante del círculo comercial específico.

En segundo lugar, además del reconocimiento propio de cualquier marca notoria por parte del consumidor, otra característica es la capacidad del signo distintivo notorio de identificar un producto o un servicio en el mercado. Las marcas notorias, en comparación de otra clase de marcas, son reconocidas específicamente en relación con un determinado tipo de producto o servicio.

16 Lo dispuesto en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio esclarece que, por un lado, la marca notoria debe ser conocida en el sector pertinente y, por otro, vuelve a destacar que es el país miembro el que debe reconocer dicha notoriedad. Artículo 224, Decisión 486 de 2000.

17 Artículo 230, Decisión 486 de 2000.

18 Las “características” de un signo distintivo notorio y las “causas” de la notoriedad son dos tópicos distintos que tienden a ser confundidos.

19 Ver Otamendi, *Derecho de marcas*, 393.

Sin embargo, es imperativo señalar que, aunque la marca notoria sea conocida en relación con un determinado producto o servicio, no significa que esta sea de alta calidad. De hecho, existen signos distintivos notorios que son conocidos, en el sector de mercado pertinente, por no cumplir con las expectativas de los consumidores²⁰.

En tercer lugar, la marca notoria genera un vínculo entre la marca, los productos o los servicios específicos para los cuales está destinada y el consumidor, de una manera superior. Es la generación del vínculo marca-productos-consumidor, propio y característico de una marca notoria, la que la hace acreedora de una protección especial. Ciertamente, el derecho marcario, como recompensa a las marcas notorias por la generación del vínculo antes detallado, le concede derechos exclusivos, y por tanto, una protección particular y específica en comparación con la otorgada a otros signos distintivos²¹.

En tal sentido, las marcas notorias poseen determinadas características que las distinguen de otros signos distintivos registrados por las autoridades de control en materia de propiedad intelectual. Por su parte, como ya se ha destacado con anterioridad, “características” no es sinónimo de “causas”. Las causales de la adquisición de la notoriedad por parte de un signo distintivo son varias, y aplicables para cada caso en particular²², sin embargo, entre las principales se distinguen publicidad, calidad, distribución del producto, precio y originalidad.

Un signo distintivo notorio debe ser conocido por el público, de tal manera que la causa más común de la notoriedad es la publicidad, sobre todo, cuando esta es intensa²³. De ahí que “sin publicidad la marca no puede ser conocida”²⁴. De igual forma, otra de las causas más usuales que puede posicionar una marca como notoria es la buena calidad, sin que esta implique un requisito *sine qua non*. Asimismo, existen marcas que pueden alcanzar la notoriedad debido al precio, ya sea este moderado, accesible o excesivamente alto. Por un lado, la accesibilidad puede inducir una difusión en el segmento de mercado pertinente, ya que el producto o servicio podrá ser adquirido fácilmente. Pero,

20 Doctrinariamente, la marca notoria por lo general está asociada con la calidad. Sin embargo, aquello no es una regla obligatoria o condición que deben tener los productos o servicios que protegen las marcas notorias. Por lo tanto, una marca puede ser notoria en el mercado no por la buena calidad de sus productos, sino por la mala calidad de los mismos.

21 Naser y Hammouri, “The Notion of Famous, Well-Known Trademarks & Marks with Repute Compared”, 312.

22 La Recomendación Conjunta establece que la autoridad competente de cada país, para poder determinar la notoriedad de una marca, deberá considerar: “las circunstancias particulares del caso en cuestión”. Esto puesto que pueden existir ciertas causales que estén presentes en ciertos casos, pero no en otros. Artículo 2 (b), 6, Recomendación Conjunta Relativa a las Disposiciones sobre la Protección de las Marcas Notoriamente Conocidas.

23 Vale destacar que el hecho que una marca posea una intensa publicidad no necesariamente conlleva la notoriedad, pues, como ya se destacó, es necesario analizar los aspectos propios de cada caso en particular (Roubier, P. 1954. L'utilisation internationale des marques. *Revue Internationale de la Prop. ind et Artistique*, 40). Sobre lo mencionado, en España la autoridad marcaria determinó que “gran difusión [...] por vastos sectores [...] son propios de numerosísimas marcas y ello no es suficiente para calificarlas de marcas notorias”. Company c. Empresas CMPC SA, Oficina Española de Patentes y Marcas, 2001, 12.

24 Otamendi, *Derecho de marcas*, 393.

del mismo modo, el hecho de que un producto o servicio sea exclusivo, y solamente utilizado por personajes famosos, puede provocar un conocimiento por el círculo comercial específico en vista de su exclusividad.

Por último, la originalidad del producto también puede ser la causa de una amplia difusión en el mercado, así como la forma de distribución del producto. En pocas palabras, las causas expuestas con anterioridad constituyen algunas de las muchas —y particulares— causas de notoriedad que pueden estar presentes en cada caso en específico. En vista de aquello, es preciso reiterar que ninguna de las causas expuestas es requisito indispensable para que una marca pueda alcanzar notoriedad, ya que estas pueden adquirirla por causas distintas o por una o algunas de las causales ya expuestas.

2.2. LAS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LOS SIGNOS RENOMBRADOS

Una vez establecido qué son las marcas notorias y sus singularidades esenciales, para poder determinar la protección que cada una de estas posee y el porqué de aquello, es necesario definir a las marcas renombradas y exponer sus aspectos fundamentales. En comparación con la marca notoria, que fue incorporada a distintos cuerpos normativos poco tiempo atrás, la marca renombrada aún no es ni mencionada por algunos de estos. Es más, esta no se encuentra en el Acuerdo de París o en la Decisión 486.

Solo desde finales del siglo anterior se empezó a realizar una distinción entre las marcas notorias y las marcas renombradas en Europa, Estados Unidos y, posteriormente, en la Comunidad Andina²⁵. Las marcas renombradas, al igual que las marcas notorias, cuentan con características propias que les otorgan particularidades específicas. Realizando una breve retrospectiva histórica, se atribuyó el “nombre” a un signo distintivo por primera vez, en 1924, en Alemania²⁶. Lo imperante de lo resuelto por el tribunal alemán radica en que se negó el registro del signo solicitado a causa del riesgo de dilución que su potencial registro podría acarrear a una marca opuesta extremadamente conocida por el consumidor general. Justamente es en este elemento en el que se puede apreciar la esencia de una marca renombrada.

Es indubitable que un signo distintivo puede poseer en el mercado distintos grados de conocimiento, de los cuales dependerá la condición que tendrá la

25 Marcelo Vargas Mendoza, “La marca renombrada en el actual régimen comunitario andino de propiedad intelectual (Jurisprudencia)”, *Foro: Revista de Derecho* 6 (marzo de 2006): 301, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1500>.

26 Natalia Cabrera Martínez, “Aspectos básicos de las marcas notorias y las marcas renombradas”, Universidad Javeriana de Colombia (septiembre de 2014): 54, <https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/9982>.

marca²⁷. Así, ante un signo distintivo ampliamente conocido por el consumidor en general, se está frente a una marca renombrada. En otras palabras, la marca renombrada es aquel “signo que atesora una elevada dosis de reputación y prestigio”²⁸. ¿Qué significa una elevada dosis de reputación? Las marcas renombradas son aquellas conocidas por el consumidor, no solamente en la clase internacional cuyos productos o servicios protege, sino por el consumidor en general²⁹. Es decir, la marca renombrada debe de ser “conocida por el público en general”³⁰.

Este conocimiento generalizado y característico de una marca renombrada configura el aspecto sustancial que se debe tener presente al momento de calificar a un signo distintivo como renombrado. Lo antedicho fue adoptado por diversos cuerpos legislativos a nivel internacional, tomando de modo ejemplificativo a Europa y Estados Unidos. Por un lado, la Directiva 89/104, Relativa a la Aproximación de las Legislaciones de los Estados Miembros en Materia de Marcas, del Consejo de las Comunidades Europeas, hace referencia expresa a las marcas renombradas y les concede una protección especial³¹.

En congruencia con lo mencionado, España, país miembro de la Comunidad Europea, en su normativa marcaria introdujo a las marcas renombradas específicamente con la Ley 17 del 2001³². En la mencionada norma se dispuso cuándo una marca será renombrada y se señaló una distinción entre los signos distintivos notorios y renombrados. En efecto, el artículo 8, numeral 2, de la Ley 17 de 2001 sobre Marcas y nombres comerciales notorios y renombrados registrados señala que, “cuando la marca o nombre comercial sean conocidos por el público en general, se considerará que los mismos son renombrados”³³.

27 Dependiendo del país y la legislación marcaria aplicable para dicho Estado, se pueden conceder algunas condiciones a las marcas, como “renombradas”, “de alto renombre”, “notorias”, “notoriamente conocidas”, “prestigiosas”, “reputadas”, entre otras.

28 Montiano Monteagudo Monedero, *La protección de la marca renombrada* (Madrid: Civitas, 1995), 48.

29 Hasta la actualidad, la legislación marcaria no se ha “molestado” en otorgarle como tal una definición a las marcas renombradas, y se ha limitado a otorgarle una condición, la misma con respecto al conocimiento “general” en el consumidor.

30 Carlos J. González-Bueno Catalán de Ocón, *Marcas notorias y renombradas: En la ley y la jurisprudencia* (Madrid: La Ley, 2005), 66.

31 El artículo 5, numeral 2, “Derechos conferidos por la marca”, de la Directiva 89/104, actualmente derogada, disponía: “Cualquier Estado miembro puede asimismo disponer que el titular esté facultado para prohibir a cualquier tercero el uso [...] de cualquier signo idéntico o similar a la marca para productos o servicios que no sean similares a aquellos para los que esté registrada la marca, cuando ésta goce de renombre en el Estado miembro” (OMPI, 1988). En el citado artículo, si bien no se define a la marca renombrada, se la menciona y la protege por encima de productos o servicios que solo sean relacionados a los que la marca renombrada está destinada. Esto es consecuencia del amplio conocimiento en el consumidor, en general, de la marca con calidad de renombrada. Artículo 5.2, Directiva 89/104 de 1988 [relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas], Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 40/1 del 21 de diciembre de 1988.

32 La Ley 17 de 2001 derogó a la Ley 32 de 1988, en la cual no se realizaba mención alguna a las marcas renombradas. Hasta la nueva normativa, la diferencia entre marcas notorias y marcas renombradas era meramente doctrinaria y tomaba en consideración otros factores como *goodwill* de las marcas renombradas. Vargas Mendoza, “La marca renombrada en el actual régimen comunitario andino”, 54.

33 En atención a lo antedicho, se demuestra que la legislación marcaria no ha otorgado una definición específica a las marcas renombradas, sino más bien una condición: la del conocimiento por parte del público general.

Por otro lado, en Estados Unidos se han adoptado diversas normas que buscan brindar una protección a las marcas renombradas³⁴, las mismas que son posesionadas sobre las marcas notorias en cuanto a grado de conocimiento³⁵. Como puede inferirse, las marcas renombradas gozan de un nivel elevado de conocimiento en el consumidor general, sin depender de la clase internacional a la cual están destinadas. Dentro de este marco, en relación con las características que detentan las marcas renombradas, es imprescindible destacar que estas pueden diferir dependiendo del país en el que esté en controversia el renombre del signo distintivo. No obstante, existen ciertas características que, en gran medida, son comunes a cualquier ordenamiento jurídico en materia de propiedad intelectual.

Fundamentalmente, la característica principal que deberá detentar cualquiera marca con supuesto renombre es el reconocimiento en el público consumidor general. Es decir, no puede, bajo ningún concepto, conocerse solamente en el círculo comercial pertinente con relación al producto o servicio que está protegiendo. Puesto que, si su reconocimiento solamente fuese ante un sector en específico, no se estaría frente a una marca renombrada sino notoria³⁶. En consecuencia, otro de los aspectos sustanciales de un signo distintivo renombrado es que este, por lo general, no precisa de ser demostrado en comparación con la marca notoria y, por consiguiente, declarado por la autoridad rectora en materia de propiedad intelectual. Sobre la necesidad de prueba en marcas renombradas, doctrinarios como José Manuel Otero sostienen lo siguiente:

En las marcas renombradas el principio “*notoria non egent probatione*” puede ser aplicado, la marca Coca-Cola, cuyo extensísimo grado de conocimiento entre los consumidores no parece que necesite de una prueba, por lo que puede ser admitido directamente por los Tribunales como hecho notorio no necesitado de prueba. Naturalmente, puede haber supuestos en los que no esté claro si la marca en cuestión es notoria o renombrada. En tal hipótesis, lo aconsejable es llevar a cabo la correspondiente actividad probatoria³⁷.

En otras palabras, la marca renombrada generalmente no precisaría de prueba alguna, debido a su propia esencia, que es un extenso conocimiento por parte del público en general. Sin embargo, y sin perjuicio de lo mencionado, aquello no exime de la presencia de casos donde el renombre de un signo distintivo pueda ser objeto de controversia³⁸. En tal caso, será necesario probar

34 En Estados Unidos las marcas renombradas son conocidas como *famous trademarks* y las marcas notorias como *well-known trademarks*.

35 Naser y Hammouri, “The Notion of Famous, Well-Known Trademarks & Marks with Repute Compared”, 304.

36 Ocón, “Marcas notorias y renombradas”, 77.

37 José Manuel Otero Lastres, “Régimen de Marcas en la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena”, *Revista Jurídica del Perú* 2, n.º 1. (2001): 255, <https://www.latindex.org/latindex/ficha/16028>.

38 Cabrera Martínez, “Aspectos básicos de las marcas notorias y las marcas renombradas”, 71.

el renombre de la marca, mediante distintos medios de prueba³⁹. De igual forma, con respecto a la declaratoria del renombre, la necesidad de esta dependerá de la legislación marcaria del territorio donde se esté alegando. Así, en determinados Estados, por disposición legal, será necesario una declaratoria del renombre, mientras que en otros no lo será, ya que su extensa difusión no lo hace necesario⁴⁰.

Dentro de este orden de ideas, llama la atención que los medios probatorios del renombre de un signo distintivo difieren dependiendo del Estado. Países como Alemania, Estados Unidos o España establecen sus propios criterios de valoración del renombre de una marca. No obstante, se debe considerar que los estándares fijados no son taxativos. Al igual que en las marcas notorias, en las marcas renombradas, cada caso posee sus propias particularidades, que en momentos de incertidumbre, deberán ser tomadas en consideración para poder determinar si el signo objeto de controversia es renombrado, notorio o ninguno de los mencionados.

De igual forma, otro de los aspectos que puede detentar una marca renombrada es el denominado *goodwill*, que no es más que la buena fama o reputación que una marca genera en los consumidores. Con respecto a esta característica, cabe advertir que no existe un consenso sobre si esta constituye efectivamente una característica sustancial de una marca renombrada⁴¹. Tal es el caso que, en España, antes de la Ley 17 de 2001, el *goodwill* era doctrinariamente estimado como un factor que debía estar presente en cualquier marca renombrada. Por el contrario, con la normativa de 2001 claramente se determinó que, en el territorio español, un signo distintivo para ser renombrado únicamente tiene que cumplir con la condición de ser conocido por el público consumidor general.

En todo caso, el *goodwill* sí puede ser considerado como una característica de las marcas renombradas. El mismo, que a su vez, comulga con otra características de un signo distintivo renombrado: la calidad. Generalmente, para que una marca disfrute de una buena fama en el público consumidor, esta debió ser causada por algún motivo, que frecuentemente es la calidad. En vista de ello, se determina que una marca renombrada detenta cierto nivel de calidad que la convierte en atractiva para el consumidor, y como resultado, le concede una

39 En caso de presencia de un cuestionamiento sobre el renombre de un signo distintivo, dada la caracterización del mismo, los medios de pruebas son variados y, sobre todo, abundantes. Sin embargo, dependiendo de la normativa en propiedad intelectual de cada Estado, se pueden establecer ciertos medios de prueba para determinar el renombre de un signo distintivo.

40 Por un lado, a modo ejemplificativo, en Estados Unidos, para demostrar el renombre de un signo distintivo y que este pueda ser declarado como tal, es necesario que se consideren los siguientes estándares: la duración y la extensión o alcance geográfico de la publicidad del signo distintivo; cantidad, volumen y extensión geográfica de las ventas del producto o servicio que protege; la extensión del reconocimiento de la marca; y el grado de distintividad adquirida. En cambio, en Alemania, para que una marca sea considerada como renombrada, debe cumplir con los siguientes requisitos: conocida por —al menos— un 70 % del público consumidor general; cierto grado de originalidad; y valoración positiva por parte del consumidor. Fernández-Nóvoa Rodríguez y García Vidal, *Derecho de marcas*, 325.

41 Vargas Mendoza, "La marca renombrada", 201.

buena fama entre estos⁴². Sobre lo mencionado, Fernández-Novo deduce lo siguiente:

En efecto, la marca renombrada es aquella marca que además de ser conocida por los círculos interesados correspondientes, suscita en los mismos fundadas y razonables expectativas de la buena calidad de los productos o servicios diferenciados por la marca. La marca renombrada se caracteriza precisamente por ser portadora de un elevado *goodwill* que se apoya en el alto nivel de calidad de los productos o servicios⁴³.

Debido a lo planteado, existe todo un debate sobre si las marcas renombradas poseen un aspecto netamente cuantitativo, en cuanto a conocimiento en el consumidor, o también cualitativo, en consideración con el *goodwill* y la calidad de productos o servicios⁴⁴. Concretando, la marca renombrada es aquel signo distintivo que posee un nivel de conocimiento mucho mayor que el que disfruta una marca notoria. Además, puede afirmarse que toda marca renombrada es notoria, pero no toda marca notoria es renombrada.

De cualquier manera, pese a que en los citados ejemplos la normativa ha regulado y establecido —si bien no definiciones claras y precisas— criterios para las marcas renombradas, en la CAN esto no acontece. Contrario a lo que se podría deducir, las marcas renombradas no son mencionadas en la Decisión 486 y, en consecuencia, tampoco son consideradas en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Ciencia e Innovación⁴⁵. En la CAN las marcas renombradas son definidas y reguladas por medio de la jurisprudencia procedente del Tribunal Andino de Justicia. Precisamente, los fallos provenientes del mencionado ente permitieron establecer qué son las marcas renombradas, dentro de la CAN, y en qué divergen con los signos distintivos notorios. Por tal motivo, en el subsecuente acápite se determinará, según la jurisprudencia comunitaria andina, qué son y cómo se caracterizan las marcas notorias y renombradas.

3. JURISPRUDENCIA COMUNITARIA SOBRE LAS MARCAS NOTORIAS Y LAS MARCAS RENOMBRADAS

En la CAN, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y las autoridades rectoras, en materia de propiedad industrial en cada uno de sus países

42 Ocón, “Marcas notorias y renombradas”, 80.

43 Fernández-Novo y García Vidal, “Derecho de marcas”, 325.

44 Sobre la dualidad de las marcas renombradas, el citado autor sostiene que “a fin de delimitar [...] la marca renombrada, es preciso conjugar dos criterios [...] un criterio cuantitativo consistente en establecer si el signo es notoriamente conocido por el público interesado, y un criterio cualitativo consistente en determinar si el signo goza de prestigio o buena fama entre el público interesado”, Fernández-Novo y García Vidal, “Derecho de marcas”, 236.

45 El Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Ciencia e Innovación es la normativa en materia de propiedad intelectual en Ecuador.

miembros⁴⁶, se han pronunciado reiteradas veces sobre las marcas notorias y renombradas. En el caso de las marcas notorias, la jurisprudencia ha permitido la ampliación y profundización de lo dispuesto por la Decisión 486 sobre esta clase de marcas. Por otro lado, en el caso de las marcas renombradas, la jurisprudencia comunitaria ha hecho posible definir qué es una marca renombrada dentro de la CAN.

En vista de lo expuesto, en el presente apartado se establecerán qué son las marcas notorias y renombradas según las sentencias y pronunciamientos emitidos, tanto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina como por las autoridades en propiedad intelectual de sus países miembros. Con respecto a las marcas notorias, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, mediante sus sentencias, las ha definido de manera clara y precisa. En el Proceso N.º 466-IP-2018, sobre la notoriedad de un signo distintivo, el tribunal afirmó que: “[p]ara que un signo se considere como notorio debe ser reconocido por el sector pertinente: a) Debe haber ganado notoriedad en cualquiera de los Países Miembros. b) La notoriedad se pudo haber ganado por cualquier medio”⁴⁷.

De lo revelado, se colige que efectivamente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina retoma lo anteriormente señalado por tratadistas en derecho marcario. En la CAN, las marcas notorias son aquellas reconocidas por el “sector pertinente”, el cual es definido por la Decisión 486. De igual forma, la adquisición de notoriedad por parte de un signo distintivo puede ser por cualquier causa. En concordancia con lo desarrollado, el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina lo ha reconocido de dicha manera. Por otro lado, como anteriormente se detalló, la notoriedad, al efectuarse en el círculo comercial de la clase internacional a la cual está destinado el signo, no es un hecho ampliamente conocido, y por tanto, debe probarse. Esto, ha sido de igual manera determinado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el cual en el Proceso 85-IP-2015 manifestó lo siguiente sobre la prueba en los casos concernientes a la marca notoria:

El reconocimiento de la notoriedad de la marca es un hecho que debe ser probado por quien lo alega, a través de la prueba hábil ante el Juez o la Oficina Nacional [...]. El reconocimiento de dicha notoriedad corresponde otorgarlo a la Autoridad Nacional competente con base en las pruebas presentadas⁴⁸.

46 Las oficinas nacionales competentes, en materia de propiedad intelectual, de los países miembros de la Comunidad Andina son las siguientes: en Bolivia, el Servicio Nacional de Propiedad Intelectual (SENAPI); en Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC); en Ecuador, el Servicio Nacional de Derechos Intelectuales (SENADI); y en Perú, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (INDECOPI).

47 Sentencia n.º 466-IP-2018, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 10 de junio de 2018, párr. 52.

48 Sentencia n.º 85-IP-2015, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 5 de marzo de 2015, 11.

De lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se desprende que, en caso de que el titular de un signo distintivo esté alegando la notoriedad de este, debe probarlo por medio de la variedad de medios de prueba que existen. La autoridad de propiedad intelectual será quien, en base al material probatorio aportado, determine si efectivamente aquella marca goza o no de notoriedad. Ahora bien, en atención a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina surge la interrogante sobre cuáles son los aspectos que se tomarán en consideración para determinar la notoriedad de un signo dentro de la CAN. Justamente, la Decisión 486, en el artículo 228, brinda una respuesta a la interrogante realizada al disponer lo siguiente:

[p]ara determinar la notoriedad de un signo distintivo, se tomará en consideración entre otros, los siguientes factores: a) el grado de su conocimiento entre los miembros del sector pertinente [...]; b) la duración, amplitud y extensión geográfica de su utilización, dentro o fuera de cualquier País Miembro; c) la duración, amplitud y extensión geográfica de su promoción, dentro o fuera de cualquier País Miembro [...]; d) el valor de toda inversión efectuada para promoverlo [...]; e) las cifras de ventas y de ingresos de la empresa titular en lo que respecta al signo cuya notoriedad se alega, tanto en el plano internacional como en el del País Miembro en el que se pretende la protección; f) el grado de distintividad inherente o adquirida del signo; g) el valor contable del signo como activo empresarial; h) el volumen de pedidos de personas interesadas en obtener una franquicia o licencia del signo en determinado territorio; o, i) la existencia de actividades significativas de fabricación, compras o almacenamiento por el titular del signo en el País Miembro en que se busca protección; j) los aspectos del comercio internacional; o, k) la existencia y antigüedad de cualquier registro o solicitud de registro del signo distintivo en el País Miembro o en el extranjero⁴⁹.

De la misma forma, en razón de lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, las autoridades rectoras en propiedad industrial de los países miembros, al momento de emitir una resolución sobre la notoriedad del signo, han empleado los criterios siguiendo las líneas jurisprudenciales emitidas por la CAN. A modo ejemplificativo, en Colombia, la Dirección de Marcas, en el Proceso 12-234677, dentro del cual se alegó la notoriedad de la marca Juan Valdez para la industria cafetera⁵⁰, destacó lo siguiente sobre la notoriedad de un signo distintivo:

El signo notorio [...] es fácilmente reconocido por el consumidor que

49 Artículo 228, Decisión 486 de 2000.

50 En el especificado litigio, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, presentó oposición al registro del signo Arriero Café, para servicios de la clase internacional 43. Dentro de la oposición presentada, el opositor alegó que la marca, de su titularidad, JUAN VALDEZ era notoria. Para probar lo mencionado, el opositor dentro del término de prueba correspondiente presentó material probatorio sobre la controvertida notoriedad.

ha tenido contacto con los productos identificados por el signo, o por los consumidores potenciales [...]. Para poder determinar la notoriedad de un signo distintivo, es preciso que se haya difundido dentro de un territorio y durante un tiempo determinado, toda vez que la única manera de lograr el reconocimiento del signo es por medio de su difusión, lo cual implica la identificación de un ámbito temporal y territorial⁵¹.

La Dirección de Marcas de Colombia va más allá de lo dispuesto por la Decisión 486 y determina que las marcas notorias, además de ser conocidas por el sector pertinente, deben tener una difusión en un territorio y periodo de tiempo específico. Considerando lo expuesto, la Autoridad Nacional de Colombia, sobre la notoriedad del signo Juan Valdez, resolvió:

Al efectuar una valoración de todas las pruebas allegadas se pudo constatar que la sociedad opositora ha logrado posicionarse con éxito dentro del sector cafetero, el signo JUAN VALDEZ, logrando ubicarse en los primeros lugares de conocimiento frente a los agentes del sector pertinente [...]. En suma, podemos concluir que el signo JUAN VALDEZ es conocido nacionalmente, excelentemente posicionado, de trayectoria, prestigio y buena reputación [...] en la industria cafetera⁵².

Dentro de la CAN, las marcas notorias son aquellas conocidas por el sector pertinente con una difusión considerable dentro de este, en un territorio y tiempo determinados. De igual forma, la notoriedad debe probarse y la valoración de esas pruebas, por parte del tribunal u oficina nacional competente, será lo que permitirá establecer si efectivamente se está frente a una marca notoria o no. Ahora bien, con respecto a las marcas renombradas, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina se ha pronunciado en algunas ocasiones. En el Proceso 41-IP-98 resolvió que las marcas renombradas poseen dicha condición si “tiene[n] una difusión y presencia en los medios de difusión tan amplia, que agrupa el conocimiento de diferentes grupos de consumidores, los que pertenecen a diversos mercados”⁵³.

Además, el Tribunal Andino de Justicia, sobre las marcas renombradas, reiteró que “la denominación de renombrada se reserva para aquella marca que goza de difusión y prestigio entre la mayoría de la población”⁵⁴. De igual forma,

51 Resolución n.º 49475, Dirección de Signos Distintivos de Colombia, 1 de abril de 2018, párr. 13.

52 Resolución n.º 49475, párr. 25. Es pertinente destacar que, en Perú, la Comisión de Signos Distintivos del INDECOPI resolvió, en un caso análogo al expuesto, declarar la notoriedad para la marca “Juan Valdez” para la industria cafetera. Específicamente, en el proceso n.º 6515536-2016, la mencionada autoridad expresó: “corresponde reconocer la notoriedad de la marca JUAN VALDEZ a favor de la opositora, para distinguir café, de la clase 30 de la Clasificación Internacional, que corresponden a la industria cafetera”. Resolución n.º 298-2017/CSD-INDECOPI, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 2017, 11.

53 Proceso n.º 41-IP-2018, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 12 de agosto de 2018, párr. 43.

54 Proceso n.º 584-IP-2018, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 9 de octubre de 2018, párr. 22.

sobre la necesidad de prueba en el caso de una marca renombrada, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, dentro del mismo proceso, manifestó lo siguiente: “[l]a marca renombrada no necesita ser probada, puesto que se trata de lo que la teoría general del proceso denomina un «hecho notorio». Y es que los ‘hechos notorios’ se conocen de oficio y no requieren actividad probatoria (*notoria non egent probatione*), no son objetivo de prueba”⁵⁵.

En concordancia con lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Ecuador, dentro del Juicio n.º 17811-2013-14452, sobre el renombre de las marcas CLARO para servicios de comunicación, dictaminó lo siguiente: “[s]in embargo de que el actor ha sostenido que sus marcas son notorias, este Tribunal considera que las marcas CLARO del actor cumplen con los presupuestos establecidos por el Tribunal Andino de Justicia [...], por lo que se las declara marcas de alto renombre”⁵⁶.

Resulta interesante analizar la carencia de presentación de pruebas para que un signo sea declarado renombrado. Puesto que, si bien el actor sostuvo durante el mencionado procedimiento que sus marcas eran notorias, el tribunal, ante estar frente a un hecho notorio que no precisa de prueba alguna, lo declaró como renombrado. Así, se evidencia esta particularidad de las marcas renombradas, las cuales, al ser tan conocidas por el público en general, no necesitan de un reconocimiento o declaración por parte de un tribunal o la oficina nacional de propiedad intelectual.

Por tanto, de lo expuesto se deduce que las marcas renombradas, dentro de la Comunidad Andina, retoman lo aseverado por doctrinarios en materia de propiedad intelectual: las marcas renombradas son aquellas conocidas ampliamente por el público consumidor general, sin distinción de clase. Como resultado de esto, el renombre de un signo no necesita probarse, y se emplea la figura procesal *notoria non egent probatione*.

4. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS MARCAS NOTORIAS Y RENOMBRADAS

Las marcas notorias y las marcas renombradas no son equivalentes, al contrario, estas poseen diferencias sustanciales que las distinguen una de la otra. Sin embargo, a partir de lo expuesto surge la interrogante sobre cuáles son aquellas “diferencias sustanciales”. La doctrina y la jurisprudencia nos permiten dilucidar las principales distinciones que poseen las marcas notorias y renombradas.

55 Proceso n.º 584-IP-2018, párr. 16.

56 Caso n.º 17811-2013-14452, Tribunal Contencioso Administrativo, 3 de marzo de 2020, párr. 13.

En virtud de ello, se expondrán las divergencias entre estas dos clases de marcas según la doctrina marcaria. Posteriormente, se establecerá lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre el mencionado tópico. No obstante, antes de proceder a exponer lo anteriormente detallado, es necesario advertir que las diferencias establecidas por la doctrina y la jurisprudencia no conforman una lista taxativa. Al contrario, existen casos únicos sobre marcas notorias y renombradas que, en consecuencia, poseen características propias y particulares.

4.1. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS MARCAS NOTORIAS Y RENOMBRADAS SEGÚN LA DOCTRINA

Doctrinariamente, las marcas notorias y las marcas renombradas han sido estudiadas desde diversas dimensiones. Referentes académicos sobre la temática emplean variados criterios para determinar las principales distinciones entre estas. Para el desarrollo del presente subtema, las dimensiones a emplear son las siguientes: alcance o grado de conocimiento, duración del uso, intensidad del uso, extensión geográfica, valoración de la marca, prestigio de la marca y el reconocimiento por autoridad rectora en materia de propiedad intelectual⁵⁷.

Ahora bien, la distinción principal entre las marcas notorias y renombradas, y sobre la cual existe una unanimidad de pronunciamientos al respecto, es el grado de conocimiento. Como se deduce a partir del primer apartado del presente artículo académico, las marcas notorias son aquellas que han obtenido un grado de conocimiento relevante dentro del círculo comercial interesado⁵⁸. Es decir, la marca notoria es “aquella que es conocida por los consumidores del sector de productos o servicios que identifica la marca”⁵⁹.

Contrario a lo expuesto, las marcas renombradas se caracterizan por el amplio conocimiento que obtienen no solamente en la clase internacional a la cual el signo está destinado, ni al sector comercial pertinente, sino al consumidor en general. La marca renombrada o de alto renombre, por tanto, es aquella cuya “difusión y conocimiento traspasa las fronteras del sector pertinente de los productos o servicios que identifica la marca, siendo [...] conocida por el público en general”⁶⁰.

57 Determinados autores consideran que dimensiones como la publicidad y calidad son criterios a considerar para diferenciar a las marcas notorias y renombradas. Sin embargo, estos no se valorarán dentro del presente trabajo debido a que se considera que estos son criterios ambiguos que no necesariamente permiten distinguir a las marcas notorias de las renombradas. Por un lado, la publicidad puede ser un criterio vago, puesto que una publicidad intensa no significa que una marca es renombrada o notoria. Por último, la calidad, si bien puede aportar al reconocimiento del producto por parte de los consumidores, un producto no necesariamente debe poseer determinada calidad para ser considerado como renombrado o notorio.

58 Otamendi, *Derecho de marcas*, 46.

59 Patricia Gamboa Vilela, “La protección de las marcas notoriamente conocidas bajo el Régimen Comunitario Andino”, *Foro Jurídico* 6, n.º 1 (2006): 158, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18439>.

60 Ibid.

En esta misma línea, Frederic Mostert, expresidente de la International Trademark Association (INTA), sobre la distinción entre las marcas renombradas y notorias, postula lo siguiente:

Una marca notoria puede caracterizarse como una marca que se conoce en el segmento sustancial del público pertinente en el sentido que es asociada con bienes o servicios particulares [...]. Se considera que las marcas renombradas tienen un mayor grado de reputación que las marcas notorias⁶¹.

En otras palabras, las marcas renombradas poseen un mayor alcance en cuanto a su grado de conocimiento. Las marcas notorias son conocidas por el sector pertinente, mientras que las marcas renombradas son conocidas por el público general. En vista de esto, se concluye que “el ámbito de difusión y conocimiento es mayor en el caso de las marcas renombradas que en el caso de las marcas notorias”⁶². Tal es el caso que el tratadista Manuel Areán, sobre la distinción en el grado de conocimiento entre las marcas notorias y las marcas renombradas, señaló:

El calificativo de notoria se atribuye a la marca que es conocida por la mayor parte de los consumidores o usuarios del correspondiente sector del mercado, es decir, del tipo de productos o servicios a los que se aplica la marca. Y la denominación de renombrada se reserva para aquella marca que goza de difusión y prestigio entre la mayoría de la población⁶³.

Otra de las diferencias entre las marcas notorias y las marcas renombradas gira en torno al uso de estas; específicamente sobre la duración y la intensidad de uso que se da en cada una⁶⁴. En cuanto a la duración, se deduce que alcanzar difusión y conocimiento en el sector pertinente conlleva un uso constante y continuo de la marca a través del tiempo. De igual forma, para lograr un grado de conocimiento en el público general se requiere una duración de uso que incluso tendría que ser mayor al de las marcas notorias⁶⁵. Por tanto, se colige que la duración del uso de las marcas renombradas es mucho mayor que las marcas notorias, y que efectivamente, este es un factor que influye en

61 Frederick Mostert, *Trademark Protection and Territoriality Challenges in a Global Economy* (Londres: Edward Elgar Publishing, 2014), 36.

62 Gamboa Vilela, “La protección de las marcas notoriamente conocidas bajo el Régimen Comunitario Andino”, 159.

63 Marta Cernadas Lázare, *La dilución de la marca de renombre* (Madrid: Marcial Pons, 2019), 56.

64 Dependiendo del grado de uso de un signo distintivo, se encuentran las “marcas escasamente utilizadas”, “marcas meramente utilizadas” y “marcas inmensamente utilizadas”. Ana María Pacón, “Marcas notorias, marcas renombradas, marcas de alta reputación”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.o 47 (diciembre de 1993): 4, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199301.008>.

65 El uso constante de una marca, para el titular de esta, ya sea suficiente para alcanzar la notoriedad o el renombre del signo en cuestión, implica un innegable esfuerzo, dado que conlleva una “constante inversión de recursos para su titular alrededor de ciertas variables como producto, precio, plaza y promoción”. Villacreses, *La marca notoria en la CAN*, 38.

el alcance, ya sea de la notoriedad y del renombre⁶⁶.

En igual medida, algo semejante acontece con la intensidad del uso en relación con las marcas notorias y renombradas. Se considera que una marca es usada intensamente en el mercado cuando este posee un “elevado número de artículos dotados de tal marca, o bien cuando la marca es objeto de amplias y reiteradas campañas publicitarias”⁶⁷. Ahora, se valora que, para que un signo adquiriera la notoriedad o el alto renombre, este signo debe ser usado intensamente en el mercado. Sin embargo, es necesario considerar que el “uso intenso” no implica un número significativo de ventas o una gran campaña publicitaria. Precisamente, esto fue considerado por Otamendi, quien manifestó lo siguiente sobre el uso de la marca:

No siempre habrá un uso intenso de la marca para que esta sea notoria. Un ejemplo claro es la marca “Rolls Royce” en nuestro país. Unos pocos automóviles con esta marca deben cambiar de mano cada año y escasa publicidad se efectúa de esta marca. Sin embargo la notoriedad es evidente⁶⁸.

En otras palabras, un uso intenso no va a estar necesariamente presente en un signo calificado como notorio o de alto renombre. Sin embargo, y sin perjuicio de lo mencionado, las diferencias entre estos siguen una misma tendencia, las marcas renombradas poseen una extensión mayor en las dimensiones establecidas. Así, no solamente la duración del uso de la marca en el tiempo es mayor, sino que también la intensidad de uso tenderá a ser mayor en las marcas renombradas que en las notorias.

En relación con la extensión geográfica, en lo referente a la marca notoria, existe una diversidad de debates y opiniones sobre dónde debe demostrarse la alegada notoriedad por parte del titular de la marca. Es decir, dónde debe efectuarse aquel conocimiento por parte del consumidor para que se reconozca la notoriedad y, en consecuencia, se otorgue la protección propia de esta clase de marcas. De este modo surge la interrogante sobre si debe demostrarse en el país de origen de la marca, en el lugar donde se está reclamando la protección o en cualquier país. Sin embargo, se podría determinar que uno de los criterios ampliamente acogido es que la notoriedad debe efectuarse en el territorio donde dicha notoriedad se está alegando. De esta forma, el conocimiento por parte del sector pertinente debe existir en el país en el que se reclama la

⁶⁶ Hasta la actualidad, no se ha definido un periodo de tiempo o número de años específicos en cuanto a la duración del uso para que un signo distintivo sea catalogado como notorio o renombrado. Sin embargo, es evidente que para lograr una amplia difusión en el público general, la presencia del uso constante de la marca en el tiempo debe ser mayor que para obtener un determinado grado de conocimiento en el sector pertinente de los productos o servicios que ampara el signo distintivo.

⁶⁷ Pacón, “Marcas notorias, marcas renombradas, marcas de alta reputación”, 4.

⁶⁸ Otamendi, *Derecho de marcas*, 343.

protección⁶⁹.

Algo semejante ocurre con el uso y dónde debe efectuarse. La respuesta a este debate surge a partir de la legislación de cada nación, región o comunidad. Así, determinados Estados exigen el uso efectivo de la marca en el territorio donde se está alegando la notoriedad⁷⁰. Ahora bien, dicha exigencia genera un nuevo escenario, y es el caso que una marca sea conocida en el territorio donde se alega la notoriedad, pero que no sea usada en el mismo. Es decir, es el uso en el territorio extranjero que ha hecho posible el que sea reconocida en el mercado específico de una extensión geográfica sin que sea usada en este⁷¹.

En un mundo globalizado, el alcance de los medios de comunicación como las redes sociales puede hacer posible el conocimiento de un signo cuyos productos o servicios no necesariamente se ofrecen en el país donde se está alegando la notoriedad. Al respecto, Otamendi manifestó que la difusión internacional de la publicidad de las marcas ha permitido “el conocimiento y hasta la notoriedad de marcas cuyos productos no son vendidos en nuestro país”⁷².

Por su lado, la marca renombrada continúa la misma tendencia anteriormente mencionada. Dado el alto reconocimiento mundial que poseen las marcas que gozan de dicha calidad, su extensión geográfica no solamente se restringe a un territorio limitado y, por tanto, no cabe discusión ni debate sobre el renombre y, peor aún, sobre la extensión geográfica de este. El renombre de las marcas —al constituir un hecho evidente— su extensión geográfica y dónde debe efectuarse el uso de aquellos signos distintivos no entra en cuestionamiento a comparación de la marca notoria.

Con respecto a la valoración en el mercado, la diferencia entre las marcas notorias y las renombradas yace en que en esta última se presenta una asociación entre la marca y un nivel de satisfacción en el consumidor que genera ciertas preferencias en este⁷³. En líneas generales, las marcas renombradas deberán producir complacencia en el consumidor, dado que resultaría sumamente complejo que una marca alcance tal grado de conocimiento ofertando

69 Villacreses, *La marca notoria en la CAN*, 39.

70 Dependiendo de la legislación marcaria de cada Estado, la notoriedad de la marca deberá ser dentro del territorio en específico o se admite la notoriedad en otro territorio. A modo ejemplificativo, en Estados Unidos no se reconoce la notoriedad de un signo, ni se le otorga la protección propia de un signo notoriamente conocido, si este no es usado en el mencionado país. Thomas McCarthy, *Trademarks and Unfair Competition*, (Londres: Lawyers Co-operative Publishing Company, 1973), 10.

71 Ante una situación semejante a la descrita, en Estados Unidos se prevé como excepción el caso que una marca tenga un uso excesivamente intenso en el extranjero que tenga como consecuencia que el signo sea conocido por el sector pertinente. Determinar si aquel signo podría ser considerado como notorio y, por tanto, gozar de su respectiva protección queda a discreción de la autoridad competente en el mencionado país. Pacón, “Marcas notorias, marcas renombradas, marcas de alta reputación”, 45.

72 Otamendi, “Derecho de Marcas”, 401.

73 Tim Dornis, “Civil Law History: Germany and Europe”, en *Trademark and Unfair Competition Conflicts: Historical-Comparative, Doctrinal, and Economic Perspectives*, ed. Lionel Bentley y William Cornish (Londres: Cambridge University Press, 2017), 103, <https://doi.org/10.1017/9781316651285.002>.

productos o servicios que generen desagrado o disgusto. Sobre lo mencionado, Pacón sostiene lo siguiente:

En principio, la marca renombrada no está referida a productos o servicios que no sean capaces de evocar una asociación de satisfacción y deseo alrededor de los productos o servicios [...], es difícil imaginar que la marca utilizada para distinguir un insecticida llegue a convertirse en renombrada⁷⁴.

Al contrario, las marcas notorias no alcanzan la valoración en el mercado que obtiene una marca renombrada, puesto que una marca puede alcanzar la notoriedad sin que esta ofrezca un producto o servicio con calidad excepcional que produzca un alto grado de satisfacción en el consumidor. En el caso de las marcas notorias, algunas de estas:

Deben su notoriedad no a la calidad superior de los productos que designan, sino a una calidad media en función del precio aplicado satisface a los consumidores [...] es suficiente si el público asocia con la marca una valoración general⁷⁵.

De igual manera, como producto del grado de conocimiento que estas marcas pueden alcanzar en el mercado, el valor económico que un signo distintivo renombrado o notorio puede obtener es mayor al de una marca regular. Así, las marcas renombradas y notorias pueden acarrear una valoración económica sumamente alta y ser un activo intangible valioso⁷⁶. No obstante, donde radica dicha semejanza también yace la diferencia entre las marcas renombradas y notorias. Las marcas renombradas, al ser conocidas por el consumidor en general, son más valiosas que las marcas notorias, las cuales son conocidas en el sector pertinente. En otras palabras, si bien tanto las marcas renombradas como notorias poseen una valoración económica mayor en el mercado, comparando signos distintivos regulares, la marca renombrada tendrá mayor valor económico que la notoria, en consecuencia del alcance que la primera tiene en el consumidor general.

Algo semejante acontece con respecto al *goodwill*, buena fama o reputación de las marcas renombradas y notorias. La primera contará con una mayor reputación dentro del mercado a comparación de la segunda. Precisamente

74 Pacón, "Marcas notorias, marcas renombradas, marcas de alta reputación", 26.

75 Ibid.

76 Como prueba de lo afirmado, según el *ranking* anual publicado por Interbrand, las marcas más valiosas del año 2020 son Apple, con un valor \$482 215 millones; Microsoft con 278 288 millones de dólares; Amazon con \$274 819 millones de dólares; Google con un valor de \$251 751 millones de dólares; y Samsung con un valor de \$87 689 millones de dólares. Para poder determinar la valoración en el mercado de las marcas, y en consecuencia, realizar el ranking, Interbrand considera diversos factores siendo alguno de estos la presencia de la marca en los consumidores, la confianza que tiene en el mercado, a partir de su calidad o reputación, la presencia que tiene en su audiencia, la distintividad de la marca, entre otras. Interbrand, "Interbrand Releases Best Global Brands 2022", *Interbrand* (2022). <https://interbrand.com/newsroom/interbrand-launches-best-global-brands-2022/>.

es aquella alta reputación que obtiene la marca renombrada, que permite ser conocida por todos los sectores del mercado y no solo uno en particular. Así, empleando las palabras de Pacón, la marca renombrada “deberá poseer un *goodwill* muy alto, de tal forma que los productos o servicios diferenciados se traduzcan en un elevado prestigio de la marca”⁷⁷.

Precisamente aquella buena fama es la que logra obtener un signo distintivo, lo que permite a este alcanzar y mantener el estatus de marca renombrada⁷⁸. En consecuencia, a partir de lo expuesto, se puede afirmar que:

La marca renombrada es aquella que alcanza una cuantiosa proporción de reputación, y estimación ya que su calidad y *goodwill* será tan alto que le permite trascender aún fuera de su sector del mercado siendo conocida por todos, y todos estos factores hacen que en su protección supere los lindes de la regla de la especialidad⁷⁹.

Por último, como ya se determinó con anterioridad, la marca notoria a comparación de la renombrada requiere un pronunciamiento por parte de la autoridad competente en materia de propiedad intelectual. En contraste, la marca renombrada no necesita de un pronunciamiento por parte de la autoridad rectora. Tal es el caso, que se ha determinado la necesidad de un análisis profundo por parte de la autoridad competente con respecto a la notoriedad de un signo, con la finalidad de que este no sea alegado por cualquier titular de una marca.

Es lógico que si tanto las marcas notorias como renombradas gozan de protección especial, debe evitarse que se pretenda hacer un uso no correspondiente de los beneficios que dicho estatus marcario otorga a un signo distintivo. En definitiva, las marcas notorias y las marcas renombradas poseen sustanciales diferencias, que se encuentran de manera resumida en la tabla 1.

⁷⁷ Pacón, “Marcas notorias, marcas renombradas, marcas de alta reputación”, 328.

⁷⁸ Para poder ostentar un *goodwill* o buena fama, diversos estudiosos de la temática tienden a determinar que uno de los factores que más influencia en aquello es la calidad de los productos. Entre mejor es la calidad, más buena fama tendría el signo distintivo. Emily A. Bayton. (2018). *The Value Of Goodwill In Trademarks—Intellectual Property—United States* [Monaq]. United States: The Value Of Goodwill In Trademarks. <https://www.mondaq.com/unitedstates/trademark/698882/the-value-of-goodwill-in-trademarks>.

⁷⁹ Cabrera Martínez, “Aspectos básicos de las marcas notorias y las marcas renombradas”, 46.

Tabla 1: Principales diferencias entre marcas notorias y marcas renombradas.

DIMENSIONES	MARCAS NOTORIAS	MARCAS RENOMBRADAS
Alcance/ grado de conocimiento	Círculo comercial pertinente a los productos o servicios a los cuales está destinado la marca.	Público consumidor en general (trasciende de la clase internacional a la cual está destinada).
Duración del uso	Uso en el tiempo suficientemente extenso para alcanzar el conocimiento difundido dentro del sector pertinente.	Uso en el tiempo prolongado y extenso suficiente para obtener conocimiento en el consumidor general. Se estima que su uso es más extenso que en el caso de las marcas notorias.
Extensión geográfica	Conocimiento en el sector pertinente debe efectuarse en el territorio donde se alega la notoriedad.	Conocimiento a nivel mundial; dado su evidente renombre, no ingresa en discusión dónde debe efectuarse el uso de la marca renombrada.
Intensidad del uso	No precisa de un uso intenso para que alcance conocimiento en un mercado específico.	Usualmente precisaría de un uso intenso para obtener conocimiento en el público general.
Valoración económica	Menor valoración económica que una marca renombrada, pero mayor al de marca regular, dado su conocimiento en el sector pertinente.	El máximo de valoración económica dado su amplio grado de conocimiento.
Prestigio	No precisa tener prestigio ni crear un cierto grado de satisfacción en el consumidor.	La marca renombrada tiene <i>goodwill</i> vinculada a ella, que genera un cierto grado de satisfacción en el consumidor.

Reconocimiento por autoridad	Precisa de reconocimiento por parte de autoridad rectora en propiedad intelectual.	No precisa de reconocimiento por parte de autoridad rectora en propiedad intelectual.
------------------------------	--	---

Nota. Esta tabla ilustra de manera sucinta las principales diferencias entre las marcas notorias y renombradas. Fuente y elaboración propia a partir de los datos expuestos a lo largo del artículo.

Como producto de estas características, tanto las marcas notorias como las renombradas son acreedoras de una “protección especial”. En tal virtud, en procesos donde se ha alegado la vulneración de derechos sobre estas clases de marcas, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha determinado parámetros significativos al momento de distinguir frente a qué clase de marca se está y las consecuencias de dicha diferenciación.

5. PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE LAS MARCAS NOTORIAS Y RENOMBRADAS

Como ya se detalló, las marcas renombradas no se encuentran reconocidas de manera expresa en la Decisión 486 y, en consecuencia, tampoco en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Ciencia e Innovación. Así, las marcas renombradas han sido distinguidas y diferenciadas de las marcas notorias por medio de la jurisprudencia. Una de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que acarrea vital importancia con respecto a la distinción, que dentro de la CAN se le otorga a las marcas notorias y renombradas, es la perteneciente al Proceso 108-IP-2006. En el mencionado caso, el tribunal, citando a Carlos Fernández Nóvoa, afirmó:

La marca renombrada se diferencia de la marca notoria por cuanto aquella ha de ser conocida por consumidores pertenecientes a mercados diversos de aquel mercado al que corresponden los productos diferenciados por la marca. [...] por contraste con la marca notoria que es solo conocida por un grupo particular de consumidores, la marca renombrada tiene una difusión que abarca diferentes grupos de consumidores que pertenecen a diversos mercados⁸⁰.

Igualmente, y dentro del mismo proceso, el Tribunal de Justicia de la

⁸⁰ Proceso n.º 108-IP-2006, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 5 de agosto de 2006, párr. 9-10.

Comunidad Andina, citando a Alberto Bercovitz, destaca que la diferencia principal entre las marcas notorias y renombradas será el grado de conocimiento o difusión que estas poseen en el público pertinente. Específicamente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina manifestó que:

El dato decisivo, por tanto, para considerar a una marca como notoria o renombrada es exclusivamente el grado o difusión de su conocimiento entre el público. Si la marca es conocida con carácter general por el público de un determinado sector del mercado, se tratará de una marca notoria. Si la marca es conocida con carácter general por todo el público y no solo por el de un sector del mercado, entonces estaremos ante una marca renombrada⁸¹.

Dicha distinción es aquella que ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en reiteradas ocasiones. De igual manera, dentro del Proceso 07-IP-2020, sobre la distinción entre las marcas notorias y las marcas renombradas, el órgano judicial de la Comunidad Andina destacó:

Cabe distinguir entre la distinción entre la marca notoria regulada en la Decisión 486 de la marca renombrada. La primera es conocida en el sector pertinente, la segundo es conocida más allá del sector pertinente [...]. La marca renombrada (por ejemplo, Coca-Cola, Toyota, Facebook, Google, etc.) es conocida prácticamente por casi todo el público en general, por diferentes tipos de segmentos de consumidores y proveedores, incluso por aquellos que no consumen, ni fabrican, ni comercializan el producto o servicio identificado por la marca renombrada⁸².

No obstante, realizando un análisis más profundo de la sentencia, se reconoce como segunda diferencia la necesidad de prueba por parte del titular de la marca renombrada o la marca notoria⁸³, dependiendo del caso.

Una segunda diferencia entre la marca notoria regulada en la Decisión 486 y la marca renombrada es lo referido a su prueba. La notoriedad debe probarse por quien lo alegue de conformidad con lo establecido en el Artículo 228 de la Decisión 486. La marca renombrada, en cambio, no necesita ser probada, pues se trata de lo que la teoría general del proceso denomina un hecho notorio, por tanto, se conocen de oficio y no requieren actividad probatoria.

Es decir, no existe una necesidad de prueba en la marca renombrada debido

81 Ibid.

82 Proceso n.º 07-IP-2020, Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 10 de enero de 2020, párr. 11.

83 La necesidad de prueba como un factor diferenciador es objeto de debate, puesto que existe la discusión sobre si efectivamente esta, más que un factor diferenciador, constituye un requisito solicitado por la autoridad rectora de propiedad intelectual.

a su alto grado de reconocimiento que, en consecuencia, es conocido por la autoridad rectora en materia de propiedad intelectual. En vista de aquello, es indiscutible que la prueba no es necesaria, dado que el renombre debería ser evidente para el público en general. En este sentido, las dos diferencias reconocidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina con respecto a las marcas notorias y renombradas son el nivel o grado de conocimiento y difusión que posee la marca, es decir, si esta se limita únicamente al sector pertinente o relacionado o a todos los diversos segmentos del mercado sin diferenciación alguna; y la necesidad de prueba para el reconocimiento de la marca notoria y la no necesidad de dicho requisito en el caso de la marca renombrada.

Las marcas notorias y renombradas no son las mismas, y poseen sustanciales diferencias en razón del grado de reconocimiento, extensión y duración de uso, valoración en el mercado, *goodwill*, reconocimiento de autoridad y, en el caso de la CAN, en la necesidad de prueba en el caso de la marca notoria y la falta de requisito de prueba en las marcas renombradas.

6. FALTA DE CLARIDAD EN ECUADOR EN CUANTO A PROCESOS CLAROS Y DETERMINADOS CON RESPECTO A LAS MARCAS NOTORIAS Y RENOMBRADAS

Del análisis efectuado se concluyó que las marcas notorias y las marcas renombradas no pueden ser tratadas como sinónimas, puesto que cada una de ellas responde a características y alcances jurídicos distintos. Esta diferenciación hace que sus titulares sean merecedores de derechos diferentes, lo cual repercute en el nivel de protección otorgado frente a terceros y en el alcance territorial y material de su defensa.

Sin embargo, en el caso ecuatoriano persiste una evidente falta de claridad respecto de los procesos aplicables para el reconocimiento y protección de las marcas notorias y renombradas. A pesar de que la Decisión 486 de la Comunidad Andina establece parámetros generales, en la práctica nacional no se han desarrollado mecanismos claros, uniformes y sistemáticos que permitan diferenciar con precisión ambas categorías.

Este vacío normativo y procedimental genera inseguridad jurídica para los titulares de marcas que pretenden acreditar la notoriedad o el renombre de sus signos. La ausencia de criterios objetivos y procedimientos claramente establecidos da lugar a interpretaciones dispares por parte de la autoridad administrativa e incluso de los tribunales, lo que puede conducir a resoluciones contradictorias y a la falta de tutela efectiva.

En consecuencia, resulta indispensable que Ecuador adopte lineamientos normativos y procesales más definidos, que delimiten de manera clara los

estándares de prueba, los criterios de valoración y los efectos jurídicos de las marcas notorias y renombradas. Solo de esta manera se podrá garantizar una protección coherente y efectiva, en concordancia con los compromisos internacionales asumidos y con las exigencias del mercado en materia de propiedad intelectual.

7. CONCLUSIONES

Como resultado de lo desarrollado en este artículo se desprenden diversos puntos a destacar. En primer lugar, las marcas notorias y renombradas no son sinónimas. Por un lado, las marcas notorias constituyen aquellos signos distintivos que son ampliamente conocidos en la clase internacional a la que están destinados o al círculo comercial pertinente en relación con los productos que ampara. Por otro lado, las marcas renombradas son aquellas conocidas por el público consumidor en general, independientemente de la clase internacional que ampara, puesto que su conocimiento es precisamente amplio y general.

En segundo lugar, esta distinción entre los signos notorios y renombrados se debe a distintos factores que radican en torno al alcance/grado de conocimiento, duración del uso, intensidad del uso, extensión geográfica, valoración de la marca, prestigio de la marca y el reconocimiento por la autoridad rectora en materia de propiedad intelectual. Con respecto a estos, es indiscutible que tanto lo referente al grado de conocimiento como la duración e intensidad de uso, extensión geográfica, valoración de la marca y su prestigio se encuentran presentes en una mayor proporción en las marcas renombradas. Asimismo, la marca renombrada no requiere de actividad probatoria, puesto que constituye un hecho evidente que no requiere probarse. En cambio, la marca notoria necesita ser probada ante autoridad competente, para que efectivamente la marca de la que se alega notoriedad sea considerada como tal y, en consecuencia, pueda alcanzar todos los beneficios que su estatus de notoria conlleva.

Las marcas notorias y renombradas son distintas y, como consecuencia de aquello, son objeto de alcances de protección distintos. Es necesario que las autoridades de propiedad intelectual nacionales valoren y tomen en cuenta dicha distinción como incentivo para la promulgación de normativa adecuada que brinde el reconocimiento y, en consecuencia, la protección respectiva y merecida a este tipo de marcas. La presencia, y sobretodo, el alcance que las marcas notorias y renombradas han obtenido en el mercado, posee como consecuencia jurídica que tengan una protección mayor ante posibles vulneraciones a los que son aún más susceptibles esta clase de signos.



**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

CABEZAS
WRAY
& ALBÁN

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

Justicia
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.cwlegal.com

Alternativas para la tributación del dividendo no distribuido en Ecuador

Alternatives for the Taxation of Undistributed Dividends in Ecuador

EMILIO SEBASTIÁN SANTAMARÍA MOSQUERA*

Recibido / Received: 24/07/25

Aceptado / Accepted: 03/10/25

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3939>

Citación:

Santamaría, Emilio. “Alternativas para la tributación del dividendo no distribuido en Ecuador”. USFQ Law Review, vol. 12, n°. 2. (noviembre de 2025): <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3939>.

* Santamaría Abogados, Quito 170519, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: emiliosantamaria2@hotmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0009-0737-6784>.

RESUMEN

En Ecuador, el hecho generador del impuesto a la renta sobre el dividendo es la distribución de las utilidades generadas por la sociedad al socio y/o accionista persona natural. Así, previo a la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Transparencia Social, cuando no se distribuían las utilidades, se difería la tributación de las mismas y la caja fiscal se veía menoscabada. Dicho esquema impositivo fue modificado y ahora también están sujetas al impuesto a la renta las utilidades no distribuidas de las sociedades. Pese a su actual “regulación”, en este trabajo se analizan distintas alternativas aplicadas en otras jurisdicciones que evitan el problema del diferimiento fiscal y que han podido implementarse en Ecuador. Dichos mecanismos son: 1) el régimen *pass-through*, 2) un impuesto a las utilidades acumuladas y 3) un régimen inspirado en el concepto de compañía foránea controlada. Un análisis de su potencial aplicación en Ecuador permitió evaluar y graduar dichas alternativas en función de su viabilidad. De esta manera, se concluyó que un impuesto sobre las utilidades retenidas es la alternativa que mejor regularía el problema identificado, seguida por la creación de un régimen inspirado en la compañía foránea controlada y, finalmente, el *pass-through*.

PALABRAS CLAVE

Derecho tributario; impuesto a la renta; dividendo; diferimiento; utilidades

ABSTRACT

In Ecuador, the taxable event for income tax on the dividend is the distribution of the profits generated by the company to the individual shareholder. Thus, prior to the entry into force of the Organic Law on Social Transparency, when profits were not distributed, their taxation was deferred and the coffer was undermined. This tax scheme was modified and now the undistributed profits of companies are also subject to income tax. Despite its current “regulation”, this paper analyzes different alternatives applied in other jurisdictions, such as the United States, that avoid the problem of tax deferral and could be implemented in Ecuador. These mechanisms are: 1) the pass-through regime, 2) a tax applied to accumulated earnings, and 3) a regime inspired by the controlled foreign company concept. An analysis of their potential application in Ecuador has made it possible to evaluate and grade these alternatives according to their feasibility. Thus, it has been concluded that a tax on retained earnings is the alternative that best regulates the issue, followed by the creation of a regime inspired by the controlled foreign company and, finally, the pass-through regime.

KEYWORDS

Tax law; income tax; dividends; deferral; profits

1. INTRODUCCIÓN

El marco normativo ecuatoriano establece que, cuando una compañía genera utilidad y la misma es distribuida a los socios o accionistas personas físicas, dicha renta pasa a formar parte de la renta gravada del perceptor, mientras que la compañía debe efectuar una retención por concepto de impuesto a la renta. Es decir, la aprobación por parte de la junta o asamblea de socios o accionistas para distribuir utilidades constituye el momento en el que se produce la retención del impuesto a la renta sobre los dividendos. Previo a la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Transparencia Social (en adelante Ley de Transparencia Social), ello representaba un problema; pues, hasta que la junta o asamblea de socios o accionistas no aprobase tal distribución, no se podía cobrar el referido impuesto por no haberse distribuido las utilidades. Vale decir que el impuesto a la renta se encontraba diferido, y tal diferimiento no podía ser controlado por el poder tributario estatal, sino que el mismo era administrado y decidido, exclusivamente, por el contribuyente, a través de la junta de gobierno de las corporaciones.

Así, varias sociedades ecuatorianas que generaban utilidades decidían no distribuir las para tomar provecho del diferimiento. En ese sentido, no se verificaba el hecho generador del impuesto a la renta sobre los dividendos y, por consiguiente, tampoco procedía el cobro del impuesto a la renta. Este accionar desembocó, durante varios años, en una menor recaudación fiscal y, consecuentemente, en una menor o deficiente prestación de servicios públicos que se financiaban con la recaudación tributaria.

Como ya se adelantó, apenas en agosto de 2025 entró en vigor la Ley de Transparencia Social, misma que trajo consigo la creación del “pago a cuenta sobre las utilidades no distribuidas” de sociedades y establecimientos permanentes en Ecuador de sociedades no residentes. Que, en resumidas, implica el pago del impuesto a la renta sobre utilidades acumuladas, conforme la respectiva tabla contenida en la misma ley.

De este modo, este trabajo busca abordar dos cuestiones. Primero, repasar brevemente el artículo de pagos a cuenta sobre las utilidades no distribuidas contenido en la Ley de Transparencia Social; y, segundo, a partir de lo sucedido en otras jurisdicciones, determinar algunas alternativas que han podido y pueden implementarse en Ecuador para regular de mejor manera la tributación de las utilidades acumuladas de las compañías.

La significancia del impuesto a la renta y su forma de imposición ha sido merecedora de distintas posturas y críticas. En palabras de Villagra y Zuzunaga, el impuesto a la renta gravado a las rentas producidas por la compañía “es de crucial importancia en los países latinoamericanos en los que el nivel de pobreza

es alto y se requiere con urgencia de un tributo como este que se caracteriza por ser redistributivo de riqueza”¹. Como lo explica Castañeda-Rodríguez, en los países latinoamericanos la mayor recaudación se atribuye a las personas jurídicas o sociedades, mientras que en los países más desarrollados la mayor fuente de recaudación está en las personas naturales². Criterio similar es sostenido por Kaldor, quien, tras un repaso de la normativa tributaria en América Latina, determina que el sistema de tributación es deficiente, principalmente porque la recaudación depende en su mayor proporción de las empresas y no de las personas naturales³. Sobre la tributación de las sociedades, recomienda seguir un sistema similar al de Estados Unidos, por medio del cual se grava las ganancias de las sociedades con un impuesto progresivo, aplicable a los accionistas por los dividendos distribuidos.

A lo largo de este trabajo se analizarán, en un primer momento, ciertos conceptos esenciales, recogidos en el marco normativo ecuatoriano, que resultan indispensables para entender el dividendo distribuido y el no distribuido, así como su tratamiento fiscal en Ecuador; y, en un segundo momento, la viabilidad de las alternativas utilizadas en otras jurisdicciones para evitar un diferimiento abusivo en la tributación de las utilidades acumuladas, a la luz del contexto ecuatoriano.

Dentro de la primera sección se revisará el tratamiento fiscal del dividendo en Ecuador; de manera específica, quiénes tienen la facultad de decidir qué hacer respecto de las utilidades generadas y los destinos que se puede otorgar a tales utilidades. Asimismo, se hará un repaso al impuesto a la renta en Ecuador, particularmente en la distribución de dividendos y cuando las sociedades no distribuyen las utilidades generadas. Finalmente, dentro de esta primera sección se expondrán los principios de personalidad jurídica independiente y responsabilidad limitada de las sociedades, cuyo entendimiento es indispensable para analizar la viabilidad de las alternativas que se plantean como posibles soluciones al problema.

En la segunda sección, de análisis del problema, se estudian tres propuestas que buscan solventar de manera directa o indirecta el problema de la tributación de las utilidades no distribuidas, dos de ellas —*pass-through* y *accumulated earnings tax*— creadas e implementadas en Estados Unidos y la tercera es una propuesta de este trabajo que consiste en crear un sistema inspirado en el régimen de compañía foránea controlada (en adelante CFC). Así, se examinará la aplicabilidad de estas alternativas en el contexto ecuatoriano.

1 Renée Antonieta Villagra Cayamana y Fernando Enrique Zuzunaga del Pino, “Tendencias del impuesto a la renta corporativo en Latinoamérica”, *Derecho PUCP* 72 (2014): 164, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201401.008>.

2 Víctor Mauricio Castañeda-Rodríguez y Jairo Orlando Villabona, “El impacto del impuesto sobre la renta en la inversión empresarial en Colombia”, *Apuntes del Cenes* 39, n.º 70 (octubre de 2020): 185, <https://doi.org/10.19053/01203053.v39.n70.2020.10493>.

3 Nicholas Kaldor, “El papel de la tributación en el desarrollo económico”, *El Trimestre Económico* 88, n.º 4 (octubre-diciembre de 2021): 1230, <https://doi.org/10.20430/ete.v88i352.1346>.

Estados Unidos ha abordado esta problemática a través de distintas formas. Una de ellas es la figura de *pass-through*. Esta tiene como propósito adjudicar los ingresos de la sociedad a la renta del accionista persona natural. De esta manera, hay una sola tributación y esta es soportada por el accionista persona natural. Mediante esta figura se logra excluir el elemento subjetivo de los accionistas, referente a decidir si las utilidades son distribuidas o no. Para Sammartino, la gran mayoría de negocios en Estados Unidos adoptan la figura de *pass-through*⁴. De esta manera, la distinción de dividendo distribuido y no distribuido es irrelevante, pues, con independencia de la decisión de distribuir o no, el ingreso de la sociedad deberá imputarse fiscalmente a la declaración de impuesto a la renta del accionista⁵.

En otro intento de solventar de manera directa este problema, Estados Unidos creó el *accumulated earnings tax*. Dicho impuesto, en palabras de Hall, consiste en una penalidad que se aplica a las sociedades por la acumulación irrazonable de utilidades con la intención de evadir la imposición al accionista sobre esas utilidades retenidas⁶. En consecuencia, los criterios para determinar la aplicabilidad de este impuesto requieren de un profundo análisis por parte del Internal Revenue Service (en adelante IRS). Este impuesto, evidentemente, no tiene lugar en aquellas sociedades que tienen la figura del *pass-through*.

Finalmente, la globalización ha sido un factor determinante en la fiscalidad. Las diferencias entre regímenes fiscales dieron lugar a que los contribuyentes busquen mover sus capitales y generación de rentas a jurisdicciones con menor tributación y, en algunos casos, nula. Así, Estados Unidos fue pionero en abordar esta situación mediante la implementación del régimen CFC. Este régimen busca gravar las rentas generadas por las sociedades del exterior en la parte que le corresponda al residente fiscal con control en tal sociedad. El objetivo de este régimen, en palabras de Castro y Rodríguez, es evitar el diferimiento mediante el uso de entidades residentes en una jurisdicción distinta a la del accionista. Así, el objeto o la renta respecto de la cual aplica este régimen es únicamente aquella generada en el exterior⁷.

Este último régimen propone que, con independencia de que se distribuyan o no las rentas generadas en el exterior, estas deben ser consideradas dentro de la liquidación de impuesto a la renta del beneficiario final. De esta manera se logran gravar aquellas rentas que deberían formar parte del beneficiario

4 Frank Sammartino, "Taxation of Pass-Through Businesses", *Tax Policy Center Urban Institute & Brookings Institution* (enero de 2017): 1-4, https://www.urban.org/sites/default/files/publication/87916/2001133-taxation-of-pass-through-businesses_1.pdf

5 Brett Freudenberg y Bradley T. Borden, "Contribution and Distribution Flexibility and Tax Pass-Through Entities", *Florida Tax Review* 23 (2019): 349-431, <https://doi.org/10.5744/ft.2020.1006>.

6 C. Wells Hall, III, "Choice of Business Entity After the 2003 Tax Act", *Business Entities* 6, n.º (marzo-abril de 2004): 14, <https://www.proquest.com/trade-journals/choice-business-entity-after-2003-tax-act/docview/197932463/se-2>.

7 José Manuel Castro y Cristian Rodríguez Peña, "Las normas de entidades controladas del exterior en el contexto iberoamericano y de los convenios de doble imposición", en *Problemas de tributación internacional en Iberoamérica: Una visión de los años de la OITI*, ed. Andrés Báez Moreno y José Manuel Castro (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019): 358.

final, pero mediante el aprovechamiento de entidades del exterior difieren el gravamen impositivo. Con tal antecedente, se plantea la interrogante de si es posible crear un régimen similar a CFC, aplicable a sociedades nacionales, por las rentas que no son distribuidas a sus socios o accionistas personas naturales.

2. CONCEPTOS ESENCIALES

2.1. EL DIVIDENDO EN ECUADOR

En procura de analizar el tratamiento fiscal del dividendo en Ecuador, es preciso hacer un repaso de algunos conceptos: qué se entiende por dividendo, quién o quiénes tienen la facultad de decidir qué hacer con las utilidades producidas en la compañía y qué destinos se pueden asignar a estas utilidades. Esto permitirá entender el problema que, durante varios años, ha enfrentado el sistema tributario ecuatoriano.

2.1.1. CONCEPTO DE DIVIDENDO

Las sociedades son vehículos para llevar adelante actividades económicas. Así, normalmente, tienen como fin ulterior la generación de utilidades. El artículo 1 de la LC señala:

Las compañías se constituyen por contrato [...] para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades, o por acto unilateral, por una sola persona natural o jurídica que destina aportes de capital para emprender en operaciones mercantiles de manera individual y participar de sus utilidades⁸.

Para doctrinarios como Ross, Westerfield y Jordan, el dividendo “es un pago efectuado de las utilidades de una empresa a sus propietarios, en acciones o en efectivo”⁹. Además, se compone de tres elementos a saber: “una entidad distribuidora (sociedad), una participación social en ella y un rendimiento que tiene como causa esa participación”¹⁰. Castro Arango, haciendo referencia a Montesinos, señala que “un dividendo es la parte del beneficio obtenido por una sociedad que se reparte entre sus propietarios, y así es la fuente ordinaria

8 Artículo 1, Ley de Compañías [LC], R. O. 312 de 5 de noviembre de 1999, reformada por última vez el 10 de junio de 2025.

9 Stephen A. Ross, Randolph W. Westerfield y Bradford D. Jordan, *Fundamentos de finanzas corporativas* (Ciudad de México: McGraw-Hill, 2010), 547.

10 José Manuel Castro, *El concepto de dividendo en los convenios de doble imposición* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016): 49-50.

de rentabilidad para quien detenta los derechos económicos de las acciones”¹¹. De este modo, a efectos del impuesto a la renta, el dividendo es usualmente considerado un ingreso para la persona que lo percibe.

Criterio similar al de Castro es aquel de la normativa ecuatoriana, que señala que el dividendo consiste en los beneficios que se adquieren a través de los derechos representativos de capital. El Reglamento para la Aplicación de la Ley de Régimen Tributario Interno (en adelante RLRTI), establece lo siguiente sobre el dividendo:

Para efectos tributarios, se considerarán dividendos y tendrán el mismo tratamiento tributario todo tipo de participaciones en utilidades, excedentes, beneficios o similares que se obtienen en razón de los derechos representativos de capital que el beneficiario mantiene, de manera directa o indirecta¹².

Concordante con lo anterior, la disposición reformativa cuarta de la Ley de Transparencia Social mediante la cual se sustituyó el artículo 39.2 LRTI establece el alcance del concepto “distribución de dividendos” de la siguiente manera:

3. Se entiende por distribución de dividendos a la decisión de la junta de accionistas, o del órgano que corresponda de acuerdo con la naturaleza de la sociedad, que resuelva la obligación de distribuirlos. En virtud de aquello, el valor del dividendo efectivamente distribuido y la fecha de distribución corresponderán a los que consten en la respectiva acta o su equivalente¹³.

De modo que el dividendo se genera por la verificación de dos condiciones. Por un lado, la sociedad debe haber generado utilidad, excedente, beneficio o similares; y, por otro, la junta de accionistas o su análogo correspondiente, dependiendo la sociedad, resuelva distribuir las utilidades generadas.

2.1.2. TOMA DE DECISIONES SOBRE UTILIDADES

La normativa ecuatoriana determina que la junta de socios o accionistas, o la asamblea de accionistas, es el órgano de decisión de las compañías. En la junta o asamblea participan los socios o accionistas de la compañía y se toman decisiones relativas a la sociedad.

11 José Manuel Castro, “El concepto de dividendos y participaciones en los convenios tributarios sobre la renta”, en *Impuesto sobre la renta y complementarios: Consideraciones teóricas y prácticas*, eds. J. R. Piza Rodríguez, P. E. Sarmiento Pérez y R. Insignares Gómez (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015): 523.

12 Artículo innumerado cuarto siguiente al 7, Reglamento Ley de Régimen Tributario Interno [RLRTI], R. O. 209 del 8 de junio 2010, reformada por última vez el 15 de julio de 2025.

13 Literal b, Disposición Reformativa Cuarta, Ley Orgánica de Transparencia Social. R. O. 112 del 28 de agosto de 2025.

La LC, en la sección que regula a las sociedades anónimas, señala los poderes y las facultades que puede ejercer la junta general. Dentro de ellas se encuentra resolver acerca de la distribución de los beneficios sociales. La misma facultad otorga el artículo 108 del referido cuerpo a las compañías de responsabilidad limitada, pues señala que es atribución de la junta de socios resolver el reparto de utilidades. Doctrinarios como Villamizar sostienen lo siguiente sobre el tema:

[L]a asamblea general de accionistas o junta de socios, que constituye el órgano de dirección de la sociedad, tiene una competencia especial que le permite decidir acerca de los denominados actos de gobierno de la sociedad [...]. Tal función de gobierno representa la característica primordial de dicho órgano, que es la de facilitar la expresión de la voluntad o el querer social¹⁴.

Finalmente, dicha posición también encuentra asidero en el numeral tercero del artículo 39.2 LRTI mediante el cual se aclara que la distribución de dividendos se genera cuando la decisión de la junta de accionistas, o del órgano que corresponda de acuerdo con la naturaleza de la sociedad, resuelva la obligación de distribuirlos¹⁵.

En atención al texto citado y la normativa vigente, las decisiones adoptadas por la junta o asamblea representan la voluntad social, es decir, la voluntad de los sujetos que han decidido confluír capitales para llevar adelante una actividad económica. De este modo, claro está, el órgano social encargado de resolver las cuestiones respecto de los beneficios o las utilidades obtenidos es la junta de accionistas o su órgano análogo, dependiendo del tipo de sociedad. Ahora, es menester analizar qué destinos se puede otorgar a las utilidades generadas por una compañía.

2.1.3. ¿QUÉ DESTINO PUEDEN TENER LAS UTILIDADES?

Las utilidades generadas por una sociedad pueden destinarse a diversos fines. Por ejemplo, la junta o asamblea puede, al menos, resolver de tres maneras el destino de las utilidades: (i) distribuir las utilidades a los socios o accionistas, (ii) no distribuir las utilidades generadas por la compañía y mantenerlas retenidas o (iii) capitalizar las utilidades generadas.

Previo a la entrada en vigor de la Ley de Transparencia Social, de los tres escenarios mencionados, solo los dos primeros eran relevantes. Pues estos sí tenían una incidencia fiscal en el impuesto a la renta, ya sea porque se producía el

¹⁴ Francisco Reyes Villamizar, *Derecho societario* (Bogotá: Editorial Temis, 2016): 585-666.

¹⁵ Artículo 39.2, Ley de Régimen Tributario Interno [LRTI]. R. O. Suplemento 463 del 17 de noviembre de 2004, reformada por última vez el 28 de agosto de 2025.

hecho generador que daba lugar a la retención del impuesto o, en su defecto, porque no se producía el hecho generador y, por tanto, el impuesto correspondiente a esas utilidades quedaba diferido. Por defecto, el tercer escenario era irrelevante a efectos de impuesto a la renta, ya que —según el artículo 9, numeral 1, de la LRTI— no se considera como distribución de dividendos a la capitalización de utilidades¹⁶.

Sin embargo, la Ley de Transparencia Social cambió considerablemente el esquema anterior. Siendo ahora absolutamente relevantes, a efectos de impuesto a la renta, cualquiera de los destinos que se les conceda a las utilidades no distribuidas.

Cabe mencionar que, de acuerdo con la LC, es derecho de todos los socios o accionistas acceder al menos al 50 % de las utilidades líquidas de la compañía¹⁷. Sin perjuicio de la relevancia de los tres mencionados escenarios, a efectos de este trabajo se analizan únicamente dos, siendo estos la distribución y no distribución de utilidades. El primero se denomina dividendo distribuido y el segundo, dividendo no distribuido.

2.1.3.1. DIVIDENDO DISTRIBUIDO

El dividendo distribuido se da cuando la junta o asamblea decide distribuir las utilidades de la compañía en favor de los socios o accionistas. En ese supuesto, se produce el hecho generador de impuesto a la renta, lo que obliga a la sociedad a efectuar la correspondiente retención en la fuente del mencionado impuesto.

La normativa vigente señala que, cuando se decida distribuir las utilidades, la sociedad tendrá un plazo máximo de noventa días para pagar el dividendo que le corresponda de acuerdo con su participación en la sociedad, salvo que el socio y la compañía acuerden plazo y forma de pago distinta¹⁸. De igual manera, cuando se resuelva la distribución de utilidades, el socio o accionista tendrá un derecho de crédito para el cobro de los dividendos que le correspondan¹⁹. En suma, se trata de la utilidad distribuida a favor de los socios o accionistas porque así el máximo órgano de gobierno de la persona jurídica lo ha decidido.

2.1.3.2. DIVIDENDO NO DISTRIBUIDO

El dividendo no distribuido, por otra parte, consiste en la utilidad que los socios o accionistas han decidido que aún no sea distribuida en su favor. De modo que,

¹⁶ Artículo 9, Ley de Régimen Tributario Interno [LRTI]. R. O. Suplemento 463 del 17 de noviembre de 2004.

¹⁷ Artículo 297, LC.

¹⁸ Id., artículo 298.

¹⁹ Id., artículo 209.

cuando la junta o asamblea no exija su distribución, la utilidad podrá ser enviada a la cuenta contable de patrimonio, utilidades acumuladas o retenidas. De manera que, cuando alguno de los socios o accionistas no exija que se distribuya el dividendo que le corresponda, la sociedad deberá abrir tantas cuentas auxiliares como socios o accionistas no hayan exigido su dividendo, y en las cuentas se deberá registrar el valor que le corresponda a cada uno²⁰.

Previo a la Ley de Transparencia Social, la utilidad generada por las sociedades que no era distribuida a favor de los socios o accionistas tampoco era susceptible de retención de impuesto a la renta. No obstante, ahora, con la mencionada ley, el esquema cambió y las utilidades no distribuidas están sujetas al impuesto a la renta conforme la tabla contenida en la misma ley.

2.2 IMPUESTO A LA RENTA EN ECUADOR

El impuesto a la renta es uno de los tributos más importantes para el Estado ecuatoriano. Su relevancia económica es tal que cualquier análisis en procura de facilitar la recaudación de este impuesto resulta esencial. De acuerdo con los datos estadísticos del Servicio de Rentas Internas, el impuesto a la renta es el segundo tributo que mayor recaudación genera para el Estado, siguiéndole solamente al impuesto al valor agregado (IVA).

Para fines ilustrativos, en el año 2023, la recaudación total de impuesto a la renta fue de USD 5 817 621 000,00; en 2024 ascendió a un total de USD 6 638 921 000,00²¹; es decir, el impuesto a la renta es un importante elemento de financiamiento del presupuesto general del Estado. De este modo, corresponde analizar: (i) el concepto y los elementos de este impuesto, (ii) el tratamiento fiscal del dividendo distribuido dependiendo de quién sea el perceptor de este y (iii) el tratamiento fiscal del dividendo no distribuido.

2.2.1. CONCEPTO Y ELEMENTOS DEL IMPUESTO A LA RENTA

En Ecuador, el impuesto a la renta tiene como objeto gravar la generación de rentas que obtengan las personas naturales, las sucesiones indivisas y las sociedades nacionales o extranjeras. El artículo 2 de la LRTI establece que se entiende como *renta* a los ingresos de fuente ecuatoriana y los ingresos percibidos del exterior²². Es decir, Ecuador aplica un régimen de renta mundial mediante el cual los residentes fiscales ecuatorianos tributan sobre todos los ingresos obtenidos, dentro del territorio y fuera de él.

20 Id., artículo 297.

21 Servicio de Rentas Internas, "Histórico estadísticas generales de recaudación" (2024), <https://www.sri.gob.ec/historico-estadisticas-generales-de-recaudacion>.

22 Artículo 2, LRTI.

El impuesto a la renta se constituye por cuatro elementos esenciales: el hecho generador, el sujeto pasivo, la base imponible y el sujeto activo. Sobre el primer elemento, el hecho generador se refiere “al supuesto de que su ocurrencia da lugar al nacimiento de la obligación tributaria, por lo que, en materia del impuesto sobre la renta, dicho supuesto de hecho ha estado adscrito a los ingresos ordinarios y extraordinarios”²³. El segundo elemento es el sujeto pasivo, este concepto “alude a quienes despliegan o incurren en el supuesto de hecho que da lugar al nacimiento de la obligación tributaria”²⁴, es decir, son los sujetos que la norma obliga a tributar. El tercer elemento es la base imponible, que consiste en “la forma de cuantificar el hecho del que se desprende la obligación tributaria”²⁵. El cuarto elemento alude al acreedor de este impuesto, el artículo 4 LRTI menciona que el sujeto activo de este tributo es el Estado central.

La normativa distingue, al menos, dos grandes grupos de contribuyentes de impuesto a la renta. Por un lado, las personas naturales y, por otro, las sociedades. La base imponible sobre la cual se tributará se obtiene, en términos simplificados, de restar los gastos deducibles de los ingresos gravados. Por último, respecto de la tarifa aplicable, la respuesta varía según el sujeto pasivo. En las personas naturales el artículo 36 de la LRTI establece una tarifa que se extiende desde el 0 % hasta el 37 %, dependiendo de la base imponible obtenida por el contribuyente²⁶. En el caso de sociedades, la tarifa general es del 25 % y, en determinadas circunstancias, podrá aumentar en tres puntos porcentuales²⁷ o, en otros casos, la tarifa podrá bajar por ventajas legales.

2.2.2. IMPUESTO A LA RENTA EN LA DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS

Resulta indispensable hacer un breve repaso al esquema impositivo anterior a la entrada en vigor de la Ley de Transparencia Social, el cual establecía que, cuando el órgano social hubiera aprobado la distribución de dividendos, la sociedad debía actuar como agente de retención de impuesto a la renta respecto de ese dividendo²⁸. La LRTI y su reglamento establecían, y se mantiene en la actualidad, distintos escenarios dependiendo de quién sea el socio o accionista perceptor del dividendo.

Así, previo a la Ley de Transparencia Social, cuando el dividendo era distribuido en favor de una persona natural residente en el país se debía retener, sin perjuicio de que la persona debía considerar el 40 % del dividendo en su

23 Adriana Plazas Cadena y Victoria Eugenia Hoyos Londoño, “Consideraciones generales del impuesto sobre la renta de las personas naturales”, en *Impuesto sobre la renta y complementarios de personas naturales*, ed. R. Insignares Gómez (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2023): 31.

24 *Ibid.*, 31.

25 *Ibid.*

26 Artículo 36, LRTI.

27 *Id.*, artículo 37.

28 *Id.*, artículo 39.2.

renta global, hasta el 25 % de la base imponible —40 % del dividendo efectivamente distribuido— dependiendo de la franja en la que se encontraba el contribuyente perceptor del ingreso. Lo mismo sucedía cuando se distribuía en favor de un no residente cuyo beneficiario final era residente fiscal ecuatoriano. Cuando la distribución era a una persona no residente fiscal ecuatoriana y su beneficiario efectivo tampoco lo era, procedía la retención del 25 % del ingreso gravado. Cuando se distribuía el dividendo a una persona no residente fiscal ecuatoriana, su beneficiario efectivo tampoco era residente fiscal ecuatoriano y se hubiere omitido el deber de reportar su composición societaria, debía retenerse el 37 % de la base imponible. Finalmente, no había retención cuando se distribuía el dividendo en favor de otra sociedad domiciliada en Ecuador.

Con la Ley de Transparencia Social, el esquema impositivo aplicable a la distribución de dividendos cambió a los siguientes términos. Ahora, la regla general es que los dividendos distribuidos por sociedades residentes o establecimientos permanentes en Ecuador están sujetos al impuesto a la renta único del 12 % sobre el valor total distribuido, es decir, contrario a lo que sucedía anteriormente, el dividendo distribuido ya no forma parte de la renta global de su perceptor. A su vez, las sociedades que distribuyan los dividendos serán agentes de retención del 100 % del impuesto causado. Se aclara además que toda distribución a cualquier tipo de contribuyente se considera ingreso gravado, salvo aquellas efectuadas a una sociedad residente en Ecuador o establecimiento permanente en Ecuador de una sociedad no residente.

La tarifa del 12 %, regla general, será modificada en los siguientes tres escenarios. Primero, cuando la distribución de dividendos sea en favor de un no residente fiscal ecuatoriano, la tarifa será del 10 %; sin embargo, si el beneficiario efectivo es residente fiscal ecuatoriano, la tarifa se mantiene en 12 %. Segundo, cuando, simultáneamente, en cualquier nivel de la cadena de propiedad exista un residente en paraíso fiscal o jurisdicción de menor imposición y el beneficiario efectivo sea residente fiscal ecuatoriano, la tarifa será del 14 %. Tercero, la tarifa de 14 % también será aplicable cuando la sociedad que distribuye el dividendo haya incumplido el deber de informar su composición societaria, vale decir, únicamente sobre la porción de dividendos que correspondan a dicho incumplimiento.

Adicionalmente, cuando el perceptor del dividendo sea una persona natural residente fiscal ecuatoriana, tendrá derecho a una franja exenta de tres salarios unificados del trabajador, aplicable a cada sociedad que distribuya. Por otra parte, los dividendos percibidos desde el exterior no están sujetos al impuesto a la renta único, sino que deberán consolidarse en la renta global y someterse a imposición conforme la tabla progresiva, pudiendo utilizar como crédito tributario el valor pagado en el exterior por estos dividendos.

2.2.3. IMPUESTO A LA RENTA SOBRE LAS UTILIDADES NO DISTRIBUIDAS

Entre las varias novedades de la Ley de Transparencia Social, se incorporó una reforma a la LRTI, mediante la cual, ahora, estarán sujetas a impuesto a la renta las utilidades no distribuidas. De modo que, en inicio, el problema identificado por este trabajo estaría prácticamente “resuelto”.

Tras una serie de noticias y avisos por parte del Ejecutivo de turno y sus organismos, ya se preveía una reforma tributaria que buscara evitar el diferimiento de la tributación de las utilidades no distribuidas de las sociedades. De hecho, el boletín emitido el 16 de junio de 2025 por el Gobierno nacional de Ecuador señaló que: “según la información que tiene el SRI, actualmente en Ecuador existen más de USD 29 000 millones de dividendos sin distribuir entre accionistas”²⁹.

De modo que, finalmente, las advertencias se materializaron a través de la Ley de Transparencia Social. En la misma se dispone agregar, a continuación del artículo 39.2 LRTI, el artículo 39.2.1. denominado “[p]ago a cuenta sobre las utilidades no distribuidas”. El cual establece que las sociedades residentes y los establecimientos permanentes en Ecuador de sociedades no residentes que, hasta el 31 de julio de cada ejercicio fiscal, no distribuyan las utilidades acumuladas de los ejercicios anteriores pagarán impuesto a la renta conforme la tabla progresiva contenida en la ley³⁰.

La tarifa correspondiente según la tabla será aplicable sobre el 100 % de las utilidades no distribuidas. Por tanto, una vez transcurrida la fecha máxima para distribuir utilidades —31 de julio— estas serán sujetas al impuesto a la renta. Una vez pagado el impuesto, este podrá ser compensado en dos supuestos. Primero, con la obligación de pagar retenciones, evidentemente, cuando la distribución implique una retención en la fuente de impuesto a la renta. Segundo, con las obligaciones del impuesto a la renta de la propia sociedad, a partir del ejercicio en que se realice la distribución de dividendos o la capitalización de utilidades. En este segundo supuesto, el saldo que no pueda ser compensado podrá ser devuelto. Ya sea que se trate de compensación o devolución de crédito, esto solo se hará en la proporción de utilidades distribuidas o capitalizadas.

Ahora bien, la posibilidad de compensar o solicitar la devolución del crédito producto del impuesto pagado encuentra ciertos límites y varía según el tipo de sociedad. La regla general es que, cuando la sociedad no capitalice o

29 Servicio de Rentas Internas, “Por disposición del Presidente Noboa, por primera vez el SRI pone en lupa ganancias ocultas en ventas de acciones”, *Boletín NAC-COM-25-025* (junio de 2025), <https://www.sri.gob.ec/boletines-2025>.

30 Artículo 39.2.1, LRTI.

distribuya las utilidades dentro de los dos (2) ejercicios fiscales siguientes al cual se pagó la obligación, el valor pagado no podrá ser compensado ni tampoco susceptible de devolución. Dicho saldo deberá ser considerado como gasto no deducible en el ejercicio fiscal en el que fenezca el plazo para capitalizar o distribuir utilidades. Por otra parte, las compañías *holding* o tenedoras de acciones podrán compensar el crédito —producto del pago del impuesto— con la obligación de retención por distribución de dividendos, cuando corresponda, o podrán acceder a su devolución hasta dentro de tres (3) años, evidentemente, siempre que capitalicen las utilidades.

Finalmente, se exceptúa de la obligación del pago de impuesto a la renta sobre las utilidades no distribuidas a los fondos y fideicomisos de inversión, así como a las empresas y sociedades de economía mixta en la parte que corresponda al Estado. Respecto de las instituciones del sistema financiero y de seguros, se excluye de la base para aplicar la tarifa del impuesto a la renta sobre utilidades no distribuidas el monto que no pueda ser distribuido por mandato legal.

2.3. PRINCIPIOS DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA INDEPENDIENTE Y RESPONSABILIDAD LIMITADA DE LAS SOCIEDADES

En procura de analizar la viabilidad de los mecanismos que pueden enfrentar el problema identificado, es menester repasar ciertas características fundamentales de algunas compañías; de manera específica, el principio de la personalidad jurídica independiente y la responsabilidad limitada. La idea de la sociedad mercantil:

toma como punto de partida el derecho romano, avanzando a través de posteriores sistemas jurídicos como el derecho castellano y el derecho napoleónico en la Europa antigua, y de sistemas más recientes en la América Hispana, como el chileno y el argentino, los cuales han sido adoptados formalmente³¹.

Estas entelequias constituyen los vehículos más eficientes para desarrollar actividades económicas por la capacidad de agrupar servicios y, por ende, optimizar costos, como también por los principios y las características que aplican en estas figuras.

Las compañías mantienen una personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios o accionistas. Así, es un ente capaz de contraer derechos y obligaciones en sus relaciones internas y externas. También tiene un patrimonio autónomo constituido por el aporte de los socios, lo que le permite ser un

31 Jorge Núñez Grijalva, *El contrato de sociedad mercantil evolución histórica y elementos fundamentales, desde el derecho romano hasta la ley de compañías de Ecuador* (Ambato: Editorial Pio XII 17, 2019).

ente de imputación jurídica. Finalmente, las responsabilidades u obligaciones adquiridas por la compañía únicamente vinculan a dicha compañía y no se podrán extender a sus socios, salvo casos excepcionales³².

Lo anterior se corrobora en la LC cuando señala que “[l]a compañía, creada por acto unilateral o por contrato, goza de personalidad jurídica propia y, en consecuencia, constituye un sujeto de derecho distinto de sus socios, accionistas y administradores”³³. Del nombrado principio también se derivan los atributos de la personalidad, los cuales pueden variar dependiendo del tipo societario elegido y la legislación aplicable; no obstante, algunos de ellos son nombre, domicilio, capacidad y patrimonio propio e independiente³⁴. Por lo transcrito, el principio de personalidad jurídica tiene por objeto distinguir, principalmente, los patrimonios de la compañía del de sus socios o accionistas.

Ahora, en estrecha relación al principio antes abordado se encuentra la responsabilidad limitada. Este principio encuentra una enorme relevancia en el ámbito societario y en la economía. Personas reconocidas, como Nicolas Murray Butler —ganador del premio Nobel— quien, durante su pronunciamiento en 1911, manifestó: “*I weigh my words when I say that in my judgment the limited liability corporation is the greatest single discovery of modern times. Even steam and electricity are far less important than the limited liability corporation*”³⁵. En palabras de Cataldo, las compañías son entidades separadas y, por tanto, las obligaciones incurridas en el desarrollo del negocio corresponden a la compañía misma y los accionistas no son personalmente responsables de esas obligaciones³⁶.

De este modo, la responsabilidad limitada busca restringir o limitar la responsabilidad de los socios o accionistas a su aporte en la compañía. Cabe mencionar que este principio no es aplicable a todos los tipos de sociedades, pues algunas tienen como elemento de su esencia la responsabilidad ilimitada de sus socios. A modo ejemplificativo, en el caso ecuatoriano, esto ocurre con compañías como la comandita simple.

El análisis precedente sobre dos de los principios más importantes de las compañías permitirá determinar la viabilidad de las alternativas propuestas para solucionar el problema de la imposición tributaria a las utilidades acumuladas. Como se ha evidenciado, estos principios son determinantes en la razón por

32 María Serrano Segarra, *Derecho de sociedades mercantiles (Primera parte)* (Alicante: Universidad Miguel Hernández de Elche, 2023): 1-12.

33 Artículo 17, LC.

34 Francisco Reyes Villamizar, *Derecho societario*, 283.

35 “Sopeso mis palabras cuando digo que, a mi juicio, la sociedad de responsabilidad limitada es el mayor descubrimiento de los tiempos modernos. Incluso el vapor y la electricidad son mucho menos importantes que la sociedad de responsabilidad limitada” (traducción no oficial). Bernard F. Cataldo, “Limited Liability with One-Man Companies and Subsidiary Corporations”, *Law and Contemporary Problems* 18, n.º 4 (1953): 473, <https://doi-org.ezbiblio.usfq.edu.ec/10.2307/1190459>.

36 *Ibid.*, 474.

la cual las compañías son el vehículo más eficiente para emprender actividades económicas.

3. ANÁLISIS DEL PROBLEMA

Una vez concluido el análisis sobre algunas aristas de la normativa fiscal ecuatoriana, se ha podido identificar que, previo a la entrada en vigor de la Ley de Transparencia Social, existía un problema en la recaudación del impuesto a la renta en la distribución de dividendos. Esto en virtud de que la posibilidad de gravar aquellas rentas —dividendos— se encontraba condicionada a la voluntad del socio o accionista de la compañía. Lo cual derivaba en que fuese indispensable analizar alternativas para optimizar el esquema de recaudación. Pese a ya encontrarse “regularizado” mediante la nombrada ley, este trabajo analiza las alternativas que han implementado otras jurisdicciones y ofrece nuevas propuestas que han podido y pueden utilizarse para abordar el problema del diferimiento de la tributación del dividendo no distribuido.

Diversas jurisdicciones han adoptado tratamientos específicos para abordar problemas similares de recaudación en sociedades. Entre las soluciones propuestas se encuentran figuras como el *pass-through*, mediante el cual los ingresos de determinadas entidades se imputan directamente al *income tax* del accionista. Segundo, el *accumulated earnings tax*, un impuesto específico destinado a evitar la acumulación excesiva de utilidades. Tercero, regímenes diseñados para gravar las rentas de sociedades extranjeras bajo control local (CFC).

Un análisis conceptual y doctrinario de estas instituciones —el *pass-through*, el *accumulated earnings tax* y el régimen CFC— permitirá comparar sus efectos y características con la normativa y realidad ecuatoriana, a fin de evaluar la viabilidad de su implementación en el contexto local. Como Freudenberg y Borden señalan, es necesario determinar si la tributación debe aplicarse en ambas entidades separadas, en sus socios o en una combinación de ambos³⁷.

3.1. EL *PASS-THROUGH* Y SU APLICACIÓN EN LOS PRINCIPALES TIPOS SOCIETARIOS

Entre las diversas jurisdicciones sale a relucir la normativa estadounidense. El *federal income tax* en Estados Unidos es el impuesto análogo al impuesto a la renta ecuatoriano. Los norteamericanos han diseñado un régimen fiscal que varía de acuerdo con el tipo o vehículo societario utilizado. Los principales

37 Freudenberg y Borden, “Contribution and Distribution Flexibility”, 355.

tipos societarios usados en Estados Unidos son: (i) las *partnerships*³⁸; (ii) las corporaciones S; (iii) las entidades con único propietario³⁹ y (iv) las corporaciones C. Estas últimas se distinguen del resto de tipos societarios por no utilizar la figura del *pass-through*. Esta figura, desconoce, a efectos fiscales, la personalidad jurídica independiente de la compañía respecto de sus socios y así se encarga de atribuir el ingreso de la compañía, directamente, a la renta del socio⁴⁰. De esta manera, la base imponible del socio necesariamente aumentará y la tributación de esa renta no estará sujeta a su voluntad. Las corporaciones C, a su vez, aplican un sistema similar al ecuatoriano, dividido en dos momentos. En un primer momento, el ingreso se atribuye a la sociedad y esta tributa sobre la utilidad generada. En un segundo momento, hay una imposición adicional cuando se distribuye el dividendo al socio.

En palabras de Freudenberg y Borden, para propósitos fiscales, todo el ingreso de las entidades *pass-through* se asigna y atribuye a sus socios cada año, con independencia de si el dividendo se distribuye o se retiene⁴¹. Esto difiere de la realidad ecuatoriana, donde la separación de los patrimonios y, por ende, de los ingresos no permite atribuir las ganancias de la compañía directamente al socio o accionista, sino hasta el momento en que el órgano social decide distribuir el dividendo. Adicionalmente, la sociedad ecuatoriana también soporta un gravamen fiscal por impuesto a la renta. Es decir, la sociedad está obligada a tributar por la renta generada y el socio por el dividendo distribuido. Sin perjuicio de que ahora, incluso cuando no se distribuyan las utilidades generadas, éstas serán sujetas al impuesto a la renta.

En este sentido, la figura del *pass-through* aporta una ventaja a los contribuyentes personas naturales, pues permite evitar la discutida doble imposición de impuesto a la renta, primero, en la persona jurídica y, segundo, a nivel del socio o accionista persona natural. Mediante esta figura la tributación de las rentas generadas por la compañía es sujeta a imposición a nivel del socio a una tarifa progresiva dependiendo de sus ingresos. Así, el socio o accionista sería el sujeto obligado a atribuirse las utilidades, liquidarlas y declararlas en su impuesto a la renta aplicando la tarifa correspondiente.

Para analizar la figura del *pass-through* es necesario repasar los distintos principios que rigen a las compañías, los cuales juegan un rol determinante al

38 Las *partnerships* pertenecen a dos o más personas. En una *general partnership* cada socio es responsable de las deudas incurridas por el negocio, sin embargo, las utilidades del negocio y la propiedad de sus activos pueden ser divididos de acuerdo con la forma decidida por los socios. Otro tipo son las *limited partnerships*, en ellas debe haber al menos un socio general que sea responsable por cualquiera de las deudas de la *partnership*. Si algún socio deja la *partnership* o muere, o un nuevo socio es introducido, la *partnership* se disuelve y se crea una nueva. Ver Lawrence D. Schall y Charles W. Haley, *Introduction to Financial Management* (Nueva York: McGraw-Hill, 1991).

39 Ibid. Para los autores, los negocios que pertenecen a un solo dueño son las *sole proprietorship*. Estas pueden ser establecidas simplemente por comenzar a vender un producto u ofrecer un servicio. El propietario es personalmente responsable de cualquier deuda del negocio.

40 Graetz et al., *Federal Income Taxation Principles and Policies*, 531.

41 Freudenberg y Borden, "Contribution and Distribution Flexibility", 356.

momento de establecer políticas fiscales. En palabras de Schall y Haley, las organizaciones de negocios y los impuestos están estrechamente relacionados porque los impuestos pagados por la compañía y sus propietarios dependen de cómo está organizada la compañía⁴². En virtud de ello, el diseño de una política fiscal requiere de un profundo análisis sobre las implicaciones que podría generar en otros aspectos, por ejemplo, la personalidad jurídica independiente y responsabilidad limitada de las compañías. Aspectos que, conforme quedó acreditado en secciones precedentes, han determinado el éxito de las compañías como vehículos para emprender actividades económicas.

El *pass-through* busca atribuir el ingreso generado por la sociedad al socio o accionista —persona natural— que es realmente beneficiario efectivo. Esto podría parecer contrario al principio de personalidad jurídica independiente. No obstante, es necesario segmentar la aplicación de este principio en, al menos, dos componentes, el primero, referente al *federal income tax* y, el segundo, en el resto de las relaciones. En el primer componente, el principio de personalidad jurídica no es aplicable, pues la renta de la sociedad se imputa directamente al impuesto del socio. No obstante, en el segundo componente, referente al resto de relaciones —como civiles o laborales— este principio sí aplica pese a ser una entidad *pass-through*⁴³. Ocurre lo mismo con el principio de responsabilidad limitada, pues también es aplicable en algunos tipos societarios considerados *pass-through*.

En lo que respecta a las corporaciones S, Nithman señala que este tipo de entidades proveen un escudo de responsabilidad a los accionistas⁴⁴. Lo propio ocurre con las *limited liability companies* que, en palabras de Nithman, son un método efectivo para proteger activos personales de las responsabilidades y acciones de la compañía⁴⁵. Las *partnerships* pueden tener dos clases de socios, aquellos que son responsables de las deudas y obligaciones de la sociedad y aquellos que tienen responsabilidad limitada⁴⁶. Vale reiterar que a los tipos societarios enunciados les aplica el *pass-through*.

42 Lawrence D. Schall y Charles W. Haley, *Introduction to Financial Management* (Nueva York: McGraw-Hill, 1991).

43 Kimberly Blanchard, "The Significance of Legal Personality for U.S. Tax Purposes", *Business Entities* 18 (marzo-abril de 2016): 4-21, <https://www.proquest.com/trade-journals/significance-legal-personality-u-s-tax-purposes/docview/1783693506/se-2>.

44 Robert W. Nithman, "Business Entity Selection: Why It Matters to Healthcare Practitioners: Part II-Corporations, Limited Liability Companies, and Professional Entities", *The Journal of Medical Practice Management* 30, n.º 6 (mayo-junio de 2015): 379, <https://www.proquest.com/scholarly-journals/business-entity-selection-why-matters-healthcare/docview/1692754182/se-2>.

45 Ibid.

46 Eric H. Franklin, "A Rational Approach to Business Entity Choice", *Kansas Law Review* 64 (abril de 2016): 585-7, <https://scholars.law.unlv.edu/facpub/982>.

3.1.1. ANÁLISIS DEL *PASS-THROUGH* EN EL CONTEXTO ECUATORIANO

Ecuador no se aparta de las razones que incentivan a las personas para emprender actividades comerciales a través de compañías. De modo que, un análisis a la aplicabilidad de esta figura en el contexto ecuatoriano amerita un repaso a: (i) los tipos societarios actuales donde podría aplicarse; (ii) los incentivos para que las personas decidan utilizar sociedades con este régimen y (iii) los objetivos del derecho de sociedades. De igual manera, resulta indispensable analizar su aplicación en los principios de personalidad jurídica independiente y responsabilidad limitada.

Es necesario precisar que, de acuerdo con el modelo norteamericano, la calidad de *pass-through* no la poseen todas las sociedades. De forma que quienes deciden utilizar un vehículo societario en Estados Unidos, tienen libertad de decidir qué tipo societario utilizar: aquellos donde aplica el régimen *pass-through* o aquellos donde no.

Hipótesis similar podría aplicarse en Ecuador. Para ello, deberían efectuarse reformas legislativas que busquen ampliar los tipos societarios para agregar nuevos tipos que posean la figura de *pass-through* o reformar los actuales. Ello sin desconocer la importancia y trascendencia que tienen las actuales sociedades donde no aplica la mencionada figura.

Bajo el modelo antes propuesto, la interrogante que surge es qué tipos de sociedades ecuatorianas deberían tener la calidad de *pass-through*. La respuesta es las sociedades cuya esencia radica en las personas que la conforman, en otros términos, aquellas de carácter personal. Villamizar señala que el régimen *pass-through* “se basa en el concepto según el cual la sociedad de personas constituye tan solo un conjunto de individuos asociados, quienes redistribuyen entre sí los beneficios económicos obtenidos en el emprendimiento común”⁴⁷. Las sociedades con la característica mencionada por el autor —carácter personal— en el ordenamiento jurídico ecuatoriano son las sociedades unipersonales y las *holdings*.

Las sociedades unipersonales son aquellas en las que únicamente hay un socio o accionista. Este tipo de sociedades, en realidad, solo son un escudo que protege al socio o accionista. Por ende, dentro de las ventajas conferidas por estos vehículos se encuentra la posibilidad de diferir la tributación de las utilidades generadas. Supuesto similar ocurre con las sociedades *holdings*, cuyo objeto consiste en la teneduría de derechos representativos de capital. Dentro de las varias ventajas que ofrece este segundo tipo de sociedades, una vez más, existe

47 Francisco Reyes Villamizar, *SAS: La sociedad por acciones simplificadas* (Bogotá: Editorial Temis, 2022): 65.

la potencialidad de diferir la tributación de las utilidades generadas. De ahí que la aplicación del *pass-through* en este tipo de sociedades evitaría el riesgo de diferimiento.

Con base en lo anterior, surge la duda de por qué las personas optarían por utilizar el modelo de sociedades *pass-through* frente a las sociedades en que la tributación es soportada tanto por la sociedad como por el socio. El desarrollo de esta figura en Estados Unidos trae consigo la solución. En dicho país, antes de 1987, la mayoría de las entidades utilizadas eran corporaciones C. No obstante, con el *Tax Reform Act* de 1986 se aumentó la tarifa de tributación de dichas corporaciones, lo que ocasionó que, a partir de 1987, el número de corporaciones S y *partnerships* —ambas *pass-through*— superen el uso de corporaciones C⁴⁸. Ecuador podría implementar un modelo similar, en el que el incentivo para utilizar este tipo de sociedades radique en la tarifa de impuesto a la renta aplicable.

El derecho societario nacional ya prevé un supuesto que busca evitar el uso de sociedades para fines perversos por parte de sus socios o accionistas. Dicha figura se denomina levantamiento del velo societario y se encuentra en el artículo 17 de la LC. La misma tiene lugar cuando “se comprobare que la compañía fue utilizada en fraude a la ley o con fines abusivos en perjuicio de terceros”⁴⁹. Siguiendo con el objetivo de esta figura, parece razonable la aplicación del *pass-through* en algunas sociedades ecuatorianas, puesto que la misma reduciría el incentivo de usar compañías para diferir la tributación de las utilidades generadas. Esto demuestra que la legislación actual ya contiene manifestaciones que buscan reducir el oportunismo de los socios y accionistas, por lo cual la implementación del régimen propuesto únicamente reforzaría tales objetivos.

Finalmente, corresponde repasar la incidencia de esta figura en los principios de personalidad jurídica independiente y responsabilidad limitada. Un primer análisis al régimen *pass-through* parecería denotar el desconocimiento a tales principios. Ello no es del todo errado, pues efectivamente, en lo que concierne a la tributación de la sociedad, no se aplicarían los mencionados principios.

No obstante, el hecho de que fiscalmente se haga a un lado el principio de personalidad jurídica independiente, no implica que el mismo sea absolutamente inaplicable. Este principio subsistirá en el resto de sus componentes, por ejemplo, en la capacidad de contraer derechos y obligaciones, mantener un nombre, nacionalidad, entre otros⁵⁰. Por ello, el sistema propuesto no resultaría en un menoscabo al referido principio. En lo que se refiere a la responsabilidad

48 Graetz et al., *Federal Income Taxation Principles and Policies*, 532.

49 Artículo 17, LC.

50 Freudenberg y Borden, “Contribution and Distribution Flexibility”, 356.

limitada ocurre algo similar a Ecuador, pues la aplicabilidad de esta depende del tipo de sociedad.

Así, la aplicación del *pass-through* en una sociedad no implica necesariamente el desconocimiento o inaplicabilidad de los referidos principios. Además, no se puede hacer a un lado el hecho de que la decisión de utilizar un vehículo societario u otro, por regla general, queda a elección de las personas.

En suma, un repaso a los tipos societarios actuales permite concluir que esta figura puede ser aplicada en las sociedades unipersonales y *holdings* toda vez que su característica principal radica en el beneficiario efectivo y puede dar lugar al problema de diferimiento. Es crucial preguntarse cómo hacer para que las personas escojan sociedades en que aplique esta figura. Como se identificó, el incentivo puede estar en la tarifa de impuesto a la renta aplicable. Finalmente, si bien los principios abordados pueden desconocerse en el ámbito fiscal, estos subsisten en las demás relaciones de la sociedad.

3.2. IMPUESTO A LAS UTILIDADES ACUMULADAS

Otra alternativa para evitar el diferimiento de la tributación de las utilidades acumuladas es el *accumulated earnings tax*. En el período comprendido entre 1913 y 1935 en Estados Unidos se observaba el alto uso de las corporaciones C como estrategia común para evitar la tributación, pues estas corporaciones permitían que los sujetos con mayor riqueza acumularan la renta en este tipo de entidades y no pagaran ciertos impuestos⁵¹. De esta manera, el Congreso norteamericano, en procura de desincentivar el uso de estas corporaciones para retener utilidades y evitar la tributación, aprobó el *Tariff Act* de 1913, el *Revenue Act* de 1921 y el *Revenue Act* de 1934⁵². El *Tariff Act* es el primer instrumento legislativo que reconoce al mencionado impuesto. En esencia, se trata de un impuesto cuyo objetivo inmediato y directo consiste en evitar el uso de sociedades para diferir el pago de impuestos sobre el dividendo.

En palabras de Hall, “*the accumulated earnings tax applies to every corporation formed or availed of for the purpose of avoiding income tax with respect to its shareholders by permitting E&P to accumulate instead of being distributed as dividends*”⁵³. Dicho impuesto no tiene lugar en los tipos societarios donde aplica la figura del *pass-through*. Es en sí una penalidad que se impone a las corporaciones C cuando acumulan utilidades más allá de las necesidades razonables del negocio con el propósito de evadir impuestos a nivel de accionistas⁵⁴.

51 Eric J. Barr, *Valuing Pass-Through Entities* (Nueva York: John Wiley & Sons, 2014), 33.

52 Ibid., 18.

53 C. Wells Hall, III, “Choice of Business Entity After the 2003 Tax Act”, 11. “[E]l impuesto sobre los beneficios acumulados se aplica a toda sociedad constituida o utilizada con el fin de eludir el impuesto sobre la renta con respecto a sus accionistas, permitiendo que las ganancias y pérdidas se acumulen en lugar de distribuirse como dividendos” (traducción no oficial).

54 Ibid., 14.

De acuerdo con el IRS, este impuesto se encuentra sujeto al cumplimiento de dos condiciones. Por un lado, que la corporación haya retenido más ingresos y utilidades de los que se justifican de acuerdo con las necesidades razonables del negocio⁵⁵. Por otro lado, debe haber un intento por parte de la corporación de evadir el *income tax* del accionista⁵⁶. Solo cuando concurren estos requisitos el IRS estará facultado para imponer este impuesto. Sobre este tributo surgen diversas posturas que pueden poner en duda su aplicabilidad. Entre ellas, la más relevante es la subjetividad que puede existir en los criterios que determinan la imposición del impuesto.

El primer criterio se refiere a la retención de utilidades más allá de lo razonablemente necesario. De acuerdo con Plecnik y Ju, la determinación de una acumulación excesiva es subjetiva; empero, cualquier cantidad de ingresos y utilidades puede ser justificada si el contribuyente puede demostrar que la acumulación está atada a una necesidad razonable del negocio⁵⁷. Las cortes norteamericanas y el IRS han restringido la interpretación del concepto *necesidad*, precisando que las mismas deben cumplir los criterios de “*specific, definite and feasible*”⁵⁸.

El segundo criterio se refiere al intento de evadir el *income tax* de los accionistas aplicable al dividendo distribuido. En varios casos en que se impuso el *accumulated earning tax*, resueltos por distintos órganos judiciales estadounidenses, la discusión versaba sobre si la intención de evadir debía ser la razón dominante para no distribuir o solo una razón para no distribuir. La disparidad de criterios fue finalmente resuelta por la Corte Suprema, que señaló que la intención de no pagar impuestos sobre esas utilidades acumuladas no debe ser la razón dominante, sino que basta con que sea una de las razones para que se opte por retener las utilidades⁵⁹.

Son estos dos estándares reconocidos en la normativa norteamericana los que guían al IRS en su facultad determinadora de este impuesto. Ahora, es justo repasar la aplicabilidad de estos criterios en el contexto ecuatoriano.

3.2.1. IMPLEMENTACIÓN DE UN IMPUESTO A LAS UTILIDADES ACUMULADAS EN EL CONTEXTO ECUATORIANO

55 Internal Revenue Service, “Chapter Examination of Returns”, *Internal Revenue Manuals* (2023), https://www.irs.gov/irm/part4/irm_04-010-013.

56 Ibid.

57 James M. Plecnik y Ling Ju, “The Accumulated Earnings Tax: Recent Developments and History”, *Journal of Taxation* 127 (agosto de 2017): 76, <https://www.proquest.com/trade-journals/accumulated-earnings-tax-recent-developments/docview/1929024888/se-2>.

58 Ibid., 76, “específicas, definidas y posibles” (traducción no oficial).

59 Ibid., 81.

A continuación se analiza la viabilidad de introducir en Ecuador un impuesto destinado a gravar las utilidades acumuladas de las compañías. Para ello, se tomarán en consideración los criterios y estándares establecidos en Estados Unidos, criterios que han generado una serie de inquietudes y discusiones.

En Ecuador, la creación de un impuesto debe adherirse a ciertos principios establecidos en el artículo 300 de la Constitución del Ecuador. Entre estos principios se incluyen, por un lado, el de capacidad contributiva, que establece que los impuestos deben ser proporcionales a los ingresos o la capacidad económica de los contribuyentes; y, por otro, el de eficiencia, que propende a aumentar la recaudación fiscal con el menor uso de recursos. Estos principios deben ser respetados en la formulación de nuevas normas fiscales en el país.

La primera discusión que surge sobre la propuesta de un impuesto a las utilidades acumuladas en Ecuador tiene que ver con el principio de capacidad contributiva. El mencionado principio consiste en la “aptitud que expone la existencia de riqueza”⁶⁰ o, de acuerdo con lo sostenido por la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE):

El principio de capacidad contributiva implica que solamente las manifestaciones directas o indirectas de riqueza pueden configurar el hecho generador de una obligación tributaria. Por otro lado, deriva en que los particulares están obligados a contribuir de manera progresiva en función de su capacidad económica⁶¹.

Es decir, a través de este principio se busca que las cargas impositivas a los contribuyentes obedezcan o estén directamente relacionadas con la manifestación de riqueza.

En el régimen del impuesto a las utilidades acumuladas, el ingreso efectivamente no ha sido atribuido al socio de la entidad, pero, de todas formas, el tributo recae sobre ese dividendo no distribuido. En términos contables, el valor sobre el cual se impone el tributo aún no afecta al ingreso del socio o accionista, pues, únicamente a efectos fiscales, se asume que esa renta ya fue atribuida, pero no hay un efecto material o real.

No obstante, de acuerdo con el modelo estadounidense, este impuesto normalmente se aplica a los contribuyentes que tienen control directo de su sociedad, pues en ellos está la voluntad de distribuir las utilidades. Tomando las palabras de Armijos, en este supuesto sí hay una capacidad de riqueza⁶². Empero,

60 Pedro Armijos Gonzalez, “La importancia del principio de capacidad contributiva en el régimen tributario ecuatoriano” *Foro: Revista de Derecho* 36 (julio de 2021): 152, <https://doi.org/10.32719/26312484.2021.36.8>.

61 Sentencia n.º 65-17-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 19 de mayo de 2021, párr. 47.

62 Armijos Gonzalez, “La importancia del principio de capacidad contributiva”, 152.

la misma se encuentra detrás de una puerta que puede abrirse o cerrarse por la sola voluntad del socio o accionista. Sin perjuicio de lo anterior, la propia LC señala que de las utilidades líquidas que resulten se deberá destinar al menos el 50 % para dividendos a los socios que así lo soliciten⁶³.

Bajo tales premisas, no existe razón legal que impida a los socios o accionistas solicitar la repartición de las utilidades generadas por la compañía. Ello evidencia una capacidad de riqueza, oculta detrás de una sociedad, a la cual el socio o accionista puede perfectamente acceder.

La segunda discusión que surge en el análisis de implementar este impuesto versa sobre el principio de eficiencia. Este principio, según la jurisprudencia de la CCE, “implica que la Administración Tributaria pueda cumplir sus competencias bajo el aprovechamiento óptimo de recursos para el cumplimiento de los fines del tributo”⁶⁴. Según Insignares, tomando lo dicho por la Corte Constitucional de Colombia, el principio de eficiencia puede tener “dos aplicaciones diferentes: la eficiencia del tributo y la eficiencia del recaudo”⁶⁵. Respecto de la primera aplicación:

[E]l principio tiene un sentido eminentemente económico vinculado a la relación costo beneficio; si esa relación [...] es positiva, el tributo es eficiente, de lo contrario será ineficiente y este análisis nos permitirá deducir la viabilidad o no de la creación o mantenimiento del tributo⁶⁶.

La segunda aplicación, relacionada con el recaudo, “se relaciona con la instrumentación de estrategias y mecanismos idóneos para el cobro del importe del tributo”⁶⁷. De este modo, el principio de eficiencia se respetará siempre que existan estándares claros de aplicación que reduzcan la subjetividad y el gasto de recursos asociados a su imposición. De igual manera, solo se podrá apreciar su valor y eficiencia sobre la base de los resultados alcanzados por este impuesto.

Como se comentó, el modelo estadounidense para imponer el *accumulated earnings tax* aplica los criterios de (i) la necesidad razonable de retener utilidades y (ii) la intención de diferir la tributación. En Ecuador estos criterios podrían representar problemas en el ejercicio de la facultad determinadora de la administración tributaria, debido a la subjetividad que pueden tener. Ante tal escenario, existen dos alternativas que podrían viabilizar la creación de este impuesto y mitigar el problema de la subjetividad: por un lado, el artículo

63 Artículo 297, LC.

64 Dictamen n.º 4-21-TI/21, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de agosto de 2021, párr. 21.

65 Roberto Insignares Gómez, “Los principios constitucionales del sistema tributario”, en *La obligación tributaria y sus fundamentos constitucionales*, ed. de J. R. Piza (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015): 156.

66 *Ibid.*, 156.

67 *Ibid.*, 157.

17 del Código Tributario y, por otro, la creación de estándares claros para su aplicación.

La aplicación de este impuesto por parte de la administración tributaria tendría que fundamentarse en lo prescrito por el artículo 17 del Código Tributario que, en su segundo inciso, reza:

Quando el hecho generador se delimite atendiendo a conceptos económicos, el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen⁶⁸.

Dicho postulado ha sido interpretado por la CCE como el principio de realidad económica, conforme se desprende de su jurisprudencia:

el segundo inciso de la norma impugnada —en adelante “principio de realidad económica”—, establece que en aquellos casos donde un hecho generador esté dirigido a afectar un fenómeno económico, el análisis que se haga para su calificación deberá enfocarse en las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan antes que en la forma jurídica que lo envuelva⁶⁹.

Este principio busca determinar el hecho generador económico a partir de las relaciones que efectivamente existan, más allá de la forma jurídica utilizada.

Entendido el principio de realidad económica, corresponde analizar el mismo en el contexto bajo estudio, es decir, en el supuesto de que los socios o accionistas difieran la tributación de las utilidades. Para tal propósito, se debe definir si el supuesto descrito atiende a un concepto económico y analizar la intención por la que no se distribuyen las utilidades generadas por la compañía.

Según la jurisprudencia de la CCE, este principio aplica cuando el hecho generador atiende a un concepto netamente económico, por ejemplo, renta⁷⁰. En el caso bajo análisis, el dividendo distribuido constituye una renta gravada para el socio o accionista. En otras palabras, incide o se analiza desde la perspectiva de la renta.

La forma jurídica utilizada es la decisión de no distribuir los dividendos. No obstante, la pregunta que surge es cuál es la intención por la que no se distribuyen tales utilidades. De acuerdo con los estándares fijados, se debería aplicar este impuesto

68 Artículo 17, Código Tributario [CT], R. O. Suplemento 38 del 14 de junio de 2005, reformado por última vez el 28 de agosto de 2025.

69 Sentencia n.º 47-15-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de marzo de 2021, párr. 51.

70 Sentencia n.º 47-15-IN/21, párr. 50.

cuando la intención del contribuyente sea diferir la tributación de las utilidades.

En suma, el artículo 17 del Código Tributario sería la norma que guíe los criterios de aplicación de un impuesto a las utilidades acumuladas. Cuando la administración tributaria, dentro de un proceso de control, determine que se cumplen los criterios —fijados por los estadounidenses—, podrá, a través del principio de realidad económica, imponer este impuesto a las utilidades acumuladas.

La segunda alternativa para la viabilidad de un impuesto a las utilidades acumuladas se basa en la existencia de estándares claros de aplicación. Definido el sustento jurídico que facultaría a la administración tributaria para aplicar este impuesto a los contribuyentes, queda pendiente analizar el estándar argumentativo que debe alcanzar la administración tributaria cuando conmine a un contribuyente al cumplimiento de este impuesto. Lo anterior se debe analizar a la luz del principio de seguridad jurídica. Una lectura *prima facie* a esta propuesta podría inducir a la conclusión de que se requieren normas jurídicas extensas que prevean todos los supuestos o criterios que habiliten a la administración tributaria para aplicar este impuesto. No obstante, sobre este principio la CCE ya se ha pronunciado delimitando su alcance. Al respecto, ha manifestado que:

[E]l contenido del derecho a la seguridad jurídica, no se agota en el respeto a la aplicación subsuntiva de reglas jurídicas, sino que garantiza que la decisión adoptada en un proceso de razonamiento jurídico, como puede ser el proceso de calificación o recalificación de cierto acto jurídico o económico con implicaciones tributarias, independientemente del método o modelo de razonamiento que haya observado, se encuentre suficientemente argumentada⁷¹.

De lo transcrito se evidencia que, si bien este principio garantiza el respeto y cumplimiento de las reglas jurídicas, también busca asegurar que la calificación o interpretación de cierto acto jurídico posea una argumentación suficiente. Por lo cual la constitucionalidad, cuando la administración tributaria imponga a un contribuyente el pago de un impuesto a las utilidades acumuladas, estará condicionada a dos elementos. Por un lado, a la existencia y el respeto de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridades competentes⁷². Por otro, a que las decisiones de la administración tributaria relacionadas a la imposición de este impuesto se encuentren suficientemente motivadas.

71 Id., párr. 36.

72 Artículo 82, Constitución de la República del Ecuador [CRE], R. O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R. O. Suplemento 181 del 15 de febrero de 2018.

En definitiva, dentro de esta sección se ha analizado la constitucionalidad de un impuesto a las utilidades acumuladas en los términos previstos por los estadounidenses a la luz de los principios de capacidad contributiva y eficiencia. Finalmente, se revisaron las alternativas que ofrece el marco jurídico actual para implementar un impuesto como el estudiado. Estas alternativas son el artículo 17 del Código Tributario que habla sobre el principio de realidad económica y el principio de seguridad jurídica que garantiza la objetividad en la imposición del tributo.

3.3. RÉGIMEN CFC Y SU APLICACIÓN

En distintos países se ha implementado el régimen CFC. Este régimen fue creado por los estadounidenses durante los años treinta del siglo pasado y plasmado en el Código de Rentas Internas de 1962⁷³. De igual manera, ha sido impulsado por la OCDE, precisamente dentro de la Acción 3 del Plan de Acciones BEPS con el propósito de evitar el diferimiento de la tributación de las rentas producidas por las sociedades en el exterior. Este régimen busca gravar al residente las rentas generadas por la controlada⁷⁴. Por lo mencionado, se puede señalar que, al menos, se debe tratar de rentas producidas por una sociedad que no sea residente local —del exterior— y que el beneficiario efectivo residente tenga control sobre esa sociedad.

Ecuador introdujo este régimen en el año 2023 con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo. El referido cuerpo normativo reformó la LRTI, que ahora contiene el tratamiento de este régimen. Dentro de ella se señalan las condiciones necesarias para que las rentas sean alcanzadas por el régimen CFC. Este régimen prevé que, una vez que las rentas del exterior formen parte de CFC, estas serán atribuidas al beneficiario final con residencia fiscal en Ecuador, quien deberá liquidar su impuesto a la renta considerando dichas rentas, a pesar de que aún no se encuentren distribuidas.

El artículo 51.1 LRTI establece las condiciones que deben cumplirse para que opere el régimen CFC. Entre ellas, señala las siguientes: (i) que la entidad se encuentre dentro de los tipos de sociedades previstas en el artículo 98 LRTI; (ii) que haya un beneficiario final y efectivo residente fiscal en Ecuador y tenga una participación en la entidad superior al 25 % y (iii) una tasa efectiva de impuesto a la renta o análogo inferior al 60 % a la que corresponda en Ecuador. Dicho régimen, de acuerdo con el artículo 51.2 LRTI, tiene por objetivo atribuir al beneficiario final residente fiscal ecuatoriano las rentas de sociedades extranjeras calificadas como CFC.

⁷³ Castro y Rodríguez Peña, "Las normas de entidades controladas del exterior", 357.

⁷⁴ *Ibid.*, 360.

3.3.1. UN RÉGIMEN INSPIRADO EN CFC

El problema del uso de sociedades para evadir la tributación no solo se presenta en un contexto internacional, sino que también ocurre a nivel interno. Dicho de otro modo, existen sociedades ecuatorianas que acumulan sus utilidades con el propósito de diferir la tributación sobre el dividendo. En este contexto, surge la interrogante de por qué no crear un régimen inspirado en el modelo CFC, pero aplicable a sociedades nacionales. Así, corresponde adaptar las condiciones previstas en la LRTI para implementar un régimen similar a nivel local. Una propuesta para extrapolar este régimen podría incluir los siguientes elementos.

Primero, debe tratarse de una sociedad ecuatoriana en los términos prescritos en el artículo 98 LRTI⁷⁵. Esto debido a que el problema identificado y que se busca resolver es el diferimiento de la tributación de las utilidades generadas por las compañías.

Segundo, el socio o accionista deberá ser una persona natural con una participación efectiva, directa o indirecta, igual o mayor al 25 % del capital, de los derechos a voto, a la distribución de dividendos, utilidades, beneficios o rendimientos, a los remanentes de liquidación o de similares derechos. Además, si los socios o accionistas fueren partes relacionadas se sumará la participación efectiva de cada uno. Lo mencionado encuentra su respaldo en el artículo 4, numerales 1 y 2, RLRTI, pues estos establecen que habrá vinculación por porcentaje de capital cuando los socios o accionistas personas naturales o sociedades, individualmente o con sus cónyuges o parientes, tengan una participación de al menos el 25 % del capital de la sociedad⁷⁶. En otras palabras, para este segundo elemento no se hizo más que aplicar lo que ya prevé el marco normativo.

Tercero, las rentas alcanzadas por el régimen serán aquellas que provengan de ganancias de capital, explotación de propiedad inmobiliaria, dividendos, rendimientos financieros, regalías o cualquier otro tipo de renta pasiva. El tipo de renta pasiva ha sido adoptada por la mayoría de las legislaciones que han implementado el régimen CFC. Así lo reconoce Pascuali cuando señala que:

Otro elemento distintivo es que la gran mayoría de las legislaciones aplican las normas CFC a las rentas pasivas, estas rentas son aquellas que no proceden de una operación o industria activa, y son típicamente las rentas provenientes de intereses, dividendos o *royalties*⁷⁷.

75 Artículo 98, LRTI.

76 Artículo 4, RLRTI.

77 Matías Cristóbal Pascuali Tello, "Corporaciones extranjeras controladas", *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 6 (abril de 2015): 224, <https://revistas.udd.cl/index.php/RDPI/article/view/49>.

La propuesta de régimen no buscará gravar las utilidades generadas por sociedades operativas porque se entiende que puede existir la necesidad de utilizar las utilidades generadas como capital para desarrollar la actividad económica. Dicho de otra manera, se trata de una presunción bajo la cual se asume que las sociedades cuya renta es activa requieren de un mayor flujo para operar.

De esta manera, los socios o accionistas personas naturales que posean participación igual o superior al 25 %, directa o indirectamente, dentro de sociedades cuya renta sea pasiva, deberán tributar con impuesto a la renta las utilidades generadas y no distribuidas por tales sociedades.

De la misma manera, corresponde hacer un breve repaso al principio de capacidad contributiva. Doctrinarios como Castro y Rodríguez, analizando a las entidades controladas del exterior (ECE) en Colombia —entidades análogas a las CFC—, señalan que “constitucionalmente son válidas, pues se entiende que la persona que ejerce el control tiene la capacidad contributiva respecto de los beneficios de la ECE, solo que abusa de su derecho para diferir el ingreso en el país de residencia”⁷⁸. Siguiendo esta línea de pensamiento, el régimen con las condiciones propuestas no vulneraría el principio de capacidad contributiva. Ello debido a que en Ecuador el socio o accionista de una compañía puede libremente solicitar la repartición de utilidades y, además, la LRTI considera partes relacionados a los sujetos que tengan al menos el 25 % de participación dentro del capital de una sociedad.

En conclusión, el régimen propuesto utiliza como fundamento las condiciones que establece CFC con ciertas modificaciones que permiten adaptarlo a las necesidades y el contexto ecuatoriano. Además, el principio de capacidad contributiva no se ve afectado, pues la distribución del dividendo depende de la sola voluntad del socio o accionista.

4. CONCLUSIONES

Este trabajo ha planteado cómo gravar con impuesto a la renta las utilidades acumuladas —no distribuidas— de las compañías. Sin embargo, reconoce que la normativa actual ya contiene un esquema que grava con impuesto a la renta a las utilidades no distribuidas de las sociedades. Más allá de un juicio de valor sobre el esquema impositivo a las utilidades no distribuidas introducido por la Ley de Transparencia Social, se ha buscado analizar otras alternativas que pudieron y pueden solucionar el problema identificado.

Así, se puede concluir que, aparte del modelo impositivo actual a las utilidades no distribuidas, existen tres alternativas para evitar el problema de

⁷⁸ Castro y Rodríguez Peña, “Las normas de entidades controladas del exterior”, 360.

diferimiento de la tributación de los dividendos, evitando así la incidencia negativa que el diferimiento tiene en la caja fiscal. De estas, dos ya han sido implementadas en Estados Unidos, mientras que la tercera constituye una propuesta original de régimen tributario inspirado en el modelo CFC.

La primera alternativa identificada consiste en la institución del *pass-through*, que atribuye los ingresos de la sociedad directamente al ingreso del socio, quien es considerado como beneficiario final y efectivo. La segunda alternativa es la creación de un impuesto a las utilidades acumuladas, basado en los criterios que utiliza Estados Unidos en el *accumulated earnings tax*. Finalmente, se analizó la creación de un régimen inspirado en el modelo CFC, diseñado para gravar las utilidades acumuladas de sociedades nacionales.

Determinadas las alternativas, se revisó la viabilidad de implementar cada una de ellas en Ecuador. Tras ello, se recomienda su aplicación con los siguientes matices. Respecto del impuesto a las utilidades acumuladas, se evidenció que la subjetividad puede llegar a ser un factor problemático en su aplicación; no obstante, ello se puede solucionar mediante servidores públicos con conocimiento y probidad, así como con la implementación de normas jurídicas que regulen claramente este impuesto. La efectividad de este impuesto en otras jurisdicciones como la estadounidense y su objetivo directo e inmediato de solucionar el problema identificado permite concluir que, de las tres alternativas, el impuesto a las utilidades acumuladas es la más viable.

La segunda alternativa que regula de mejor manera el problema analizado es la creación de un régimen inspirado en el modelo CFC. El régimen CFC nace como un proyecto con la intención de evitar el diferimiento de impuestos mediante el uso de entidades en el exterior. No obstante, lo cierto es que esa realidad también se vive a nivel local. Varios contribuyentes se aprovechaban del uso de sociedades para tributar a la tarifa general y no repartir utilidades, evitando así la retención de impuesto a la renta. En este trabajo, de manera resumida, se han analizado algunas condiciones o requisitos que podría tener un régimen que busca abordar este problema. Sin embargo, es necesario reconocer que un proyecto de ley en este sentido requiere de un análisis más profundo.

Para finalizar, la figura del *pass-through* es aquella con mayor dificultad de implementación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La inserción de esta institución requiere de una reforma estructural y significativa en materia tributaria y societaria, toda vez que también implicaría cambiar las características y los principios de algunas sociedades. Pese a tratarse de un cambio con efectos más extendidos, es una discusión que amerita ser planteada.

S&
Co.

Santamaría
Abogados

“Convertimos los conceptos en soluciones ficaces”



Santamaría Abogados



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 reparación del daño precontractual en el sistema civil ecuatoriano: modelos y límites

Remedies for Precontractual Damages in the Ecuadorian Civil System: Models and Limits

BERNARDA HARO AILLÓN*

Recibido / Received: 25/01/25

Aceptado / Accepted: 21/10/25

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3783>

Citación:

Haro, Bernarda. “La reparación del daño precontractual en el sistema civil ecuatoriano: modelos y límites”. *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 2. (noviembre de 2025): <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3783>.

* 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

El sistema civil ecuatoriano regula la responsabilidad a partir de la dualidad clásica del régimen contractual y extracontractual, por lo que ha prevalecido una discusión respecto al tratamiento de la responsabilidad precontractual. Este análisis pretende establecer el régimen aplicable a la responsabilidad precontractual y la medida de reparación del daño. Para ello, se analizan tres supuestos: (a) ruptura injustificada de tratativas; (b) contratos afectados en su validez; y (c) contratos válidos pero desventajosos para una parte. El estudio presenta tres hallazgos principales. Primero, el régimen de responsabilidad aplicable a todos los supuestos es el extracontractual por su carácter residual. Segundo, la reparación pecuniaria debe considerar el interés negativo que comprende el daño emergente y la pérdida de oportunidad. La única hipótesis para reparar el interés positivo es la introducción de deberes precontractuales al contenido del contrato. Tercero, son procedentes las medidas de reparación no pecuniarias para reajustar el equilibrio contractual.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad precontractual; tratativas; daño precontractual; *culpa in contrahendo*; ruptura injustificada

ABSTRACT

The Ecuadorian civil system regulates liability based on the classic duality of the contractual and extracontractual regime, which is why the treatment of precontractual liability has been constantly discussed. This analysis looks to establish the applicable regime to precontractual liability and the remedy for the precontractual damage. To this end, three categories of precontractual liability are analyzed: (a) unjustified rupture of negotiations; (b) contracts affected in their validity; and (c) valid but disadvantageous contracts for one of the parties. The study presents three main findings. First, the regime applicable to all precontractual categories is extracontractual due to its residual nature. Second, pecuniary compensation must consider the negative interest that includes consequential damage and loss of opportunity. The only hypothesis to repair the positive interest is the introduction of precontractual duties to the content of the contract. Third, non-pecuniary reparation measures are applicable to readjust the contractual balance.

KEYWORDS

Pre-contractual liability; negotiations; pre-contractual damage; good faith; breach of negotiations

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual quien ha infringido el deber jurídico de no dañar a otros tiene la obligación de indemnizar los daños producidos. Los sistemas civiles clásicos, como el nacional, que optan por una tesis dualista, clasifican a la responsabilidad en contractual y extracontractual¹. A partir de ello surge la discusión respecto al tratamiento de la responsabilidad precontractual, derivada de una transgresión al *alterum non laedere* en la negociación del contrato.

El sistema civil nacional no regula la responsabilidad precontractual. En consecuencia, cabe, en primer lugar, examinar el régimen de responsabilidad aplicable; y, en segundo lugar, analizar la medida de reparación del daño precontractual.

Para el análisis se clasifican las hipótesis de responsabilidad precontractual en tres categorías: a) supuestos que impiden la formación del contrato; b) supuestos que permiten la formación del contrato, pero afectan su validez; y c) supuestos que resultan en contratos válidos pero desventajosos para una parte. Respecto a la medida de reparación del daño se examinan tres modelos: a) interés negativo limitado al daño emergente; b) interés negativo que incluye el daño emergente y la pérdida de oportunidad; y c) interés positivo que abarca el daño emergente y lucro cesante. Además, se aborda la procedencia de remedios distintos a la indemnización pecuniaria.

Para abordar la cuestión, se emplea un análisis deductivo que parte de los principios generales así como la comparación jurídica en dos dimensiones. Desde la óptica interna se estudian las normas del Código Civil que ilustran la aplicación de la responsabilidad precontractual. Desde el plano externo, se examina el tratamiento de esta institución en sistemas dualistas; entre ellos se destacan los regímenes chileno y colombiano, que son análogos al régimen nacional.

El presente análisis concluye, en primer lugar, que el régimen de responsabilidad extracontractual es aplicable a la responsabilidad precontractual por su sistema de cláusula general. En segundo lugar, en cuanto a la medida de reparación, acoge la indemnización basada en el interés negativo, salvo que los deberes precontractuales se proyecten en el contenido del contrato. Además, aboga por la procedencia de remedios no pecuniarios.

1 Hernán Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (Chile: Thomson Reuters, 2003), 26.

2. POSTURAS SOBRE EL RÉGIMEN APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

El régimen aplicable a la responsabilidad precontractual no es pacífico. Esto se debe a que el alcance de cada régimen también se encuentra dividido. En cuanto a la responsabilidad contractual, se discute si es aquella derivada de un incumplimiento obligacional² o aquella derivada de un incumplimiento exclusivamente contractual³. Respecto a la responsabilidad extracontractual, se discute si es aquella derivada de delitos o cuasidelitos civiles⁴ o del régimen residual aplicable ante la ausencia de vínculos contractuales u obligacionales⁵.

En consecuencia, existen posturas contrarias respecto al régimen aplicable. Por un lado, Díez-Picazo⁶ y Monsalve Caballero⁷ entienden el régimen contractual a partir de una interpretación que abarca todo incumplimiento obligacional. Por tanto, califican como obligaciones a las conductas exigibles en la fase precontractual. Por el contrario, Albaladejo⁸, Ospina Fernández⁹, Barros Bourie¹⁰ y Parraguez Ruiz¹¹ adoptan el régimen extracontractual por su carácter residual. Esta discusión ha sido plasmada en la jurisprudencia que también se encuentra dividida en este punto¹².

En cuanto a la medida de reparación, la postura mayoritaria se inclina por el interés negativo que busca colocar a la víctima en la situación en la que se encontraría si no hubiese oído sobre el contrato¹³. Sin embargo, recientemente se ha abordado la posibilidad de incluir el interés positivo, es decir, aquel que busca colocar a la víctima en la situación en la que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido¹⁴. En el ámbito comparado se discute, además, la posibilidad de otorgar remedios distintos a la reparación pecuniaria¹⁵.

2 René Abeliuk Manasevich, *Las obligaciones, tomo I* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2009), 124.

3 Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual* (Bogotá: Temis, 2009), 39.

4 Jorge Joaquín Llambías, *Tratado de derecho civil: Parte general, tomo II* (Buenos Aires: Perrot, 1997), 62.

5 Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago de Chile: Ediar Editores, 1983), 80.

6 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial* (Pamplona: Thomson Civitas, 2007), 325.

7 Vladimir Monsalve Caballero, *Responsabilidad precontractual* (Bogotá: Ibáñez, 2014), 341.

8 Manuel Albaladejo, *Derecho civil II: Derecho de las obligaciones* (Madrid: Edisofer, 2008), 378.

9 Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Fernández, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (Bogotá: Temis, 2000), 151.

10 Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 131.

11 Luis Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021), 870.

12 A favor de la tesis contractual en Chile, ver Causa CL/JUR/788/2018, Corte Suprema de Justicia, 12 de abril de 2012. A favor de la tesis extracontractual en Ecuador: Causa 215-2014, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de noviembre de 2014; en Colombia: Causa 1-1001-3103-036-2004-00037-0, Corte Suprema Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de agosto de 2014; y en España: Causa 405/1998, Tribunal Supremo de España, 16 de mayo de 1988.

13 Carmen Jerez Delgado, "Daño indemnizable en la responsabilidad precontractual", en *Derecho de daños 2020*, dir. Mariano José Herrador Guardia (Madrid: Francis Lefebvre, 2020), 657-712.

14 Causa 19001-3103-003-2000-00183-01, Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, 5 de agosto de 2014.

15 María Paz García Rubio y Marta Otero Crespo, "La responsabilidad precontractual en el derecho contractual europeo", *InDret Revista para el Análisis del Derecho* 2 (2010): 49, <https://indret.com/la-responsabilidad-precontractual-en-el-derecho-contractual-europeo>.

En el único caso que trata la responsabilidad precontractual a nivel nacional, a Corte Nacional de Justicia (en adelante CNJ) se inclinó por el régimen extracontractual y definió el monto de la reparación con base en el interés negativo. No obstante, en el *quantum* incluyó valores propios del interés positivo¹⁶. Además, la CNJ no consideró la posibilidad de otorgar remedios distintos a una indemnización pecuniaria.

3. LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL EN ECUADOR

El Código Civil mantiene el sistema dualista de responsabilidad desde 1860¹⁷. El Título XXXIII del Libro IV regula la responsabilidad extracontractual a partir de los delitos y cuasidelitos. Por su parte, Título XII del Libro IV, que se refiere al efecto de las obligaciones, regula la responsabilidad contractual a partir de las obligaciones contractuales.

En virtud de su concepción dualista, el Código no prevé un régimen para la responsabilidad precontractual. A pesar de que esta teoría fue desarrollada por la doctrina alemana en la misma época, no fue contemplada por el Código de Bello¹⁸.

En Ecuador, el punto de partida es el caso Prophar S. A. c. Merck¹⁹. En el año 2002, las farmacéuticas Prophar S. A. y Merck Sharp & Dohme iniciaron negociaciones para que la primera adquiriera una planta industrial de la segunda. Tras un año de negociaciones, Merck impuso nuevas condiciones que fueron parcialmente aceptadas por Prophar S. A. Sin embargo, en enero de 2003, Merck terminó abruptamente las negociaciones y celebró el contrato con un tercero.

En primera y segunda instancia, así como en casación, la discusión se centró en cuestiones de libre competencia. No obstante, tras el planteamiento de una acción extraordinaria de protección, se ordenó que se dicte una nueva sentencia de casación como medida de reparación²⁰. Así, en 2014 la CNJ examinó por primera vez el régimen aplicable a la responsabilidad precontractual y la medida de reparación del daño.

16 Causa 215-2014, pág. 174.

17 Código Civil, R.O. Suplemento 46 del 24 de junio de 2005.

18 Catalina Salgado Ramírez, "Consideraciones históricas acerca de la responsabilidad precontractual antes de Rudolf von Jhering: Aproximación doctrinal", *Revista de Derecho Privado* 22 (2012): 297.

19 Causa 215-2014.

20 Parraguez, "La responsabilidad precontractual", 205.

4. FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

Para la mayor parte de la doctrina continental, la responsabilidad precontractual encuentra su fundamento en el principio de buena fe. Este criterio ha sido recogido, por ejemplo, en instrumentos de *soft law*, entre los cuales destacan los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (en adelante principios UNIDROIT)²¹ y los principios de derecho europeo de contratos (en adelante PDEC)²².

En el Código Civil, la buena fe contractual está regulada en el artículo 1562, a partir de su dimensión objetiva que impone un estándar de lealtad a los negociantes. Se trata de una conducta que “un contratante medianamente correcto y leal se siente en el deber de hacer o no hacer”²³. Por otro lado, el deber jurídico de no dañar, propio del régimen extracontractual, exige la conducta de “una persona razonable [...] con miras a respetar los intereses ajenos”, según las circunstancias²⁴.

La doctrina autorizada de Parraguez Ruiz se decanta por el régimen extracontractual y sostiene, como fundamento de la responsabilidad precontractual, que la buena fe objetiva es extensiva en todo el *iter* contractual²⁵.

Al contrastar ambos criterios, consideramos que se trata de un mismo estándar de conducta, a pesar de que el *alterum non laedere* es más amplio. Así, por una cuestión de concordancia con la estructura civil nacional, la adopción del régimen contractual conllevaría la aplicación de la buena fe objetiva, mientras que, en la adopción del régimen extracontractual, parecería innecesaria la extensión de la buena fe contractual al ámbito precontractual, puesto que el *alterum non laedere* aplica el mismo estándar de conducta. Esta propuesta fue aplicada, por ejemplo, por el Tribunal Supremo Español (en adelante TSE), que, en adopción del régimen extracontractual, fundamentó la responsabilidad precontractual en el deber jurídico de no dañar²⁶.

5. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

El ordenamiento jurídico impone pautas de conducta durante las tratativas. Entre ellas destacan: a) la manifestación de información relevante para la celebración del contrato; b) la confidencialidad de información sensible revelada

21 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* (Roma: UNIDROIT, 2016), artículo 2.1.15.

22 Esther Arroyo i Amayuelas, “Los principios del derecho contractual comunitario”, *ADC* 61 (2008): 101, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2008-10021100239.

23 Francesco Galgano, *El negocio jurídico* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1992), 454.

24 Diego Papayannis, “La práctica del *alterum non laedere*”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho* 41 (2014): 50. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182014000200003.

25 Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 857.

26 Causa 405/1998.

con ocasión de las negociaciones; y c) la prohibición de abandonar las negociaciones de manera injustificada²⁷.

Estas pautas, en los sistemas de tradición civilista, no son vinculantes. Como señala Barros Bourie, mientras no existe consentimiento no nacen obligaciones entre las partes, sino únicamente deberes de cuidado derivados del contacto negocial²⁸.

El elenco de deberes exigibles en la fase precontractual es amplio. Para efectos de este estudio, se plantea un criterio de clasificación que atiende a parámetros de perfeccionamiento y validez. Así, se analizan supuestos que a) impiden la formación del contrato; b) permiten la formación del contrato, pero afectan su validez; y c) permiten la formación de un contrato válido pero desventajoso para una parte.

5.1. RUPTURA INJUSTIFICADA DE TRATATIVAS

Este supuesto ha sido contemplado en distintos regímenes jurídicos; entre ellos, el nacional. El Código de Comercio se refiere al deber de buena fe en las tratativas e impide su interrupción injustificada²⁹. Si bien existe una tendencia a establecer responsabilidad en este supuesto, su alcance no es uniforme. La postura mayoritaria se inclina por limitar la libertad contractual en negociaciones avanzadas³⁰. Cabe resaltar, sin embargo, que la trasgresión no es el retiro de las negociaciones, sino la trasgresión a las expectativas legítimas de la contraparte sin justificación³¹.

La determinación de expectativas legítimas ha sido desarrollada con el fin de establecer criterios objetivos. Se ha señalado que la generación de confianza requiere, al menos, una consideración de los elementos esenciales del contrato. Este criterio fue considerado en el caso *Prophar S. A. c. Merck*³². También se ha planteado un examen de la conducta de ambas partes, con el fin de descartar una suposición precipitada o negligente de una de ellas en cuanto a la celebración del contrato³³.

El TSE definió los requisitos para establecer responsabilidad en este supuesto: a) la suposición de confianza razonable respecto a la plasmación del contrato, b) el carácter injustificado de la ruptura de los tratos, c) el daño a una de las

27 Oviedo, "Tratos preliminares y responsabilidad precontractual", 95.

28 Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 1003.

29 Artículo 221, Código de Comercio, R.O. Suplemento 497 del 29 de mayo de 2019.

30 Lilian San Martín Neira, "Responsabilidad precontractual por ruptura injustificada de negociaciones", *Revista Chilena de Derecho* 40 (2013): 322. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4244884.pdf>.

31 Causa 1872/2010, CS de Chile, 29 de diciembre de 2011.

32 Causa 215-2014.

33 Causa 1999/4105, TSE, Sala Primera de lo Civil, 14 de junio de 1999.

partes y d) la relación de causalidad entre el daño y la confianza generada³⁴. Los presupuestos señalados son aquellos de la responsabilidad extracontractual, lo cual da luces sobre el régimen aplicable.

5.2. CONTRATOS INVÁLIDOS

Un vicio de nulidad puede generar responsabilidad precontractual por falta al deber de información durante las negociaciones cuando una parte conocía o debía conocer el vicio. Esta hipótesis es la semilla de la *culpa in contrahendo* planteada por Von Ihering y en la actualidad configura un supuesto típico en el sistema alemán³⁵. Dado que el sistema nacional contempla un régimen de anulabilidad³⁶, este supuesto se enmarca en contratos que han sido declarados nulos y, además, han generado perjuicios.

Cabe notar que las restituciones mutuas no configuran *per se* la reparación al daño³⁷. Su naturaleza jurídica es restitutoria y no reparatoria, puesto que el fin es devolver a las partes a la situación en la que se encontraban previo a la celebración del contrato³⁸. Esto, sin embargo, no contempla los daños generados como consecuencia de un contrato nulo, que, como ha señalado la jurisprudencia francesa, deben ser objeto de reparación³⁹.

De manera ilustrativa se plantean dos supuestos de responsabilidad precontractual que permiten la formación del contrato, pero afectan su validez por una causa imputable a una parte. Específicamente, se aborda el error y dolo como supuestos que vician el consentimiento⁴⁰. De acuerdo con el Código Civil, estos vicios son sancionados con nulidad relativa a petición de la parte afectada⁴¹.

El primer supuesto es el dolo principal, es decir, aquel imputable a una de las partes. El dolo como vicio del consentimiento constituye “toda especie de maniobras reprobadas por la buena fe”⁴². Los Principios UNIDROIT toman una postura similar. Además, se refieren específicamente al deber de información y califican como dolo a la omisión de revelar circunstancias relevantes de acuerdo con criterios razonables de lealtad negocial⁴³.

34 Causa 527/1999, TSE, Sala Primera de lo Civil, 14 de junio de 1999.

35 Oviedo, “Tratos preliminares y responsabilidad precontractual”, 103.

36 Artículos 1699 y 1700, CC.

37 Luis Díez-Picazo, “Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental”, *ADC* 62 (2009): 1046.

38 Ruperto Pinoche Olave y Ricardo Concha Machuca, “Las prestaciones mutuas en caso de nulidad de contrato: Carácter indemnizatorio o restitutorio en el derecho civil chileno”, *Revista de Derecho Privado* 28 (2015): 133.

39 Causa 00-10-243, Sala de lo Civil de la Corte de Casación de Francia, 26 de noviembre de 2003.

40 Artículo 1467, CC.

41 Artículo 1700, CC.

42 Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, tomo XI* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979), 220.

43 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, artículo 3.2.5.

En el ámbito contractual, el Código Civil se refiere al dolo como la decisión consciente de incumplir lo pactado⁴⁴; y, en el régimen extracontractual, como la intención de causar daño⁴⁵. Si bien el Código no define al dolo en materia de vicios del consentimiento, la jurisprudencia ha establecido que este configura un engaño que tiene como fin que la otra parte celebre el contrato⁴⁶.

Un segundo supuesto es el error que, como vicio del consentimiento, configura una falsa representación que la parte atribuye a declaraciones o comportamientos, por lo que otorga un significado distinto al que tiene objetivamente⁴⁷. En este caso, el error se deriva de la falta al deber de información, por lo que es imputable a una parte. Este deber está supeditado a tres consideraciones: a) la carga está en la parte que pueda obtener la información a menor costo; b) el cumplimiento del deber de autoinformación sobre los aspectos relevantes del negocio jurídico; y c) la pertinencia de la información⁴⁸.

5.3. CONTRATOS VÁLIDOS PERO DESVENTAJOSOS

Existen supuestos en los que durante la etapa precontractual se configuró un daño; sin embargo, no se permite a la parte afectada una desvinculación contractual, a pesar de que se encuentra en una situación de desventaja. La desvinculación podría no ser posible porque el hecho no alcanza la categoría de vicio del consentimiento. En otros casos, la relación contractual podría haber terminado. Por último, la parte afectada simplemente podría buscar una reparación del daño, sin interés en una desvinculación contractual.

Un modelo de la primera hipótesis se encuentra en los PDEC⁴⁹. Se refiere a un contrato basado en información incorrecta que, si bien no alcanza la categoría de error, permite a la parte afectada exigir una indemnización.

Esta categoría ha sido analizada por Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga. Los autores califican a este supuesto como errores ligeros que no vician la voluntad⁵⁰. Si bien la parte afectada no tiene acción de nulidad, su contraparte debe asumir el riesgo de la asimetría de información al haber otorgado datos incorrectos sin justificación⁵¹.

44 Artículo 1574, CC.

45 Artículo 29, CC.

46 Raymond Marchal y Leonie Oliver c. René Elie, CSJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 10 de diciembre de 1959, pág. 3.

47 Emilio Betti, *Teoría general de las obligaciones, tomo I* (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969), 312, citado en Luis Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica), 438.

48 Juan Goldenberg Serrano, “¿Existe un deber del deudor de conocer e informar su situación de insolvencia al tiempo de contratar?”, *Revista de Derecho* 32, n.º 2 (2019): 101-21, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7262372>.

49 Esther Arroyo Amayuelas, “Los principios del derecho contractual comunitario”, 106.

50 Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Derecho civil* (Santiago de Chile: Nascimento, 1961), 335.

51 Carmen Jerez Delgado, *Principios, definiciones y reglas de un derecho civil europeo: El Marco Común de Referencia (DCFR)* (Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015), 104.

Otro supuesto es el vicio de sorpresa o intimidación planteado desde el derecho de consumo. Para Solé Feliu, el acoso disminuye la libertad del consumidor, por lo que debería ser considerado un vicio del consentimiento⁵². En la legislación ecuatoriana, existe una referencia a este supuesto en la Ley Orgánica de Regulación y Control de Poder de Mercado que sanciona estas conductas con una multa, aunque no compromete la validez del contrato⁵³. Esto no obsta, sin embargo, que el consumidor pueda reclamar los daños generados.

Además, está el supuesto de dolo incidental recogido en el Código Civil⁵⁴. Este dispone que el dolo de un tercero no vicia el consentimiento, pero otorga una acción reparatoria. El daño, entonces, se traduce en las “condiciones diversas que hubieran sido económicamente más favorables al contratante cuya voluntad fue desviada a causa del dolo”⁵⁵.

Otro supuesto interesante es aquel en el que existe un vicio de nulidad, pero la parte afectada no busca una desvinculación contractual. El TSE examinó esta posibilidad y la respuesta fue afirmativa en cuanto no existe en el Código Civil español una norma que excluya esta posibilidad y, además, existe una norma expresa que admite como compatibles y, al mismo tiempo, independientes de la acción resolutoria y la de resarcimiento⁵⁶.

El mismo razonamiento es aplicable al sistema nacional, puesto que en esta materia la normativa es análoga. El Código Civil no cuenta con una norma expresa que admita una acción indemnizatoria sin que medie la acción de nulidad. Sin embargo, contempla la independencia de la acción indemnizatoria en el contexto de la resolución contractual⁵⁷. Por tanto, en línea con la jurisprudencia española, es admisible reparar el daño causado por un vicio en la fase precontractual, sin perder el vínculo contractual.

Por último, está la vulneración al deber de confidencialidad. Cabe notar que, si bien el hecho es independiente de la celebración del contrato, se incluye en esta categoría porque la falta no afecta al perfeccionamiento o validez contractual. Este deber ha sido contemplado por los PDEC⁵⁸ y los principios

52 Josep Solé Feliu, “La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual: textos, principios europeos y propuestas de reforma en España”, *InDret* 4 (2016): 4. <https://indret.com/la-intimidacion-o-amenaza-como-vice-del-consentimiento-contractual-textos-principios-europeos-y-propuestas-de-reforma-en-espana>.

53 Artículo 27(10), Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, R. O. Suplemento 555 del 13 de octubre de 2011.

54 Artículo 1474, CC.

55 Antonino Cataudella, *I contratti: Parte generale* (Turín: Giappichelli Editore, 2019), 112-3, citado en Nieves Fenoy Picón, “El dolo en el período precontractual: Vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga”, *ADC* 73, n.º 4 (2020): 1374. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7853289>.

56 Causa 924/2000, TSE, Sala Primera de lo Civil, 18 de enero de 2007.

57 Artículo 1505, CC.

58 Esther Arroyo Amayuelas, “Los principios del derecho contractual comunitario”, 302.

UNIDROIT⁵⁹ y se refiere a la abstención de divulgación de información sensible que una o ambas partes han compartido con motivo del contacto negocial.

6. RÉGIMEN APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

La responsabilidad precontractual no obedece rigurosamente a parámetros de responsabilidad contractual o extracontractual, por lo que consideramos que su naturaleza jurídica en estricto sentido pertenece a un *tertium genus*. Sin perjuicio de ello, ante el sistema dualista de responsabilidad que mantiene el ordenamiento ecuatoriano, analizamos cada categoría de responsabilidad precontractual y concluimos que el régimen aplicable es el extracontractual a causa de a) la interpretación restrictiva otorgada al régimen contractual y b) la concepción residual del régimen extracontractual.

6.1. RUPTURA INJUSTIFICADA DE TRATATIVAS

La determinación del régimen aplicable a la responsabilidad precontractual en este supuesto no es pacífica. La cuestión se agudiza porque la doctrina también discute el alcance de cada régimen. Respecto a la responsabilidad contractual, Abeliuk Manasevich⁶⁰, Vodanovic Haklicka⁶¹ y Alessandri Rodríguez⁶² sostienen que se requiere una obligación previa. Por otro lado, Velásquez Posada⁶³, Tamayo Jaramillo⁶⁴ y García Vásquez⁶⁵ se refieren exclusivamente a una obligación contractual.

La jurisprudencia nacional se ha inclinado mayormente por una interpretación restrictiva. Así, la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ), señaló que la responsabilidad contractual “se origina en la celebración de un contrato”⁶⁶. A pesar de que el alcance del régimen contractual guarda relevancia teórica y práctica, la discusión no incide fundamentalmente en materia de responsabilidad precontractual en cuanto no existen obligaciones contractuales o de otra fuente.

Por otro lado, la respuesta tampoco es pacífica respecto al alcance del régimen extracontractual. Abeliuk Mavasevich⁶⁷ y Llambías⁶⁸ limitan su aplicación a los delitos y cuasidelitos, mientras Alessandri Rodríguez⁶⁹ y Vodanovic

59 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, artículo 2.1.16.

60 Abeliuk, *Las obligaciones*, tomo I, 124.

61 Arturo Vodanovic Haklicka, *Curso de derecho civil, tomo III* (Santiago de Chile: Nascimento, 2006), 124.

62 Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual*, 80.

63 Velásquez, *Responsabilidad civil extracontractual*, 39.

64 Tamayo, *Tratado de responsabilidad civil, tomo I*, 68.

65 Diego García Vásquez, “La responsabilidad contractual”, *Responsabilidad Civil y del Estado* 4 (2008): 177.

66 Causa 142-2001.

67 Abeliuk, *Las obligaciones*, tomo I, 124.

68 Llambías, *Tratado de derecho civil: Parte general, tomo II*, 62.

69 Alessandri, *De la responsabilidad extracontractual*, 80.

Haklicka⁷⁰ adoptan una postura amplia y concuerdan que este es el régimen residual, aplicable en los casos que escapan el régimen contractual. La determinación del alcance de la responsabilidad extracontractual es fundamental para delimitar el régimen aplicable a la responsabilidad precontractual.

La jurisprudencia nacional se ha inclinado por una postura amplia y ha señalado que la responsabilidad extracontractual aplica ante la ausencia de obligaciones⁷¹. Por su parte, la jurisprudencia chilena ha tomado la misma postura con base en su Código Civil que guarda armonía con el ecuatoriano en materia de responsabilidad. Así, señaló que: “la regla general es la responsabilidad extracontractual [...] aplicable a cualquier acto que no sea la ejecución de un contrato que cause perjuicio a otro”⁷².

El carácter de cláusula general del régimen extracontractual es armónico con la postura restrictiva adoptada para el régimen contractual. Así, el régimen extracontractual resulta aplicable ante la ausencia de vínculos contractuales. En este sentido también se ha pronunciado Corral Talciani respecto del Código Civil chileno que, en términos análogos al Código Civil nacional, regula a la responsabilidad civil a partir de una postura dualista⁷³.

La doctrina que aboga por la aplicación del régimen contractual se refiere a la formación de una relación jurídica entre los negociantes. En este sentido se han pronunciado autores como Díez-Picazo⁷⁴. Esta postura, sin embargo, no es aplicable al sistema nacional porque en la fase precontractual surgen únicamente deberes jurídicos, puesto que no existe contrato perfeccionado ni obligaciones jurídicas⁷⁵.

A partir de un fundamento distinto, Monsalve Caballero señala que el régimen contractual es procedente por el principio de integración. En virtud de ello, se agregaría al contenido del contrato las expectativas razonables generadas en las negociaciones⁷⁶. Sin embargo, no sería posible aplicar la integración contractual si no existe un contrato⁷⁷.

Desde otra perspectiva, Risueño propone aplicar el régimen contractual porque los efectos de los acuerdos en las negociaciones serían análogos a los contractuales⁷⁸. La postura no es procedente porque en el sistema civil nacional un acuerdo no es equivalente a un contrato. Según el Código Civil, un contrato

70 Vodanovic, *Curso de derecho civil*, tomo III, 196.

71 Causa 142-2001.

72 Victor Loewenwarter y Roberto Sánchez, *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas: Código Civil y leyes complementarias*, tomo X (Santiago de Chile: Edición Jurídica de Chile, 1998), 27.

73 Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 26.

74 Díez-Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, 326.

75 Barros, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 1003.

76 Monsalve, *Responsabilidad precontractual*, 341.

77 Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 867.

78 Manuel Risueño, “De las obligaciones precontractuales”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 1 (2010): 493.

es un tipo negocial específico que crea obligaciones⁷⁹. Para ilustrar, en el caso Prophar S. A. c. Merck existieron acuerdos sobre elementos esenciales del negocio. Sin embargo, dado que no se perfeccionó el contrato, estos acuerdos no califican como obligaciones jurídicas⁸⁰.

En este sentido se pronunció la CNJ en el caso Prophar S. A. c. Merck⁸¹ y, además, esta postura ha sido confirmada por el legislador a partir de la regulación de un supuesto de responsabilidad precontractual en el Código de Comercio. La norma se refiere expresamente a acciones de responsabilidad extracontractual para reparar los daños generados por el retiro injustificado de las tratativas⁸².

6.2. CONTRATOS INVÁLIDOS

Von Ihering instauró la tesis contractualista con el planteamiento de la *culpa in contrahendo*⁸³. La postura se fundamentó en el principio de tipicidad de acciones para extender a la responsabilidad precontractual la acción del correspondiente contrato⁸⁴. Además, desde las hipótesis de invalidez, sostuvo que la declaratoria de nulidad de un contrato invalida las obligaciones contractuales, mas no todos sus efectos, como la obligación de reparar el daño cuando la obligación se ha tornado imposible⁸⁵.

En el sistema alemán, la postura mayoritaria aboga por el régimen contractual. No obstante, el régimen extracontractual alemán es *numerus clausus*, es decir, contempla supuestos taxativos para su aplicación. Por el contrario, la mayoría de regímenes extracontractuales latinoamericanos son *numerus apertus*, al optar por un sistema de cláusula general⁸⁶. Por esta razón estructural, la construcción del sistema civil alemán no es equiparable al sistema ecuatoriano que mantiene un régimen extracontractual residual⁸⁷.

Si bien en este supuesto existe un contrato, tampoco es aplicable el régimen contractual puesto que esta se deriva exclusivamente de un incumplimiento contractual⁸⁸. En este supuesto se compromete la validez del contrato, lo cual supone una hipótesis de ineficacia distinta al incumplimiento. Así, la ineficacia del contrato deriva de la declaratoria de nulidad, mas no de la resolución contractual necesaria para calificar a la responsabilidad como contractual.

79 Artículo 1454, CC.

80 Causa 215-2014.

81 Id., pág. 42.

82 Artículo 221, Código de Comercio.

83 Cabe notar que la *culpa in contrahendo* se refiere exclusivamente a los vicios de nulidad que se forman en las tratativas.

84 Mariano Alonso Pérez, "La responsabilidad precontractual", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (1970): 891.

85 Betti, *Teoría general de las obligaciones*, 89.

86 Fernando Pantaleón, "Responsabilidad precontractual: Propuestas de regulación para un futuro Código Latinoamericano de Contratos", *ADC* 64 (2011), 902. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3814601.pdf>.

87 Causa 142-2001.

88 Velásquez Posada, *Responsabilidad civil extracontractual*, 39.

Cabe notar, además, que el efecto de la nulidad del contrato es retroactivo, por lo que genera una situación semejante a la inexistencia. Una vez declarada la nulidad, se extinguen las obligaciones y las partes deberán ser restituidas al estado en el que se encontraban antes de la celebración del contrato⁸⁹. Por tanto, como mencionan Salgado Ramírez⁹⁰ y Corral Talciani⁹¹, ante la inexistencia de un contrato u obligaciones, es aplicable el régimen residual de la responsabilidad extracontractual.

Ciertas legislaciones, como la española, prevén una acción independiente para reclamar los daños producidos en la fase precontractual cuando la nulidad es imputable a una de las partes⁹². En el sistema civil nacional no existe una norma expresa en este sentido. Sin embargo, la doctrina afirma que ello no es necesario en virtud del carácter residual del régimen extracontractual⁹³.

Además, la independencia de ambas acciones está dada porque su objeto y fundamento son distintos. Por un lado, la acción de nulidad sanciona la inobservancia de los requisitos de validez contractual⁹⁴. Por otro, la acción indemnizatoria tiene lugar por la concurrencia de los requisitos que configuran un daño resarcible⁹⁵.

En el contexto del dolo, Baraona González agrega que, si bien la acción reparatoria ha sido prevista para el dolo incidental, ello no excluye su aplicación extensiva⁹⁶. Bajo ese razonamiento, si bien el Código Civil otorga acción de perjuicios en el dolo incidental⁹⁷, ello no obsta que, para los demás casos, esté prevista la acción de nulidad y la acción reparatoria.

Con el mismo fundamento, en el ámbito del error, Martinic y Reveco abogan por la aplicación analógica del artículo 1471 —referente al error de la persona— a otros tipos de error⁹⁸. Ospina Fernández fundamenta la extensión en razones de equidad⁹⁹. Coincidimos con esta postura dado que, la extensión se

89 Artículo 1583(9), CC.

90 Jorge Oviedo Albán, Seminario de la Maestría en Derecho de la Empresa y de los Negocios de la Universidad de la Sabana, “Responsabilidad precontractual en el derecho contemporáneo”, 29 de octubre de 2021, grabación disponible en <https://bit.ly/3DjadyT>.

91 Corral Talciani, *Lecciones de responsabilidad civil*, 41.

92 Artículo 35, Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007.

93 Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 645.

94 Artículo 1461, CC.

95 Alejandro Ponce Martínez, “Responsabilidad civil extracontractual: Responsabilidad civil por hechos ilícitos”, *Revista de la Sección Académica de Ciencias Jurídicas de la Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión* 5 (2015): 82.

96 Jorge Baraona González, “Nulidad e indemnización de daños y perjuicios”, *Estudios jurídicos en homenaje a los profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheibing, Fernando Mujica Bezanilla, Hugo Rosende Subiabre*, ed. Hugo Fábrega Vega (Santiago de Chile: Universidad del Desarrollo, 2007), 66, en Pamela Prado López, “El dolo causal: Su repercusión en el contrato”, *Revista Ius et Praxis* 22 (2016): 430.

97 Artículo 1474, CC.

98 María Dora Martinic y Ricardo Reveco, “Acercas del error, su excusabilidad y otros tópicos”, *Revista Jurídica UCES* 13 (2009): 57. <https://dspace.uces.edu.ar/jspui/handle/123456789/703>.

99 Ospina y Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 208.

fundamenta en el artículo 2214 del Código Civil que prevé la reparación de todo daño.

6.3. CONTRATOS VÁLIDOS PERO DESVENTAJOSOS

En este supuesto cabe examinar la procedencia de una acción reparatoria, aun cuando el contrato esté intacto en términos de eficacia; o, incluso, haya sido cumplido. Como se anticipó, la aplicación del régimen contractual corresponde exclusivamente a incumplimientos contractuales¹⁰⁰. Bénabent destaca que, en este caso, aplica el régimen extracontractual porque la fuente de responsabilidad es anterior al contrato¹⁰¹. En consecuencia, se discute el ejercicio de una acción reparatoria en el ámbito extracontractual, sin perjuicio de la existencia de un contrato válido.

El Código Civil se refiere expresamente al dolo incidental como uno de estos supuestos. Así, prevé la posibilidad de ejercer “la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él”¹⁰². Sin embargo, cabe cuestionar la posibilidad de ejercer la acción reparatoria sin la acción de nulidad porque ello podría implicar que el contrato no es perjudicial y, por tanto, no ha generado un daño.

La jurisprudencia española aboga por la reparación del daño precontractual en sede extracontractual, sin afectar la validez del contrato¹⁰³. En la misma línea se encuentra el Código Civil francés a partir de su última reforma, con énfasis en la aplicación del régimen extracontractual¹⁰⁴. El fundamento está en el carácter independiente de la acción reparatoria y su compatibilidad con la acción de nulidad. El razonamiento es aplicable al sistema civil ecuatoriano que también otorga independencia a la acción reparatoria¹⁰⁵.

En un arbitraje nacional, se recalcó que “existen muchas circunstancias en las cuales, por hallarse terminado un contrato, o por ser imposible exigir su cumplimiento, puede demandarse la indemnización de perjuicios separadamente”¹⁰⁶. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia chilena¹⁰⁷. Por tanto, la acción reparatoria es independiente al contrato y sus efectos, por lo que es procedente la indemnización cuando se configuren los requisitos de la responsabilidad extracontractual, sin perjuicio de la eficacia del contrato.

100 Velásquez, *Responsabilidad civil extracontractual*, 39.

101 Alain Bénabent, *Droit des obligations* (París: Montchrestien Lextenso Éditions, 2010), 73, en Nieves Fenoy Picón, “El dolo en el período precontractual: Vicio del consentimiento e imputación de responsabilidad en los derechos francés y belga”, 1386.

102 Artículo 1474, CC.

103 Causa 924/2000.

104 Artículo 1178.IV, Código Civil francés, reformado por Ordenanza 2016-131, 10 de febrero de 2016.

105 Artículo 1505, CC.

106 Laudo 003-03, Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana AMCHAM, 3 de junio de 2004.

107 Causa 885-2013, CS de Chile, Sala Primera de lo Civil, 10 de septiembre de 2013.

Este razonamiento es aplicable a los casos análogos en los que existe un contrato válido pero desventajoso para una de las partes. La razón fundamental para aplicar el régimen extracontractual es que el hecho antijurídico es anterior al contrato¹⁰⁸. Así, no es procedente una acción de responsabilidad contractual si el contrato no ha sido afectado en el cumplimiento de sus obligaciones; o si, incluso, estas han sido plenamente cumplidas.

7. MEDIDA DE REPARACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

La discusión respecto al régimen aplicable a la responsabilidad precontractual impacta en la determinación del daño y su medida de reparación. Una vez adoptado el régimen extracontractual, el alcance de la indemnización será amplio, según el principio de reparación integral. Por el contrario, con el régimen contractual, el alcance de la reparación encontraría mayores limitaciones. Entre ellas a) la discusión sobre la procedencia de daños extrapatrimoniales, según el artículo 1572; y b) la responsabilidad únicamente por daños previsibles, a menos que se pruebe dolo, según el artículo 1574.

Respecto a la indemnización, Von Ihering sostiene que la medida reparatoria del daño es el interés negativo. Este busca colocar a la víctima en la situación en la que se encontraría si nunca hubiese escuchado sobre el contrato¹⁰⁹. Por su parte, el interés positivo busca colocar a la víctima en la misma situación en la que se encontraría si el contrato se hubiese cumplido¹¹⁰.

En la responsabilidad precontractual, la tendencia para determinar el daño se centra en el interés negativo¹¹¹. Sin embargo, se plantean dos posturas distintas respecto a su alcance. La primera, bastante restrictiva, se limita al daño emergente que incluye exclusivamente los gastos efectuados por la parte afectada¹¹². La Corte de Apelaciones de Santiago se ha pronunciado en este sentido¹¹³. En la misma línea, el TSE tomó una postura restrictiva que excluye la pérdida de oportunidades y las ganancias frustradas¹¹⁴.

La segunda postura, además del daño emergente, incluye la pérdida de

108 Bénabent, *Droit des obligations*, 73.

109 Patricia López Díaz, "Los supuestos y el alcance de la indemnización de daños como medio de tutela precontractual en el Código Civil chileno y su eventual confluencia con la indemnización por cumplimiento contractual", *Revista Ius et Praxis* 24 (2018): 246. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122018000100243>.

110 Vladimir Monsalve Caballero, "El interés negativo como delimitante en la responsabilidad precontractual: Un asunto pendiente en la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Colombia", *Prolegómenos* 23, n.º 45 (junio 2020): 106, <https://doi.org/10.18359/prole.4208>.

111 Delgado Jerez, "Daño indemnizable en la responsabilidad precontractual", 657-712.

112 Díez-Picazo, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, 325.

113 Loewenwarter y Sánchez, *Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas*, 49.

114 Causa 4929, TSE, 25 de junio de 2014.

oportunidad. Esta fue la consideración de Von Ihering para la *culpa in contrahendo*¹¹⁵. Además, en el contexto regional, la CSJ colombiana se pronunció en este sentido y señaló que es posible reclamar los beneficios ciertos que se hayan dejado de percibir por la ruptura injustificada de tratativas¹¹⁶.

Respecto al interés positivo, la postura mayoritaria establece que la reparación comprende todas las ventajas resultantes de un contrato válido, lo cual incluye el daño emergente y lucro cesante¹¹⁷. La jurisprudencia derivada del Código de Bello ha contemplado la reparación del interés positivo en la responsabilidad precontractual. De forma expresa, las jurisprudencias colombiana y chilena han ordenado reparaciones con base en el interés positivo¹¹⁸. De manera tácita, la jurisprudencia del caso *Prophar S. A. c. Merck* también reparó el interés positivo¹¹⁹.

En este punto, cabe distinguir la reparación de la pérdida de oportunidad y aquella del lucro cesante. En materia precontractual, la pérdida de oportunidad busca reparar el daño causado por la frustración de la posibilidad de obtener una ventaja patrimonial¹²⁰. En materia contractual, el lucro cesante configura la ganancia frustrada o pérdida de ingresos¹²¹. La jurisprudencia francesa ha puntualizado que la pérdida de oportunidad no se identifica con el interés contractual, por lo que se circunscribe exclusivamente al interés negativo, mientras que el lucro cesante pertenece al interés positivo¹²².

El sistema civil ecuatoriano no recoge expresamente la pérdida de oportunidad y, en principio, estaría excluida por falta de certeza. Sin embargo, ante la ausencia de certeza absoluta, es posible aplicar la responsabilidad proporcional. Esta aproximación se presenta como respuesta a la incertidumbre causal que presenta la pérdida de oportunidad. Así, “rechaza la lógica binaria (es o no es) y, con ello, la aplicación del umbral de certidumbre”¹²³. Por tanto, considera que el daño pudo derivar del hecho antijurídico, sin descartar otros factores. La admisión de la responsabilidad proporcional en el sistema nacional está dada, al menos, por dos normas del Código Civil. Primero, permite una distribución proporcional cuando el hecho ha sido cometido por dos o más personas¹²⁴. Además, permite la distribución de responsabilidad entre el agente

115 Monsalve Caballero, “El interés negativo como delimitante en la responsabilidad precontractual”, 107.

116 Causa 4829.

117 Alonso, “La responsabilidad precontractual”, 905.

118 En Colombia: Causa 10103-2014, CSJ, Sala de Casación Civil, 5 de agosto de 2014. En Chile: Causa 123, CSJ, Sala de Casación, 27 de mayo de 2021.

119 Causa 215-2014.

120 Felipe Osterling Parodi y Alfonso Rebaza González, “Indemnizando la probabilidad: Acerca de la llamada pérdida de la chance o pérdida de la oportunidad”, *Revista Jurídica del Perú* 39 (2002), 4.

121 Fernando Reglero Campos, *Tratado de responsabilidad civil, tomo I* (Navarra: Thomson Aranzadi, 2008), 330-2.

122 Causa 00-10-243.

123 Luis Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal* (Navarra: Aranzadi, 2018), 49, en Beatriz Gregoraci Fernández, “La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal (reflexiones de una civilista a propósito del libro de Luis Medina Alcoz)”, *ADC* 74 (2020): 807-22.

124 Artículo 2217, CC.

dañoso y la víctima cuando esta se ha expuesto de forma imprudente al daño¹²⁵. Esto demuestra la admisión de la proporcionalidad, pues, caso contrario, el “legislador rechazaría toda responsabilidad o afirmaría la de un solo sujeto”¹²⁶.

Es posible determinar la compensación de la pérdida de oportunidad a partir de los conceptos de daño emergente y lucro cesante previstos en el Código Civil¹²⁷. Primero, la oportunidad *per se* debe ser conceptualizada como daño emergente, en cuanto esta ingresó al patrimonio del negociante afectado¹²⁸. Segundo, el daño debe ser cuantificado con base en la probabilidad de ganancia. Así, la cuantificación del daño se basa en parámetros de lucro cesante, pero utiliza un estándar de probabilidad¹²⁹.

En virtud de lo expuesto, el alcance de la reparación en materia precontractual contempla tres modelos: a) interés negativo que únicamente abarca daño emergente; b) interés negativo que comprende daño emergente y pérdida de oportunidad; y c) interés positivo que incluye daño emergente y lucro cesante. Para ilustrar esto se presenta un caso hipotético y, a continuación, gráficos que muestran la diferencia en el monto de la reparación en cada modelo.

La persona A inicia una negociación para adquirir un producto, cuyo precio de mercado es USD 100 000,00. Para concluir las negociaciones, afrontó un viaje por USD 600,00 y, además, renunció a adquirir el mismo producto a otro vendedor por USD 110 000,00. La persona A ha demostrado que el valor de reventa del producto es USD 120 000,00.

Modelo	Daño indemnizable	Quantum (USD \$)
A	Daño emergente	600.00
B	Daño emergente	600.00
	Pérdida de oportunidad	10,000.00
C	Daño emergente	600.00
	Lucro cesante	20,000.00

Gráfico 1. *Quantum* indemnizatorio según modelo de reparación en responsabilidad precontractual
 Elaboración propia a partir de textos varios.

125 Artículo 2230, CC.

126 Medina Alcoz, *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, 111.

127 Artículo 1572, CC.

128 Osterling y Rebaza, “Indemnizando la probabilidad”, 4.

129 *Ibid.*, 17.

El modelo A indemniza únicamente los gastos como daño emergente. El modelo B, además del daño emergente, indemniza la pérdida de oportunidad. Esto porque, al renunciar a la oferta del segundo vendedor, la persona A perdió la posibilidad de ganancia por la reventa. Por último, el modelo C indemniza daño emergente y lucro cesante. Este último por la ganancia frustrada que A estimaba por la ejecución del contrato con el primer vendedor.

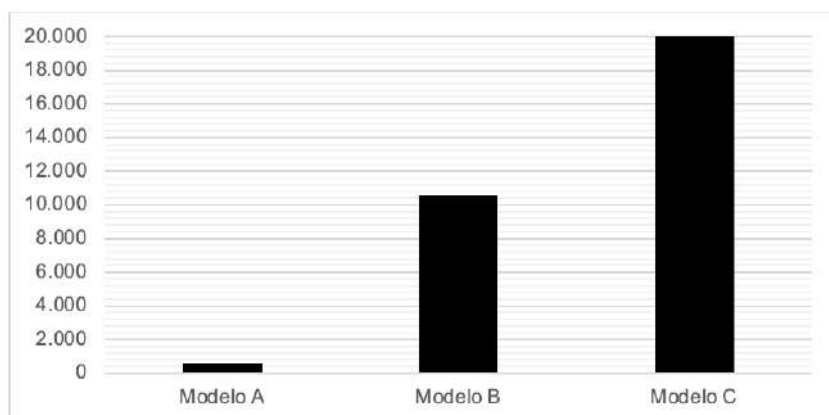


Gráfico 2. Modelos de reparación en responsabilidad precontractual
Elaboración propia a partir de textos varios.

Con frecuencia, la doctrina y jurisprudencia han adaptado uno de los modelos como presupuesto general aplicable a todos los supuestos de responsabilidad precontractual. Resulta más adecuado, sin embargo, un enfoque que considere las características propias de cada hipótesis. A continuación se examinan las tres categorías de responsabilidad precontractual con el fin de establecer el modelo de reparación idóneo para cada uno. Se considera, además, la procedencia de remedios distintos a la indemnización pecuniaria.

7.1. RUPTURA INJUSTIFICADA DE TRATATIVAS

Para ilustrar este supuesto, se toma como referencia el caso Prophar S. A. c. Merck. La CNJ argumentó sobre la procedencia exclusiva del interés negativo; no obstante, el monto de reparación incluyó también el interés positivo¹³⁰. Muestra de ello es que dividió los montos por concepto de daño emergente y lucro cesante; y, como se anotó, este último pertenece exclusivamente al interés positivo¹³¹.

Por concepto de daño emergente, la CNJ incluyó los gastos en los que incurrió Prophar S. A., esto es, a) crédito para la compra industrial y b) elaboración de

¹³⁰ Causa 215-2014, pág. 84.

¹³¹ Monsalve, "El interés negativo como delimitante", 116.

informe por Dun & Bradstreet. Por concepto de lucro cesante incluyó: a) proyección de ventas de medicamentos en el período de negociaciones, b) valor de nuevos productos y c) valor de la última oferta presentada¹³².

Si bien la CNJ se refirió al interés negativo, aplicó el modelo C, correspondiente al interés positivo. Para reparar con base en el interés negativo, la Corte debió considerar únicamente el daño emergente, conforme el modelo A; o, considerar el daño emergente y la pérdida de oportunidad de celebrar un contrato similar, conforme el modelo B. No obstante, la CNJ incluyó la totalidad de los valores de venta esperados, lo cual corresponde a las ganancias frustradas del contrato. Además, incluyó el valor de la última oferta, lo cual es una aproximación al valor del contrato y pertenece al interés positivo.

Para indemnizar lucro cesante, es necesario un análisis de certeza del daño. Esto implica que el daño debe ser real y no puede tener como base escenarios hipotéticos¹³³. Cabe notar que la certeza es una ficción jurídica, por lo cual el estándar consiste en una certeza relativa, con consideración razonable¹³⁴. Por tanto, al fijar el *quantum* como lucro cesante, la CNJ supuso como ciertos, al menos en la esfera jurídica, dos hechos: a) la celebración del contrato de compraventa y b) la venta de la totalidad de productos, conforme las proyecciones de mercado.

El razonamiento de la CNJ no considera factores que podrían influir en la conclusión de estos hechos. Un ejemplo de ello es la terminación justificada de las negociaciones. En un caso de compraventa inmobiliaria similar, después de años de negociaciones avanzadas, el propietario informó sobre la mejor propuesta de un tercero. Dado que la nueva oferta no fue aceptada, el propietario se retiró de las negociaciones; sin embargo, lo hizo de manera justificada, sin generar responsabilidad¹³⁵.

La misma consideración es aplicable a las proyecciones de venta. La CNJ cuantificó la venta de la totalidad de los productos, sin considerar las probabilidades de que no se cumpla este escenario. Así, la reparación incluyó las ganancias frustradas del contrato, lo cual corresponde al interés positivo por lucro cesante. Si bien todo cálculo de lucro cesante conlleva cierto grado de incertidumbre, la CNJ consideró las proyecciones de venta de un contrato que no fue celebrado, por lo que no existe relación de causalidad.

132 Causa 215-2014, pág. 84.

133 Velásquez, *Responsabilidad civil extracontractual*, 233.

134 Causa 5502, CSJ de Colombia, 4 de abril de 2001.

135 Causa C-2355-2011, Segundo Juzgado de Letras de Ángeles, 16 de mayo de 2014.

Además, la aplicación de lucro cesante en este supuesto resulta errónea por la configuración de esta figura en el Código Civil. La definición de lucro cesante está ubicada en el Título XII del Libro IV que se refiere al efecto de las obligaciones¹³⁶; por lo que, específicamente, el artículo hace referencia a incumplimientos obligacionales. Así, en cuanto no existen obligaciones ante la inexistencia del contrato, no procede una indemnización por lucro cesante.

En consecuencia, un análisis probabilístico resulta más adecuado. En específico, este supuesto requiere dos exámenes: a) la probabilidad de celebración del contrato y b) la probabilidad de ganancia u beneficios derivados del contrato. Este análisis corresponde al concepto de pérdida de oportunidad en el modelo B.

Una vez seleccionado el modelo, cabe delimitar la reparación con el fin de evitar que se indemnice el interés contractual por una vía oblicua. El límite está dado por el interés positivo, puesto que, ante la inexistencia de un contrato, la reparación deberá ser menos intensa que la contractual. Cabe recordar que el daño se deriva de la ruptura de la confianza en la conclusión del contrato, mas no en una proyección de sus beneficios. Lo contrario implicaría un enriquecimiento injustificado del negociante afectado, en cuanto recibe ventajas económicas que superan el daño causado.

Como un remedio no pecuniario, es interesante analizar la postura de los tribunales holandeses que, para negociaciones avanzadas, prevén la continuación de las negociaciones o, incluso, la conclusión forzada del contrato¹³⁷. Si bien este remedio es excepcional, no es aplicable al sistema civil nacional. La CSJ se ha referido de forma enfática al derecho a la libertad contractual¹³⁸ que, además, ha sido elevado a rango constitucional¹³⁹.

7.2. CONTRATOS INVÁLIDOS

En este supuesto se examina la aplicabilidad de remedios pecuniarios y no pecuniarios para la reparación del daño. Primero, se aborda el alcance de la indemnización pecuniaria a partir de los modelos de interés expuestos. Segundo, se aborda la posibilidad de adaptar el contrato por vía judicial y su procedencia en el ordenamiento jurídico nacional.

En la indemnización pecuniaria no parece adecuado un examen probabilístico relativo a la celebración del contrato puesto que, incluso con los efectos retroactivos de la nulidad, existe certeza fáctica de la celebración del contrato. No es menos cierto, sin embargo, que la nulidad tiene un efecto extintivo

136 Artículo 1572, CC.

137 García y Otero, "La responsabilidad precontractual", 37.

138 Raúl Gustavo Wilchezt Chica c. Guillermo Meza Sánchez, CSJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 30 de julio de 2001, pág. 2.

139 Artículo 66(16), Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449 del 20 de octubre de 2008.

sobre el contrato que crea una situación similar a la inexistencia. Por tanto, cabe discutir la reparación del interés negativo, atendiendo a la vulneración a la confianza legítima, o el interés positivo, como consecuencia del perfeccionamiento del contrato y la derivación de sus beneficios.

La elección de la medida de reparación adecuada en este supuesto, entonces, se encuentra entre los modelos A, B y C. La aplicación del primer modelo se basa en el daño emergente. El segundo modelo repara, además del daño emergente, la pérdida de oportunidad de celebrar un contrato similar pero válido. Por último, el tercer modelo se basa en el daño emergente y lucro cesante del contrato que fue celebrado, pero posteriormente anulado.

La jurisprudencia española, en un caso calificado como dolo *in contrahendo*, reparó el daño según el modelo C que comprende el daño emergente y lucro cesante¹⁴⁰. Por otro lado, la doctrina francesa se ha inclinado por el modelo B que repara el interés negativo que incluye el daño emergente y la pérdida de oportunidad. En este sentido, la jurisprudencia francesa se refirió a la reparación del “perjuicio sufrido por razón de la conclusión del contrato anulado”¹⁴¹.

Asimismo, la tendencia de reparación en instrumentos de *soft law* se inclina por el modelo B. Los principios UNIDROIT limitan la indemnización hasta el interés negativo. Estos últimos marcan una línea sólida entre el interés negativo que corresponde a la acción de reparatoria en responsabilidad precontractual¹⁴² y el interés positivo, admitido exclusivamente en la acción reparatoria derivada del incumplimiento¹⁴³.

En consideración del efecto destructivo y retroactivo de la nulidad, no parece coherente una reparación con base en un contrato que, jurídicamente, se reputa no celebrado. Resulta excesivo, entonces, una indemnización basada en el interés positivo de un contrato que no existe. No obstante, es evidente la trasgresión a la confianza del contratante afectado, lo cual resulta en una situación similar a aquella de la ruptura injustificada de tratativas en la que tampoco existe un contrato. Con base en el mismo razonamiento, parece adecuada una reparación acorde al modelo B.

Cabe notar, sin embargo, que existen distinciones entre ambos supuestos. Ante contratos anulados, no resulta adecuado un análisis probabilístico de la celebración del contrato puesto que, fácticamente, este fue perfeccionado e incluso gozó de eficacia hasta la declaratoria de nulidad. Por tanto, el examen

140 Causa 2009/2907, TSE, 5 de mayo de 2009.

141 Sentencia Fiori, Corte de Casación francesa, 9 de julio de 2004 en Nieves Fenoy Picón, “El dolo en el periodo precontractual”, 1436.

142 Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, artículo 3.2.16

143 Id., artículo 7.4.2.

de probabilidad debe recaer exclusivamente en la oportunidad de pérdida de celebrar un contrato semejante.

Como remedio no pecuniario de reparación, cabe analizar la adaptación del contrato ante la existencia de un vicio del consentimiento. Este remedio se encuentra previsto, por ejemplo, en los PDEC a propósito del error¹⁴⁴. La reparación consiste en cumplir el contrato en los términos que la parte afectada había entendido. Así, a pesar de que no existe una reparación pecuniaria en estricto sentido, se elimina el error del contrato a través de su adaptación.

Es preciso analizar, entonces, la procedencia de la adaptación del contrato en el sistema civil nacional. El punto de partida es el concurso de remedios aplicables ante asimetrías de información en la fase precontractual. Como señaló De la Maza Gazmuri, con especial referencia a los vicios del consentimiento, “no es posible pensar en un supuesto de vicio redhibitorio que a su vez no sea un error sustancial”. Agregó, además, que en varias circunstancias un mismo hecho podrá ser sancionado por error o dolo, en cuanto “el dolo es un error provocado”¹⁴⁵.

Bajo este razonamiento, la parte afectada cuenta con un derecho de opción que le permite elegir el remedio aplicable. Por un lado, cuenta con la acción de nulidad y, además, la acción resarcitoria que permite una indemnización pecuniaria; y, por otro lado, con la acción redhibitoria que permite reajustar el contenido del contrato¹⁴⁶. En este último caso, no es procedente la acción resarcitoria en cuanto el desequilibrio económico se reajusta a través de una especie de adaptación contractual.

7.3. CONTRATOS VÁLIDOS PERO DESVENTAJOSOS

En este supuesto es preciso explorar tres tipos de remedios. El primero consiste en una reparación pecuniaria que repare el daño que ha generado la desventaja. El segundo consiste en un remedio no pecuniario que restaure el equilibrio del contrato a través de su adaptación. Por último, el tercero constituye un remedio resolutorio por la integración de los deberes de conducta al contenido contractual. En todos los casos, resulta apropiado un análisis que mida el grado de desequilibrio contractual generado por el hecho antijurídico en la fase precontractual.

Respecto a la reparación pecuniaria, Monsalve Caballero ha señalado que el interés positivo procede únicamente con la estipulación de un contrato válido. En este supuesto, existe un contrato intacto en términos de eficacia. Cabe

¹⁴⁴ Esther Arroyo Amayuelas, “Los principios del derecho contractual comunitario”, *ADC* 61 (2008), 105.

¹⁴⁵ Íñigo de la Maza Gazmuri, Seminario de la Maestría en Derecho de la Empresa y de los Negocios de la Universidad de la Sabana “Responsabilidad precontractual en el derecho contemporáneo”, 29 de octubre de 2021, grabación disponible en <https://bit.ly/3DjadyT>.

¹⁴⁶ Artículo 1797, CC.

examinar, entonces, si un contrato válido pero desventajoso para una de las partes amerita una reparación del interés contractual conforme el modelo C. En un caso sobre el dolo incidental, la jurisprudencia francesa señaló que el vicio impacta en forma directa al valor. Así, la Corte de Casación observó que bastaba rectificar el precio a través de una indemnización de perjuicios¹⁴⁷. Así, esta reparación obedeció al modelo A que indemniza el daño emergente y se enmarca en el interés negativo.

En otro caso de dolo, en el que se reclamó una indemnización sin solicitar la nulidad del contrato, la jurisprudencia francesa admitió exclusivamente la reparación de la pérdida de oportunidad de pactar condiciones más ventajosas. Así, excluyó la posibilidad de celebrar un contrato más ventajoso con un tercero, puesto que no se impugnó el contrato, sino su contenido. Por tanto, suprimió las consecuencias dañosas del dolo a través de un reajuste en el precio¹⁴⁸. Esta reparación obedece al modelo B que incluye, además de daño emergente, la pérdida de oportunidad.

En el supuesto de que la parte afectada no impugne la totalidad del contrato, sino solo uno de sus elementos, el *quantum* de la reparación por daño emergente debe obedecer al valor que generó el desequilibrio económico. Además, como pérdida de oportunidad, es adecuado indemnizar la imposibilidad de celebrar un contrato más ventajoso. En consecuencia, el modelo B resulta apropiado para una reparación pecuniaria en la que no se objeta el contrato. Por otro lado, se ha señalado que generalmente la parte afectada demanda la reducción del precio y no una indemnización¹⁴⁹. En este sentido, la doctrina española, por ejemplo, aboga por una reconstrucción judicial del contrato a partir de las expectativas legítimas de la parte afectada¹⁵⁰. En línea con el principio de conservación del contrato, es oportuno considerar un remedio que elimine la desventaja del contrato a través de un ajuste judicial. El sistema civil nacional no contempla esta opción de manera expresa, por lo que se analiza la procedencia de la adaptación del contrato en este supuesto.

Como punto de partida, cabe señalar que la adaptación del contrato ha sido admitida para casos especiales en el Código Civil. Entre ellos destacan la reducción de la cláusula penal enorme¹⁵¹, el ajuste de la servidumbre que se ha vuelto más onerosa¹⁵², la revisión del precio en un contrato de construcción ante circunstancias desconocidas que generen costos no previsibles¹⁵³ y la rebaja del precio por vicios redhibitorios¹⁵⁴.

147 Fenoy, "El dolo en el periodo precontractual", 1375.

148 Ibid., 1386.

149 Ibid.

150 Basozabal, "En torno a las obligaciones precontractuales", 679.

151 Artículo 1560, CC.

152 Artículo 869, CC.

153 Artículo 1937(2), CC.

154 Artículo 1797, CC.

Además, se ha discutido la aplicación de la teoría de revisión por la cláusula *rebus sic stantibus*. En la normativa administrativa se ha reconocido un sistema de reajuste de precios por cambio de circunstancias¹⁵⁵. En el sistema civil no existe reconocimiento expreso en este sentido, pero se aboga por su aplicación por razones de equidad y buena fe¹⁵⁶. Si bien la aplicación de la cláusula *rebus* se basa en elementos de imprevisibilidad y excesiva onerosidad, el fundamento para adaptar el contrato es el mismo: el desequilibrio contractual.

El principio de equilibrio contractual está plenamente reconocido en el Código Civil. A manera de cláusula general, contempla la equivalencia de prestaciones en los contratos conmutativos¹⁵⁷. De manera específica, el Código ampara este principio en los vicios ocultos¹⁵⁸, la lesión enorme¹⁵⁹, la cláusula penal enorme¹⁶⁰ y el mutuo con intereses excesivos¹⁶¹. El ajuste del valor económico en estos casos se basa en excesos o desventajas patrimoniales, con el fin de impedir un enriquecimiento injustificado.

La adaptación del contrato busca el mismo efecto de reestablecer el equilibrio, pero desde otra vía. En el sistema nacional, la adaptación del contrato en este supuesto tiene cabida, con similar fundamento al construido a partir de la cláusula *rebus*. Para su aplicación no es necesaria una norma expresa en cuanto el equilibrio contractual está plenamente contemplado por el Código Civil. Este razonamiento ha sido aplicado a propósito de la teoría de la imprevisión por la CJS¹⁶²; y en otros casos que no implican excesiva onerosidad o imprevisibilidad, como sucede en este supuesto¹⁶³.

Desde otra perspectiva, el Marco Común Europeo de Referencia (DCFR) aborda esta cuestión a partir del principio de integración contractual. En particular, se refiere a la integración de las expectativas legítimas del negociante afectado por la omisión del deber de información¹⁶⁴. Este remedio tiene antecedentes, por ejemplo, en los ordenamientos jurídicos finlandés y sueco¹⁶⁵.

El principio de integración está previsto para el ámbito contractual en el Código Civil¹⁶⁶. Como ha señalado el TSE, este “amplía el contenido obli-

155 Artículo 82, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, R. O. Suplemento 395 del 4 de agosto de 2008.

156 Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 841.

157 Artículo 1457, CC.

158 Artículo 1797, CC.

159 Artículo 1830, CC.

160 Artículo 1560, CC.

161 Artículo 2109, CC.

162 Amazonas Cía. Anónima de Seguros c. Sociedad General C.A., CSJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 11 de noviembre de 1981.

163 En el primero se alegaba que la cosa arrendada, por una causa superviniente, estaba impedida de ser usada para el fin destinado. Ver Causa C4786-2020, CSJ, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 5 de mayo de 1998. En el segundo se menciona la cláusula *rebus* como fundamento para la revocatoria de donación por ingratitud. Ver María Francisca Namcela Japón y Manuel Agustín Medina Suquilanda c. Juan Carlos Medina Namcela, CSJ, Sala de lo Civil y Mercantil, 23 de octubre de 2001.

164 Jerez, *Principios, definiciones y reglas*, 109.

165 García y Otero, “La responsabilidad precontractual”, 53.

166 Artículo 1562, CC.

gacional expresamente pactado a aquellas otras consecuencias que, según la naturaleza del negocio, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley¹⁶⁷. Por tanto, ciertos deberes de conducta serán integrados al contenido contractual por emanar de la naturaleza de la obligación, la costumbre o la ley.

Para ilustrar esto se aborda la integración de deberes precontractuales impuestos por la ley. Desde el derecho de consumo, por ejemplo, la Constitución¹⁶⁸ y la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor¹⁶⁹ establecen el derecho a una información precisa y no engañosa sobre las características de productos y servicios. Así, en los contratos de consumo, la falta al deber de información constituye incumplimiento contractual en virtud del principio de integración. En consecuencia, en los casos de proyección del deber de información al contenido contractual, la parte afectada dispone de acción resolutoria. Además, cuenta con una acción reparatoria que comprende el interés positivo del contrato¹⁷⁰. Por tanto, en los casos en que los deberes contractuales ingresen al contenido contractual por el principio de integración, la indemnización pecuniaria con fundamento en la resolución contractual se basa en el modelo C.

8. CONCLUSIONES

Una vez examinado el tratamiento de la responsabilidad precontractual en el sistema civil nacional, existen tres hallazgos principales. Primero, el régimen aplicable a todos los supuestos de responsabilidad precontractual es el extracontractual, en virtud de su carácter residual. Esto implica que el daño indemnizable en materia precontractual es amplio, de acuerdo con el principio de reparación integral.

Segundo, si bien el principio de reparación integral gobierna la indemnización extracontractual, ello no obsta de las limitaciones que debe observar el *quantum* de reparación. La reparación pecuniaria idónea para los supuestos analizados corresponde al modelo B que comprende el daño emergente y la pérdida de oportunidad. Una indemnización basada en el interés positivo, es decir, el modelo C, será procedente exclusivamente cuando los deberes precontractuales sean introducidos al contenido del contrato por el principio de integración, y, por tanto, su trasgresión configure un incumplimiento contractual.

Tercero, para los supuestos de contratos inválidos y contratos válidos pero desventajosos, es procedente una reparación no pecuniaria. En el primer caso es posible un reajuste del contrato a partir de la acción prevista para los vicios

167 Causa 1193/2004, TSE, 20 de diciembre de 2004.

168 Artículo 52, Constitución de la República del Ecuador.

169 Artículo 4(4), Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, R. O. Suplemento 116 del 10 de julio de 2000.

170 Artículo 1505, CC.

redhibitorios. En el segundo caso, se propone la adaptación del contrato por vía judicial para restaurar el equilibrio contractual. Si bien esta posibilidad no está recogida expresamente por el Código Civil, un análisis sistemático de la norma demuestra su procedencia.

Las limitaciones que presenta esta propuesta son normativas, puesto que el Código Civil no contempla un régimen para la responsabilidad precontractual. Esto implica que el presente análisis se realizó, en su mayoría, a partir de doctrina y jurisprudencia comparada, con excepción del caso *Prophar S. A. c. Merck*.

De manera particular, se recomienda un análisis respecto al concurso de remedios previstos para asimetrías informativas en la fase precontractual. Estos son acción de nulidad por error o dolo, acción redhibitoria por vicios ocultos y acción resolutoria por incumplimiento, si el deber se ha integrado al contenido del contrato. Cabe examinar, entonces, si estos remedios son compatibles o la parte afectada debe optar por uno de ellos; y, de ser así, analizar su libertad de elección. La eliminación de remedios especiales o una regla que permita administrar los concursos son posibles soluciones.

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: Whympet N27-70 y Orellana, Edificio Sassari, Piso 8. Quito D. M., Ecuador.
Sitio Web: www.almeidaguzman.com

VIVANCO & VIVANCO
WE ARE LATIN AMERICA

Una mirada hacia el alcance de las cláusulas de nación más favorecida en referencia a la importación de disposiciones jurisdiccionales y sustantivas

A Look at the Scope of Most-Favored-Nation Clauses Regarding the Importation of Jurisdictional and Substantive Provisions

FELIPE JOSÉ CASTRO ZURITA*
RUT DOMÉNICA URRESTA DOMÍNGUEZ**

Recibido / Received: 29/12/24
Aceptado / Accepted: 28/10/25
DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3744>

Citación:

Castro Zurita, Felipe José y Rut Urresta Domínguez. “Una mirada hacia el alcance de las cláusulas de nación más favorecida en referencia a la importación de disposiciones jurisdiccionales y sustantivas”. *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 2. (noviembre de 2025): <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3744>.

* Universidad Adolfo Ibáñez, estudiante de la Facultad de Derecho, casilla postal 8320000, Santiago de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: fcastroz@outlook.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7395-8920>.

** Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: rutdomenica@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0002-7975-7227>.

RESUMEN

El presente trabajo pretende indagar en la discusión poco pacífica sobre el alcance y las limitaciones de la cláusula de nación más favorecida en tratados bilaterales de inversión. El estudio tiene su punto de partida en si la cláusula de nación más favorecida es apta para importar disposiciones tanto jurisdiccionales como sustantivas de un tratado de inversiones a otro cuando dichas disposiciones son más favorables para el inversionista. Por un lado, se analiza el alcance de la importación de disposiciones sustantivas, con especial énfasis en las cláusulas paraguas, debido a la divergencia en la casuística del arbitraje de inversiones en cuanto a la posibilidad de su aplicación sobre la base de cláusulas de nación más favorecida. Por otro lado, se observa el alcance de la importación de disposiciones jurisdiccionales, tema que también ha sido ampliamente discutido por los tribunales arbitrales. Finalmente, el estudio llega a la conclusión de que el alcance de la cláusula de nación más favorecida depende de la redacción y la interpretación sobre la base del tratado, cosa que trasciende la naturaleza jurisdiccional o sustantiva de la disposición que se importe a través de la referida cláusula.

PALABRAS CLAVE

Nación más favorecida; cláusula paraguas; estándares de protección; tratado bilateral de inversiones; arbitraje de inversiones

ABSTRACT

The present work aims to research the contentious discussion regarding the scope and limitations of the most-favored-nation clause in bilateral investment treaties. The study begins by addressing the debate on whether the most-favored-nation clause is suitable for importing both jurisdictional and substantive provisions from one investment treaty to another when such provisions are more favorable to the investor. On one hand, this paper examines the scope of importing substantive provisions, with a special emphasis on umbrella clauses, due to the divergence in investment arbitration case law regarding the possibility of its application based on most-favored-nation clauses. On the other hand, the paper examines the scope of importing jurisdictional provisions, a topic that has also been widely discussed by arbitral tribunals. Finally, the study concludes that the scope of the most-favored-nation clause depends on the drafting and interpretation based on the treaty, which transcends the jurisdictional or substantive nature of the provision being imported through the said clause.

KEYWORDS

Most favoured nation; umbrella clause; protection standards; bilateral investment treaty; investment arbitration

1. INTRODUCCIÓN

Las cláusulas de nación más favorecida (en adelante cláusulas de NMF) son una de las protecciones a inversiones e inversionistas más comunes contenidas en tratados bilaterales de inversión (en adelante TBI). Estas cláusulas establecen la obligación de los Estados de ofrecer, a los inversionistas protegidos por un TBI base, el mismo trato que a los inversionistas de un tercer Estado, siempre que estos últimos se beneficien de condiciones más favorable a través de un TBI con ese tercer Estado.

Por ejemplo, supóngase que un TBI entre Ecuatoriana y Mediterraneo contiene una cláusula de NMF para los inversionistas de cada Estado que realicen inversiones en el otro. A la par, un TBI entre Mediterraneo y Danubia contiene cláusulas de trato justo y equitativo o expropiación que son más favorables para los inversionistas que las del TBI entre Ecuatoriana y Mediterraneo. La idea de la cláusula de NMF es que los inversionistas de Ecuatoriana puedan beneficiarse de los estándares más favorables de trato justo y equitativo o expropiación contenidos en el TBI entre Mediterraneo y Danubia. En definitiva, lo que existe es una especie de importación de estándares más favorables de protección de un TBI a otro a través de la cláusula de NMF. El problema que se presenta en referencia a este supuesto es el alcance de las protecciones que pueden ser importadas, por ejemplo, si estas se limitan a cuestiones sustantivas o pueden también extenderse a cuestiones jurisdiccionales.

La práctica de los tribunales arbitrales y los comentarios de la doctrina demuestran que siguen existiendo desacuerdos constantes sobre el alcance y las obligaciones vinculadas a las cláusulas de NMF¹. Una de las principales discusiones sobre su alcance gira en torno a la posibilidad de importar disposiciones jurisdiccionales contenidas en los TBI. Las decisiones de los tribunales arbitrales al respecto han sido y continúan siendo de lo más variadas. Así, muchas veces, los tribunales “dudan en recurrir a los términos jurisdiccionales y procesales de los tratados de terceros países, en contraste con las disposiciones más sustantivas. La opinión sigue estando particularmente dividida con respecto a la importación masiva de mecanismos de resolución de controversias de tratados de terceros países”².

Por ello, el presente texto tiene como objetivo indagar en dicha discusión y realizar una revisión —a la luz de las decisiones de los tribunales en arbitrajes de inversión— sobre el alcance de las cláusulas de NMF. En este sentido, se aborda tanto la posibilidad y el alcance de importar disposiciones sustantivas

1 Stephan W. Schill, “MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism: A reply to Simon Batifort and J. Benton Heath”, *Amsterdam Law School Legal Studies* (febrero de 2018): 2, <https://doi.org/10.1017/ajil.2017.94>.

2 EDF International S. A., SAUR International S. A. y León Participaciones Argentinas S. A. c. República Argentina, Tribunal Arbitral del caso CIADI ARB/03/23, laudo del 11 de junio de 2012, párr. 935.

—haciendo un especial énfasis en las cláusulas paraguas por ser un tema de amplia discusión— como jurisdiccionales, a través de las cláusulas de NMF.

2. LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA: UNA APROXIMACIÓN A SU DEFINICIÓN

Las cláusulas de NMF son unas de las protecciones a inversiones e inversionistas más comunes en los TBI. Estas tienen como objetivo que “los Estados parte del tratado de inversión no sometan a los inversores o sus inversiones a un trato menos favorable que el que conceden a los inversores o inversiones de otros Estados”³. La jurisprudencia ha indicado que su objetivo es “ofrecer igualdad de condiciones entre inversores extranjeros y locales, así como entre inversores extranjeros de distintos países”⁴. Así, las cláusulas de NMF son “esencialmente un medio para garantizar la no discriminación entre un Estado y otros Estados y, por lo tanto, puede considerarse un reflejo del principio de igualdad soberana”⁵.

La doctrina también se ha referido a la multilateralización del derecho internacional de las inversiones como consecuencia directa de la aplicación de cláusulas de NMF. De acuerdo con Schill, estas cláusulas son “mecanismos de multilateralización contenidos en instrumentos bilaterales, que previenen que los Estados que ofrecen trato de NMF blinden las protecciones más favorables contenidos en tratados de inversión con terceros Estados”⁶. En definitiva, lo que hace una cláusula de NMF es importar normas de protección a inversiones más favorables, que han sido acordadas por el Estado anfitrión con los inversores de un tercer Estado. Los estándares de protección más favorables pueden concederse directamente en la práctica o pueden estipularse expresamente en una disposición de un tratado entre el Estado anfitrión y el tercer Estado⁷.

A manera de ejemplo, el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador contiene una cláusula de NMF en su artículo IV(2), que indica que el tratamiento a los inversionistas de cada Estado “no será menos favorable que el otorgado por cada Parte Contratante a las inversiones realizadas en su territorio por inversionistas de un tercer país que goce del tratamiento de nación más favorecida”⁸.

3 Esmé Shirlow, “Most Favoured Nation Treatment”, *Jus Mundi* (diciembre de 2023), <https://jusmundi.com/en/document/publication/en-most-favoured-nation-treatment>.

4 Bayindir c. República Islámica de Pakistán, Tribunal Arbitral del caso CIADI ARB/03/29, laudo del 27 de agosto de 2009.

5 Naciones Unidas, “Reporte final del grupo de estudio sobre la cláusula de nación más favorecida”, 2015, párr. 37.

6 Schill, “MFN Clauses as Bilateral Commitments to Multilateralism”, 5.

7 David D. Caron y Esmé Shirlow, “Most-Favoured-Nation Treatment: Substantive Protection”, en *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, ed. Meg Kinnear et al. (Países Bajos: Wolters Kluwer, 2016), capítulo 29.

8 Artículo IV (2), Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador, Quito, 18 de junio de 1997. Este Acuerdo fue denunciado por la República del Ecuador el 18 de mayo de 2017, y su fecha efectiva de terminación fue el 18 de junio de 2022. No obstante, mantiene una cláusula de supervivencia de diez años, por lo que sus disposiciones se mantienen vigentes hasta el 18 de junio de 2032.

Pese a lo común que resultan estas cláusulas, su redacción en los tratados no suele ser homogénea. De ahí que “[e]stas variaciones en el lenguaje pueden afectar al alcance y la interpretación de la cláusula”⁹. Por ello, la doctrina ha reconocido que, al conocer un reclamo de un inversionista en que se alegue la violación de la cláusula de NMF, se debe determinar (i) qué actos del Estado pueden constituir un trato; (ii) cuál es la categoría pertinente cuyo trato debe compararse con la categoría de sujetos protegidos por la cláusula de NMF; y (iii) si el nivel de trato concedido es o no menos favorable¹⁰.

Bajo el derecho internacional público, en general, “una obligación de un tratado asumida frente a un tercer Estado puede constituir un trato a efectos de la cláusula NMF”¹¹. Por ello, siendo lo más común que las cláusulas de NMF importen las disposiciones de protección a inversiones de TBI celebrados con un tercer Estado, en los siguientes apartados se aborda la cuestión sobre el alcance de este tipo de cláusulas, es decir, en qué medida el término trato puede referirse a las disposiciones sustantivas de protección a inversiones, o extenderse a asuntos jurisdiccionales —por ejemplo, mecanismos de solución de conflictos más favorables— contenidos en los TBI con terceros Estados.

3. LA IMPORTACIÓN DE ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN SUSTANTIVOS MÁS FAVORABLES A TRAVÉS DE CLÁUSULAS DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA, ESPECIALMENTE RESPECTO DE LAS CLÁUSULAS PARAGUAS

La categorización de lo que constituye un trato para efectos de determinar la aplicación de una cláusula de NMF implica también determinar si los estándares de protección a inversiones más favorables contenidos en los TBI con un tercer Estado pueden ser importados a efectos de hacer valer esta cláusula. Por ejemplo, si un TBI base no contiene una disposición sobre trato justo y equitativo —o contiene una disposición menos favorable al respecto— la pregunta a realizarse es, si la cláusula de NMF permite importar la disposición sobre trato justo y equitativo de un TBI suscrito por el Estado receptor con un tercer Estado.

El principio que, por regla general, rige para la importación de estándares de protección sustantivos a través de la cláusula de NMF es el de *ejusdem generis*. Este principio indica que las disposiciones importadas “solo pueden aplicarse a cuestiones pertenecientes a la misma materia o a la misma categoría de materias a las que se refiere la cláusula”¹². En consecuencia, dependerá de la

9 Campbell McLachlan, Laurence Shore y Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), 343. Traducción libre: “These variations in language may well affect the scope and interpretation of the clause”.

10 Campbell McLachlan et al., *International Investment Arbitration*, 344.

11 *Ibid.*, 345.

12 Naciones Unidas, “Most-Favoured-Nation Clause: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II”, 2010, 24.

amplitud o estrechez con que la cláusula de NMF se encuentre redactada en determinado TBI para definir su alcance y aptitud de importar una u otra disposición sustantiva de protección a inversiones. Al respecto, McLachlan, Shore y Weiniger han afirmado que:

[e]s el ámbito de aplicación del tratado que contiene la cláusula NMF el que define los límites exteriores de la aplicación de la cláusula. Es esencial garantizar que las disposiciones invocadas como constitutivas del trato más favorable se apliquen correctamente y no tengan el efecto de subvertir fundamentalmente el equilibrio cuidadosamente negociado del tratado de inversión que se está aplicando¹³.

De esta forma, algunos de los estándares sustantivos de protección a inversiones que —de acuerdo con las decisiones de tribunales arbitrales— han sido importados a través de cláusulas NMF son el trato justo y equitativo¹⁴, protección y seguridad plenas¹⁵ o la disposición de medios efectivos¹⁶. Sobre la posibilidad de importar este tipo de estándares de protección de inversiones ante la existencia de una cláusula de NMF común existe relativamente poca discusión, pues este es justamente el objeto de una cláusula de este tipo contenida en un TBI.

Sin embargo, no sucede lo mismo con otro tipo de protección a inversiones común en los TBI, conocido como cláusula paraguas. En efecto, uno de los supuestos más discutidos ha sido la importación de la cláusula paraguas a través de cláusula de NMF como un estándar sustantivo de protección a inversiones.

Las cláusulas paraguas son disposiciones establecidas en tratados bilaterales de inversión que “tienen como objeto elevar una disputa contractual entre un inversionista y el Estado al nivel de una posible violación de dicho tratado”¹⁷. Estas han sido calificadas como “un compromiso de las partes contratantes de respetar las obligaciones contraídas con respecto a las inversiones realizadas

13 Campbell McLachlan et al., *International Investment Arbitration*, 344. Traducción libre: “It is the subject matter scope of the treaty containing the MFN clause that defines the outer boundaries of the operation of the clause. It is essential that to ensure that the provisions relied upon as constituting the more favourable treatment are properly applicable and will not have the effect of fundamentally subverting the carefully negotiated balance of the investment treaty being applied”.

14 MTD Equity y MTD Chile S. A. c. Chile, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/01/7, laudo del 25 de mayo de 2004, párr. 104.

15 CC/Devas Ltd., et al. c. República de India, Tribunal Arbitral del Caso CPA No. 2013-09, laudo del 25 de julio de 2016, párr. 496.

16 Cementos La Unión S. A. c. República Árabe de Egipto, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/13/29, laudo del 30 de octubre de 2020, párr. 905.

17 Rodrigo Polanco y Jorge Luis Manrique, “Cláusulas paraguas”, en *El derecho internacional de las inversiones: Desarrollo actual de normas y principios*, ed. José Manuel Álvarez Zárate y Maciej Zenkiewicz (Bogotá: Universidad Externado de Colombia: 2022), 473.

por la otra parte contratante”¹⁸. En palabras de Gaillard, una violación del contrato constituye así mismo una violación del TBI. En suma, este tipo de cláusulas permiten que las violaciones a las obligaciones del Estado adquiridas en otro tipo de instrumentos —por ejemplo, contratos o incluso la legislación— sean conocidas bajo el paraguas protector del TBI¹⁹. Esto toda vez que en un arbitraje de inversiones, por regla general, se resuelven las disputas entre un inversionista y un Estado sobre la base de violaciones a obligaciones que nacen de un TBI amparadas por el derecho internacional público. Es decir, en un arbitraje de inversiones, las disputas no versan estrictamente sobre el incumplimiento de obligaciones contractuales —materia que se resolvería, por ejemplo, en un arbitraje comercial—.

De hecho, a nivel de derecho internacional, la regla general es que “[e]l incumplimiento de contratos estatales y otras obligaciones con los inversores no suele considerarse una violación del derecho internacional”²⁰. Por lo mismo, a través de las cláusulas paraguas, un incumplimiento contractual o de otros tipos adquiere el carácter de violación al TBI. El reclamo de un inversionista se basaría en la afectación de su inversión producida a través de actos realizados con ocasión de la ejecución de un contrato con el Estado o alguna de sus entidades.

A modo de ejemplo, el TBI entre Ecuador y Estados Unidos contiene una cláusula paraguas que establece en su artículo II(3)(c) que “[c]ada Parte cumplirá los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones”²¹. En la misma línea, pero con una terminología relativamente distinta, el TBI entre Ecuador y Países Bajos determina en su artículo 3(4) que “[c]ada una de las Partes Contratantes respetará cualquier obligación que pueda haber asumido con relación a inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante”²². Estos “compromisos contraídos” u “obligaciones asumidas” pueden tener carácter contractual y, a través de estas cláusulas paraguas, quedan amparadas

18 Jude Antony, “Umbrella Clauses Since *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines*: A Developing Consensus”, *Arbitration International* 29, n.º 4 (1 de diciembre de 2013): 607-40, <https://doi.org/10.1093/arbitration/29.4.607>. Ver, también Naciones Unidas, UN Centre on Transnational Corporations, “Bilateral Investment Treaties” (1988): párr. 164: “[i]ts effect is not to transform the provisions of a State contract into international obligations as between the contracting parties—which would have absurd consequences, for example, for the application of the most-favoured-nation clause. However, it makes the respect of such contracts (or admission documents agreed between the host State and the investor) an obligation under the treaty”.

19 Caroline Richard y Rosario Galardi, “Trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas, cláusula paraguas”, en *Guía de arbitraje de inversión*, ed. Yael Ribco Borman y Sandro Espinosa Quiñones (Lima: Arbanza Escuela de Arbitraje, 2023), 211. Ver también *Noble Ventures, Inc. c. Rumanía*, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/01/11, laudo del 12 de octubre de 2005, párrs. 53-4.

20 Jeswald Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (Oxford: Oxford University Press, 2009), 273. Traducción libre: “*The breach of State contracts and other obligations to investors is not ordinarily considered a breach of international law*”.

21 Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección de inversiones, Washington D. C., 27 de agosto de 1993. Este tratado fue denunciado por la República del Ecuador el 18 de mayo de 2017, su fecha efectiva de terminación fue el 18 de mayo de 2018. Sin embargo, mantiene una cláusula de supervivencia de diez años, por lo que sus disposiciones se mantienen vigentes hasta el 18 de mayo de 2028.

22 Convenio para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Ecuador y el Reino de los Países Bajos, Río de Janeiro, 27 de junio de 1999. Este Tratado fue denunciado por la República del Ecuador el 18 de mayo de 2017, y su fecha efectiva de terminación fue el 1 de julio de 2021. No obstante, mantiene una cláusula de supervivencia de quince años, por lo que sus disposiciones se mantienen vigentes hasta el 1 de julio de 2036.

bajo la protección del TBI. Es decir, su incumplimiento directo implica, a su vez, un incumplimiento al tratado. Al respecto existen dos decisiones relevantes que abordan el tratamiento de las cláusulas paraguas: SGS contra Pakistán y SGS contra Filipinas.

Por un lado, en el caso SGS c. Pakistán, primera decisión arbitral en discutir sustantivamente una cláusula paraguas, se sostuvo que la cláusula paraguas no le otorgaba jurisdicción para conocer de reclamaciones contractuales. Para arribar a esta decisión, el tribunal expresó lo siguiente:

El Tribunal no está diciendo que los Estados no puedan acordar en un TBI que, en lo sucesivo, todos los incumplimientos de los contratos de cada Estado con inversores del otro Estado se conviertan inmediatamente en incumplimientos del TBI y sean tratados como tales. Lo que el Tribunal subraya es que, en este caso, no hay pruebas claras y persuasivas de que tal fuera de hecho la intención tanto de Suiza como de Pakistán al adoptar el Artículo 11 del TBI. Pakistán, por su parte, niega en efecto que, al celebrar el TBI, tuviera tal intención [...]. Creemos y así lo sostenemos que, en las circunstancias de este caso, la reclamación de SGS sobre el artículo 11 del TBI debe ser rechazada²³.

En ese caso, el tribunal señaló que una interpretación tan amplia podría hacer que otros artículos del TBI fueran superfluos. El examen del tribunal fue llevado a cabo considerando las circunstancias particulares del caso y, de manera especial, la redacción precisa de la cláusula.

Por otro lado, el caso SGS contra Filipinas constituye un ejemplo en el que se adoptó una decisión contraria, aunque aplicando el mismo criterio basado en el análisis de las circunstancias del caso. En esa oportunidad, la cláusula paraguas estipulaba que “[c]ada Parte Contratante observará cualquier obligación que haya asumido con respecto a inversiones específicas en su territorio por parte de inversores de la otra Parte Contratante”²⁴.

En este caso el tribunal consideró que la palabra *observará*²⁵ constituía una obligación, y que la frase “cualquier obligación” incluía las obligaciones que asumirá el Estado. Por lo que era necesario darle un efecto a la cláusula contenida en un tratado. El tribunal consideró que los compromisos contractuales eran vinculantes no solo en virtud de la legislación aplicable, sino que también estaban protegidos por la cláusula paraguas del TBI.

23 SGS Société Générale de Surveillance S. A. c. Islamic Republic of Pakistan, Caso CIADI ARB/01/13, párr. 173.

24 Artículo X, Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre la Confederación Suiza y la República de las Filipinas, Manila, 30 de marzo de 1997.

25 El artículo, en su idioma original, empleaba la expresión: “*shall observe any obligation*”.

En definitiva, aunque los tribunales arbitrales pueden adaptar decisiones divergentes respecto del alcance de las cláusulas paraguas, ambas coinciden en un elemento central: la necesidad de analizar las circunstancias del caso y, en particular, el lenguaje utilizado en la cláusula contenida en el tratado. Esto demuestra que el efecto jurídico de este tipo de cláusulas no puede determinarse de forma automática, sino que exige una interpretación contextual que tome en cuenta tanto la voluntad de las partes como el texto del tratado en cuestión.

Regresando al objeto del análisis del presente artículo, la discusión para determinar si una cláusula paraguas puede ser importada a través de cláusulas de NMF se ha centrado en determinar si la naturaleza de las primeras es jurisdiccional o sustantiva. Como se ve en el siguiente apartado, existe una posición que considera que, si una cláusula paraguas atiende a una supuesta naturaleza jurisdiccional, no podría ser aplicada a través de una cláusula de NMF. Sin embargo, las decisiones de tribunales arbitrales de inversiones han dado cuenta del carácter sustantivo de las cláusulas paraguas. Por ejemplo, en el caso entre Frank Charles Arif contra la República de Moldavia²⁶, el tribunal arbitral indicó lo siguiente:

[L]as cláusulas “paraguas” poseen carácter sustantivo. El incumplimiento de compromisos específicos amparados por una cláusula paraguas dará lugar a un incumplimiento sustantivo del TBI. En este sentido, el Tribunal rechaza el argumento de la Demandada de que las cláusulas “paraguas” son de naturaleza procesal y no pueden ser importadas a través de una cláusula de NMF porque ofrecen un medio de protección para las obligaciones contractuales y otros compromisos, en lugar de un estándar único de conducta²⁷.

Más allá de la citada decisión, no se pretende desconocer la existencia de la posición que indica que las cláusulas paraguas comprenden una cuestión jurisdiccional y no sustantiva²⁸. No obstante, en casos recientes como Orazul contra la República Argentina, el rechazo a la importación de una cláusula paraguas a través de la cláusula de NMF no se basó en una supuesta naturaleza jurisdiccional, sino en el alcance de la cláusula NMF dentro del TBI aplicable²⁹. En este caso se indicó, basándose en la decisión del arbitraje entre

26 En este caso, la cláusula de NMF analizada establecía lo siguiente: “[c]ada Parte Contratante concederá [...] a sus inversiones y a las actividades relacionadas con las mismas, un trato no menos favorable que el concedido a sus propios nacionales y sociedades o el concedido a los nacionales y sociedades de la nación más favorecida, si éste fuera más ventajoso”.

27 Frank Charles Arif c. República de Moldavia, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/11/23, laudo del 8 de abril de 2013, párr. 395. Énfasis añadido.

28 Arnaud de Nanteuil, “Umbrella Clauses and the Rule of Law”, en *Investment Protection Standards and the Rule of Law*, ed. August Reinisch y Stephan W. Schill (Oxford: Oxford University Press, 2023).

29 Orazul International España Holdings S. L. c. República Argentina, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/19/25, laudo del 14 de diciembre de 2023, párr. 999.

Teinver y la República Argentina³⁰, que “[e]l TBI no contiene una cláusula paraguas, la cual, por lo tanto, no constituye una materia regida por el TBI”³¹. Lo que indicaba el TBI aplicable en la cláusula de NMF era la expresión “todas las materias regidas por el presente Acuerdo”³², por lo que, aplicando el referido principio *ejusdem generis*, el tribunal decidió rechazar la importación de la cláusula paraguas, pues, al no contener una disposición de este tipo, el tribunal consideró que no se trataba de una materia regida por el tratado³³.

De lo anterior se desprende que la posibilidad de que un tribunal conozca una controversia relativa a la afectación de una inversión por el incumplimiento a una obligación contractual comprende una cuestión sustantiva, pues el efecto de dicho incumplimiento se traduce en una vulneración a la protección sustantiva ofrecida por el TBI. De esta manera, es plenamente lógico afirmar que, si los inversionistas protegidos por los TBI con un tercer Estado tienen derecho a exigir el cumplimiento de compromisos contractuales para proteger su inversión al amparo de una cláusula paraguas, también deberán tenerlo los inversionistas protegidos por el TBI base, aplicando la cláusula paraguas de los TBI con terceros Estados, a través de la cláusula de NMF.

Al tratar a las cláusulas paraguas como una protección sustantiva, la cláusula de NMF permite recurrir a las cláusulas paraguas incluidas en otros TBI suscritos por el Estado receptor con terceros Estados. Por ello, en el caso antes citado de Frank Charles Arif contra la República de Moldavia, el tribunal arbitral decidió aplicar las cláusulas de otros TBI —suscritos por la República de Moldavia con el Reino Unido o Estados Unidos— para otorgar una protección más favorable al inversionista:

Ambas partes están de acuerdo en que una cláusula NMF es aplicable a las obligaciones sustantivas. La cláusula NMF del artículo 4 está redactada en términos generales y no restringe su aplicación a ningún tipo de obligación sustantiva en particular en virtud del TBI. Por lo tanto, el Tribunal considera que la cláusula NMF del TBI puede importar una cláusula “paraguas” (que es de naturaleza sustantiva) del TBI entre Moldavia y Reino Unido o del TBI entre Moldavia y EE. UU., extendiendo así el nivel de protección más favorable otorgado por la cláusula

30 Teinver S. A., Transportes de Cercanías S. A. y Autobuses Urbanos del Sur S. A. c. República Argentina, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/09/1, decisión de jurisdicción del 21 de diciembre de 2012. “En la opinión del Tribunal, al interpretar el alcance de la Cláusula de NMF receptada en el Artículo IV(2) del Tratado, ha de atribuírsele sentido a las palabras decisivas “[e]n todas las materias regidas por el presente Acuerdo”. [...] Según el Tribunal, el sentido claro y corriente de esta fórmula es para hacer referencia a los diversos derechos o formas de protección contenidos en las disposiciones individuales del Tratado”.

31 Orazul International España Holdings S. L. c. República Argentina, párr. 996.

32 Artículo IV(2), Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre la República Argentina y el Reino de España, Buenos Aires, 3 de octubre de 1991. El texto completo del segundo numeral indicaba lo siguiente: “[e]n todas las materias regidas por el presente Acuerdo, este tratamiento no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer país”.

33 Orazul International España Holdings S. L. c. República Argentina, párr. 1003.

paraguas de cualquiera de estos dos TBI al TBI en cuestión. Se rechazan los argumentos en contra de la Demandada. Por lo tanto, el Tribunal goza de competencia para conocer de la reclamación de “compromisos específicos” de la Demandante por la vía de la cláusula NMF recogida en el artículo 4³⁴.

El tribunal arbitral del caso EDF contra la República Argentina llegó a una conclusión similar respecto de la naturaleza de las cláusulas paraguas y, por ende, de la posibilidad de que sean importadas a través de cláusulas de NMF. En este sentido, en dicho caso se determinó que las cláusulas paraguas contienen:

disposiciones claramente sustantivas que exigen el respeto de compromisos explícitos del Estado anfitrión, como los contratos de concesión. El Tribunal concluye así que la Cláusula NMF en el Artículo 4 del TBI Argentina-Francia permite a los Demandantes incorporar las “cláusulas paraguas” de los TBI Argentina-Luxemburgo o Argentina-Alemania³⁵.

No obstante, existen pronunciamientos que se apartan de esta postura, como el laudo dictado en el caso Muhammet Çap contra Turkmenistán. En dicho procedimiento, el artículo que incorporaba la cláusula de NMF exigía la concurrencia de una situación fáctica análoga para que aquella resultara aplicable. El tribunal concluyó que el tenor literal de la disposición impedía a la demandante “basarse en la disposición NMF para importar normas sustantivas de protección de un tratado de un tercero que no estén incluidas en el TBI”³⁶. En consecuencia, al observar que la cláusula se refería expresamente a su aplicación únicamente “en situaciones similares”³⁷, el tribunal estimó que su ámbito de protección quedaba restringido a tales supuestos³⁸. De esta manera, sobre la base del principio *ejusdem generis*, una cláusula paraguas podría ser importada a través de una cláusula de NMF solo cuando comparten materia común³⁹.

Un criterio similar se encuentra en el caso Içkale contra Turkmenistán. En este caso se concluyó que, atendidas las circunstancias, “dada la limitación del ámbito de aplicación de la cláusula NMF a ‘situaciones similares’, no puede interpretarse, de buena fe, que se refiere a normas de protección de las inversiones incluidas en otros tratados de inversión entre un Estado parte y un

34 Frank Charles Arif c. República de Moldavia, párr. 396.

35 EDF International S. A., SAUR International S. A. y León Participaciones Argentinas S. A. c. República Argentina, párr. 936-7.

36 Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. c. Turkmenistán, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/12/6, laudo del 4 de mayo de 2021, párr. 793.

37 Artículo II (2), Acuerdo para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones entre Turquía y Turkmenistán, Ashgabat, 2 de mayo de 1992. El texto estipulaba lo siguiente: “Each Party shall accord to these investments, once established, treatment no less favourable than that accorded in similar situations to investments of its investors or to investments of investors of any third country, whichever is the most favourable”.

38 Muhammet Çap c. Turkmenistán, párr. 790.

39 Id, párr. 86.

tercer Estado”⁴⁰. Esto ratifica que uno de los criterios para determinar si es posible importar una cláusula paraguas mediante la cláusula de NMF depende de que ambas compartan una materia en común y puedan ser aplicadas en situaciones similares.

Ahora bien, existe una posición respaldada respecto de la naturaleza sustantiva de las cláusulas paraguas y, por regla general, de su consideración como trato a efectos de considerar su inclusión en los TBI con otros Estados a través de cláusulas de NMF. Una decisión arbitral más reciente en el caso *Consutel contra Argelia* lo ratifica, esta decisión hace referencia al razonamiento del caso *Frank Charles Arif contra la República de Moldavia*⁴¹. En suma, la importación de cláusulas paraguas a través de cláusulas de NMF es una práctica que se condice con su finalidad y, en general, con la fundamentación del derecho internacional de inversiones⁴².

Como se advirtió anteriormente, la discusión en torno a la naturaleza de la cláusula paraguas y su calificación como uno de aquellos tratos que pueden ser importados bajo la cláusula de NMF se han centrado en determinar su naturaleza jurisdiccional o sustantiva. La razón de esta discusión parte de otra discusión mucho menos pacífica: la determinación de cuestiones jurisdiccionales como tratos que pueden ser importados a través de la cláusula de NMF. Por ello, en el siguiente apartado se abordará si las cuestiones jurisdiccionales —en general— pueden importarse a los TBI con terceros Estados a través de cláusulas de NMF.

4. LA IMPORTACIÓN DE CUESTIONES JURISDICCIONALES MÁS FAVORABLES A TRAVÉS DE CLÁUSULAS DE NMF

El tema realmente controvertido por los tribunales arbitrales de inversiones respecto del alcance de las cláusulas de NMF se refiere a la posibilidad de inclusión de provisiones jurisdiccionales de los TBI —por ejemplo, mecanismos de solución de conflictos o disposiciones regulatorias a dichos mecanismos—. Al respecto, existen dos⁴³ decisiones que han servido como la base de la discu-

40 *İçkale İnşaat Limited Şirketi c. Turkmenistán*, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/10/24, laudo del 8 de marzo de 2016, párr. 329.

41 *Consutel Group S. P. A. c. República Argelina Democrática y Popular*, Tribunal Arbitral del Caso PCA 2017-33, laudo del 3 de febrero de 2020, párrs. 358 y 369.

42 Nicolás de la Flor y Matías Quiroz, “Importando paraguas: Las cláusulas de nación más favorecida y cláusulas paraguas en el arbitraje de inversión”, *Themis Revista de Derecho* 77 (junio de 2020): 481.

43 *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/97/7, Decisión del Tribunal sobre excepciones a la jurisdicción del 25 de enero del 2000. *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Tribunal Arbitral del Caso CIADI ARB/03/24, Decisión sobre jurisdicción del 8 de febrero de 2005.

sión: Maffezini contra España y Plama contra Bulgaria⁴⁴.

Por un lado, el tribunal arbitral del caso Maffezini contra España —en una conocida decisión sobre el tema— determinó que:

si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida, pues son plenamente compatibles con el principio *ejusdem generis*⁴⁵.

En este caso, lo que se pretendió importar a través de la cláusula de NMF fue un plazo de tiempo menor de un *cooling-off period* previo al inicio de un proceso arbitral, lo que para el inversionista era una disposición más favorable contenida en los TBI con terceros Estados. Como se indicó anteriormente, uno de los principios generales para la aplicación de la cláusula de NMF es el de *ejusdem generis*, principio en el cual el tribunal arbitral del antedicho caso basó su decisión.

Por otro lado, en el caso Plama contra Bulgaria, el tribunal arbitral determinó que “una cláusula NMF en un tratado base no incorpora disposiciones de solución de controversias en su totalidad o en parte establecidas en otro tratado, a menos que la disposición de NMF en el tratado base no deje ninguna duda de que las Partes Contratantes tenían la intención de incorporarlas”⁴⁶. Sobre la base de este razonamiento se ha llegado a determinar que, solo si las partes de un TBI lo prevén expresamente, se podrían importar las disposiciones jurisdiccionales de otro TBI a través de una cláusula de NMF.

Las decisiones poco conciliables de los tribunales arbitrales han tenido como consecuencia que los redactores de los TBI incluyan disposiciones expresas sobre si las cláusulas de NMF permiten o no la importación de provisiones referentes a mecanismos de solución de conflictos. Así, por ejemplo, el modelo de TBI de la Mancomunidad de Australia expresa, al final de su artículo 3(3), que la cláusula de NMF incluye “el mecanismo de resolución de conflictos sobre las inversiones o rendimientos, cualquiera que resulte más favorable para el inversor”⁴⁷. Por otro lado, el TBI entre Colombia y Suiza de 2011, a través de una adición a un artículo, establece que “[p]ara mayor certeza, se entiende que el tratamiento de nación más favorecida [...] no incluye los mecanismos de resolución de diferencias relativas a inversiones concluidas por la Parte

44 Para una ampliación sobre el impacto de estas dos decisiones, ver Stephan W. Schill, “Maffezini v. Plama: Reflections on the Jurisprudential Schism in the Application of Most-Favored-Nation Clauses to Matters of Dispute Settlement”, en *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, ed. Meg Kinnear et al., (Países Bajos: Wolters Kluwer, 2016), capítulo 18.

45 Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España, párr. 56.

46 Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria, párr. 223.

47 Artículo 3(3), Tratado Bilateral de Inversiones Modelo de la Mancomunidad de Australia, 2008.

concerniente”⁴⁸.

A raíz de la antedicha discusión, la doctrina ha determinado que lo más adecuado es que la jurisdicción de un tribunal arbitral sí pueda ser expandida a través de una cláusula de NMF, siempre que el texto y la interpretación de los TBI así lo permitan. Esto es concordante con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que: “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”⁴⁹. Según Schill, en lo que respecta al alcance de las cláusulas de NMF, no hay razón para diferenciar la protección sustantiva de la jurisdiccional, pues “las desigualdades de procedimiento pueden alterar la igualdad de condiciones entre los inversores extranjeros que las cláusulas NMF pretenden crear. Estas desigualdades no deben aceptarse a la ligera”⁵⁰.

En la misma línea, el Grupo de Estudio de las Naciones Unidas sobre las cláusulas de NMF llegó a la conclusión de que, sin perjuicio de ciertas decisiones preliminares de parte de tribunales arbitrales de inversiones, actualmente “no cabe duda de que, en principio, las disposiciones de NMF pueden aplicarse a las disposiciones de solución de diferencias de los TBI”⁵¹. En general, lo que debe probarse es que la importación de disposiciones jurisdiccionales a través de cláusulas de NMF es consistente con la intención de las partes contratantes del tratado⁵². Los tribunales arbitrales, a través de un ejercicio de interpretación de los TBI, deberán resolver si las provisiones relativas a la solución de conflictos son compatibles y no afectan el consentimiento otorgado por el Estado receptor de la inversión⁵³.

Por ejemplo, en el previamente citado caso entre Orazul y la República Argentina, a pesar de la interpretación más restrictiva adoptada por el tribunal en cuanto a la cláusula paraguas, el tribunal aceptó la importación de disposiciones jurisdiccionales porque, según su criterio, la cláusula de NFM del tratado aplicable así lo permitía:

que el Artículo IV(2) es suficientemente amplio como para cubrir una disposición sobre resolución de controversias incluida en el Artículo

48 Adición al artículo 4, parágrafo 2, Convenio entre la República de Colombia y la Confederación Suiza sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, Berna, 1 de julio de 2011.

49 Artículo 31, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969.

50 Stephan W. Schill, “Allocating Adjudicatory Authority: Most-Favoured-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction—A Reply to Zachary Douglas”, *Journal of International Dispute Settlement* 2, n.º 2 (agosto de 2011): 370.

51 Naciones Unidas, “Reporte final del grupo de estudio sobre la cláusula de nación más favorecida”, párr. 162.

52 Luis Miguel Velarde Saffer e Isabella Cannatà, “Expropiación, trato nacional y trato de la nación más favorecida”, en *Guía de arbitraje de inversión*, ed. Yael Ribco Borman y Sandro Espinosa Quiñones (Lima: Arbanza Escuela de Arbitraje, 2023), 197.

53 Naciones Unidas, “Reporte final del grupo de estudio sobre la cláusula de nación más favorecida”, párr. 163. Ver también Zaza Okuashvili c. Georgia, Tribunal Arbitral del Caso SCC V 2019/058, laudo parcial sobre jurisdicción y admisibilidad, 31 de agosto de 2022, párr. 187.

13 del TBI Australia-Argentina y en el Artículo VII del TBI EE. UU.-Argentina. El Tribunal arribó a esta conclusión habida cuenta del hecho de que la resolución de controversias era “una materia regida por el presente Acuerdo” dado que el Artículo X del TBI aborda expresamente la resolución de controversias⁵⁴.

En este sentido, una de las decisiones más recientes al respecto permitió la importación de disposiciones jurisdiccionales después de analizar (i) si la noción de *tratamiento*, mencionada en la cláusula de NMF del TBI base, abarcaba el consentimiento de las partes a un foro de arbitraje internacional al que pueda recurrir un inversionista protegido por el TBI, (ii) si la cláusula de NMF del TBI base permitía importar una cláusula de solución de controversias facultativa de otro TBI y prescindir de la exclusividad del arbitraje CIADI en el TBI base, y (iii) si un arbitraje bajo las reglas de la Cámara de Comercio de Estocolmo era efectivamente más favorable que uno bajo reglas CIADI⁵⁵.

Esta decisión va de la mano con las conclusiones a las que llegó el Grupo de Estudio de las Naciones Unidas sobre las cláusulas de NMF. En definitiva, la importación de disposiciones jurisdiccionales a través de cláusulas de NMF depende de la interpretación de cada TBI, pero “mal se podría afirmar de manera general que la aplicación de la cláusula NMF a cuestiones procedimentales viola el consentimiento del Estado receptor de una inversión de someterse a arbitraje en todos o en ningún caso”⁵⁶.

5. CONCLUSIÓN

Actualmente, el alcance de las cláusulas de nación más favorecida sigue ocasionando opiniones divergentes, tanto en tribunales arbitrales como en la doctrina. De todas formas, sobre la base de lo expuesto a la luz de la jurisprudencia y los comentarios más recientes, se puede concluir lo siguiente.

En primer lugar, es indiscutible que el propósito de las cláusulas de nación más favorecida es importar a un tratado bilateral de inversión base el trato con un tercer Estado cuando este último es más favorable para el inversionista.

En segundo lugar, el límite al alcance de las cláusulas de nación más favorecida no se encuentra en la naturaleza del tipo de disposición que se pretende importar —es decir, si esta es sustantiva o jurisdiccional—, sino en la amplitud o estrechez de la cláusula misma. Para determinar este aspecto, los tribunales arbitrales deben realizar un ejercicio de interpretación del tratado a la luz de la

54 Orazul International España Holdings S. L. c. República Argentina, párr. 995.

55 *Zaza Okuashvili c. Georgia*, Sección V(B).

56 Gabriela Rivadeneira Chacón, “¿En qué medida la cláusula nación más favorecida (NMF) viola el consentimiento del Estado receptor de una inversión para someterse a arbitraje y por qué?”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 10 (noviembre de 2019): 355.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, con el fin de determinar si la importación de determinada disposición contraviene o no el consentimiento de las partes de ofrecer cierto tipo de protección a la inversión o las condiciones en el sometimiento a arbitraje como mecanismo de solución de conflictos.

En tercer lugar, se determinó que las cláusulas paraguas, al menos a la luz de una posición mayoritaria, comprenden una protección sustantiva a las inversiones, por lo que deberían, por regla general, excluirse de la discusión en cuanto a la posibilidad de importación de disposiciones sustantivas o jurisdiccionales a través de cláusulas de nación más favorecida.

En cuarto lugar, más allá de lo anterior, se encontró que no es poco común la importación directa de disposiciones jurisdiccionales de un TBI a otro a través de las cláusulas de nación más favorecida cuando estas son más favorables para el inversionista, sin perjuicio de la limitación que la interpretación del tratado sobre la voluntad de los suscriptores impone.

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

Manta

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

EQUITY

CORPORATE LAW & TECHNOLOGY



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

Disyuntivas: naturaleza jurídica de la doctrina de las manos limpias en el arbitraje internacional de inversiones

Crossroads: The Legal Nature of the Clean Hands Doctrine in International Investment Arbitration

RAFAELLA ROMO-LEROUX CHACÓN*

Recibido / Received: 25/07/25

Aceptado / Accepted: 28/10/25

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3919>

Citación:

Romo-Leroux Chacón, Raffaella. “Disyuntivas: naturaleza jurídica de la doctrina de las manos limpias en el arbitraje internacional de inversiones”. *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 2. (noviembre de 2025): <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3919>.

* Corte Constitucional del Ecuador, Asesora, casilla postal 170523, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: rafaellaromoleroux@gmail.com, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-8094-6346>.

RESUMEN

Existen varias limitaciones a la protección de las inversiones extranjeras. Una de ellas es la doctrina de las manos limpias, figura que pretende impedir que inversionistas accedan a métodos alternativos de solución de conflictos, como el arbitraje, cuando han realizado actos catalogados bajo el paraguas de la corrupción. En este sentido, la naturaleza jurídica de dicha figura, aplicable por tribunales arbitrales, es controvertida. Pudiéndose aplicar como un requisito de legalidad del tratado bilateral de inversiones, regla de orden público o principio general del derecho internacional. El presente estudio analizó, mediante una metodología integral, el sistema internacional de protecciones como una institución fundamental, la doctrina de las manos limpias como una máxima de la equidad y los laudos más aclamados por la literatura para demostrar que la esencia de la doctrina no puede ser otra que aquella condicionada a la presencia de una cláusula de “remisión” al derecho interno de los Estados anfitrión en los tratados de inversiones.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje internacional, inversiones, corrupción, doctrina de las manos limpias, naturaleza jurídica

ABSTRACT

There are several limitations to the protection of foreign investments. One of them is the doctrine of clean hands, a figure that seeks to prevent investors from accessing alternative dispute resolution, such as arbitration, when they have carried out acts classified as corruption. In this sense, the legal nature of such figure, applicable by arbitration tribunals, is controversial. It can be applied as a requirement of legality of a bilateral investment treaty, a truly international public policy, or a general principle of international law. This study analyzed, through an integrated methodology, the international system of protections as a fundamental institution, the doctrine of clean hands as a maxim of equity, and the most acclaimed awards in the literature, to demonstrate that the essence of the doctrine cannot be other than that conditioned upon the existence of a ‘remission’ clause to domestic law within investment treaties.

KEYWORDS

International arbitration; investment; corruption; clean hands doctrine; legal nature

1. INTRODUCCIÓN

El 24 de febrero de 1998, como lo narra el autor americano Bulovsky, el gobierno de Kenia tomó control de las tiendas de la empresa World Duty Free Company Limited en los aeropuertos de Nairobi y Mombasa. El propósito de los funcionarios era claro: borrar toda la evidencia de que la inversión de dicha compañía se había realizado en el país a través de un soborno avaluado en dos millones de dólares al expresidente Daniel arap Moi¹.

Aun así, cuando la empresa demandó el incumplimiento del tratado bilateral de inversiones (en adelante TBI), por expropiación directa de la inversión, el Estado anfitrión manifestó como excepción a la jurisdicción que la inversión no podía considerarse protegida al haberse realizado mediante actos ilegales²; empleando de esta manera la renombrada doctrina de las manos limpias (en adelante DML).

Si bien el caso citado es tan solo un ejemplo de los escenarios en los que el Estado participó de corrupción, son muchos los casos en los que los inversores han actuado de manera aislada e ilegítima para conseguir inversiones. A consecuencia de ello, como se examinará en este trabajo, en los últimos veinte años, los Estados han aplicado —con mayor frecuencia— la DML como un “escudo” ante los convenios arbitrales que permiten que inversionistas protejan su inversión en el marco del derecho internacional público³.

No obstante, existe un amplio debate acerca de cuál es la naturaleza jurídica de la doctrina aplicable al arbitraje internacional de inversiones. Pues la misma ha sido poco analizada por tribunales arbitrales, no existe consenso y tampoco se ha desarrollado una regulación expresa que la condicione.

Independientemente de que podría parecer una discusión meramente teórica, determinar la esencia legal de dicha doctrina resulta relevante dado que prefiere bajo qué condiciones y cuándo es efectiva esta “defensa de la corrupción”. Puesto que, si se considera un principio general del derecho internacional o norma de orden público propiamente internacional, no resultaría necesario que exista una remisión al derecho interno o una disposición expresa en el TBI para determinar que la inversión se encuentra fuera de protección. Por el contrario, de identificarse como un concepto dependiente de la legalidad del propio tratado, se requeriría de una cláusula expresa. De esta manera, provocando que muchos actos de corrupción pudiesen quedar impunes a falta de ella.

1 Andrew Bulovsky, “Promises Unfulfilled: How Investment Arbitration Tribunals Mishandle Corruption Claims and Undermine International Development”, *Michigan Law Review* 118 (2019): 118.

2 *Ibid.*, 118.

3 Isuru Devendra, “State Responsibility for Corruption in International Investment Arbitration”, *Journal of International Dispute Settlement* 10 (2019): 248.

En aras de brindar una respuesta a dicha interrogante, este artículo analiza el sistema de protección de las inversiones internacionales en atención a su origen, motivo de existencia, y posibles limitaciones. En segundo lugar, determina a la corrupción como un mal internacional que ha dado lugar a la DML. Y, finalmente, aborda el razonamiento jurídico de los laudos arbitrales más renombrados en la materia.

Para tal efecto se han extraído tres líneas teóricas principales que buscan dar solución al carácter de la DML utilizado en el arbitraje internacional de inversiones (en adelante AII). Las mismas se expondrán brevemente con el fin de observar sus planteamientos y guiar el desarrollo de la investigación.

En primera instancia, bajo la concepción del *legality requirement*, una inversión no puede declararse ilegal cuando en el TBI no se ha determinado como obligación explícita que la misma deba constituirse acorde a la normativa interna del Estado anfitrión o en ausencia de actos corruptos⁴. Una obligación que, generalmente, se encuentra presente en la cláusula definitoria de inversión y que podría llevar a los foros arbitrales a declarar que carecen de jurisdicción de carácter *ratione materiae* y *ratio voluntatis*. La DML, así, sería un concepto jurídico dependiente de la legalidad del propio TBI⁵.

Dentro de esta posición, es significativo mencionar que el requisito de legalidad aplica sobre una base temporal: el momento de realización de la inversión. Por tanto, si los actos de ilegalidad ocurriesen con posterioridad al establecimiento de la inversión, es decir, durante su ejecución, la DML no resultaría aplicable y la inversión se mantendría protegida⁶.

En segunda instancia, la línea doctrinal, catalogada como *transnational public policy*, establece que la violación de reglas internacionales anticorrupción, contempladas en convenios internacionales, derecho comparado o laudos arbitrales, por parte de la inversión, provocaría que los tribunales carezcan de jurisdicción. En este sentido, la DML tendría el carácter de una norma de orden público propiamente internacional⁷. Ciertos autores han manifestado que el hecho de que el inversionista hubiese sobornado al mandatario del Estado anfitrión para obtener una concesión reflejaría una violación a la misma⁸.

En tercera instancia, desde el ámbito del derecho internacional público, existen aquellos que sostienen que, en ausencia de un requisito de legalidad o

4 Andrés A. Calderón Campos, “Corrupción en arbitraje internacional de inversiones: ¿Es un peligro o un salvavidas para países en desarrollo?”, *Themis Revista de Derecho* 77 (2020): 459.

5 Mariano de Alba, “Drawing the Line: Addressing Allegations of Unclean Hands in Investment Arbitration”, *Revista de Direito Internacional* 12 (2015): 325-6.

6 Lodovico Amianto, “The Role of ‘Unclean Hands’ Defenses in International Investment Law”, *McGill Journal of Dispute Resolution* 6 (2019): 10-11.

7 Amianto, “The Role of ‘Unclean Hands’ Defenses”, 20-23.

8 De Alba, “Drawing the Line: Addressing Allegations”, 326.

regla de orden público, la DML sería implementable como un principio general del derecho internacional⁹. Esta corriente razona que la doctrina forma parte de la conciencia jurídica de los sistemas anglosajón y grecorromano, pero también ha sido expresamente referida por árbitros como la máxima latina “no se puede oír a nadie invocar su propia vileza”¹⁰.

Debido a que el propósito de este estudio es indagar laudos arbitrales en los que se haya analizado la naturaleza jurídica de la DML, cada una de estas posturas serán abordadas en el desarrollo. Sin embargo, considerando que la controversia en cuanto al problema jurídico propuesto se encuentra vigente, se ha observado mayor predominio de la línea teórica descrita como *legality requirement* en escritos similares. Por lo cual, este texto expone por qué ha sido determinada como la mejor implementable al AII.

2. DESARROLLO

El desarrollo del trabajo está dividido en tres puntos. En primer lugar, se revisan orígenes, razón de existencia y limitaciones al sistema de protección de las inversiones internacionales. En segundo lugar, se determinan los orígenes de la DML, delimitando su relación con la corrupción en el ámbito internacional de las inversiones. Tercero, se realiza una revisión exhaustiva de los laudos arbitrales más renombrados en la materia para determinar la naturaleza jurídica de la DML, revisando su aplicación práctica.

2.1. EL SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES INTERNACIONALES: ¿INSTITUCIÓN FUNDAMENTAL?

Previo a analizar la naturaleza de la DML aplicable al AII, resulta necesario puntualizar por qué los inversionistas pueden acudir a este método alternativo de solución de conflictos para solicitar una protección a las inversiones realizadas en un Estado ajeno al de su nacionalidad. Consecuentemente, en este primer epígrafe se discuten los orígenes del derecho internacional de inversiones, por qué existe una protección a la inversión extranjera y cuáles son las posibles limitaciones a este amparo.

2.1.1. UN INICIO: EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES

A breves rasgos, el derecho internacional de inversiones tiene como fundamento un conjunto de reglas que resguardan internacionalmente a la

9 Liew Dominic Junior, “Finding Clarity amidst Confusion: Cleaning up the Clean Hands Doctrine in International Investment Law”, *Singapore Academy of Law Journal* 32 (2020): 646-655.

10 Amianto, “The Role of “Unclean Hands” Defenses”, 16.

inversión extranjera frente a las acciones, en ciertos casos abusivas, de los Estados anfitriones¹¹.

En un inicio, si se suscitaba un conflicto entre el inversionista y Estado anfitrión, el primero solamente podía demandar al segundo en los tribunales locales de ese país o solicitar al Estado de su nacionalidad protección diplomática. En cuanto a esta última, se buscaba una negociación o disputa legal entre el Estado de nacionalidad y el Estado anfitrión, sin permitir la intervención del inversionista por sí mismo¹².

No obstante, como lo reconoce Bulovsky, después de la Gran Depresión y dos guerras mundiales, existió un colapso de la economía global que trajo preocupación a los líderes. Estos identificaron que la integración económica era clave para mantener la paz y, por ello, crearon lo que eventualmente fueron el Banco Mundial (en adelante BM) y el Fondo Monetario Internacional (en adelante FMI). Logrando así la liberación de las inversiones y el incremento del crecimiento económico internacional¹³.

A la luz de García Rodríguez, en 1959 se consagran por primera vez las protecciones a las inversiones extranjeras en instrumentos catalogados como TBI y tratados multilaterales de inversiones (en adelante TMI). Las naciones pioneras en suscribir este tipo de instrumento fueron Alemania y Pakistán¹⁴, debiéndose su creación a que, incluso con el apoyo de organismos como el BM y FMI, todavía existía demasiado riesgo para el inversionista en el ambiente de los países anfitriones. Los TBI establecieron reglas más claras, estándares internacionales de inversión y mecanismos efectivos de ejecución de lo acordado¹⁵. A continuación se presenta un resumen de los estándares comunes en dicha materia y se ve su objeto ulterior: proteger la inversión internacional.

11 Omar E. García-Bolívar, "La crisis del derecho internacional de inversiones extranjeras: Propuestas de reforma", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* 3 (2015): 139.

12 Campbell McLachlan, "Investment Treaties and General International Law", *International and Comparative Law Quarterly* 57 (2008): 365.

13 Bulovsky, "Promises Unfulfilled: How Investment Arbitration", 121.

14 Isabel García Rodríguez, *La protección de las inversiones exteriores* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005), 55-6.

15 Giovanni Gutiérrez Lucar, "La doctrina de las manos limpias o *clean hands* en el arbitraje de inversión: Una herramienta para combatir la corrupción y su aplicación a una disputa peruana", tesis de maestría, Universidad de Lima, 2021, 123.

Trato justo y equitativo	Impone al Estado anfitrión la obligación de actuar de forma coherente, libre de ambigüedades y con total transparencia en sus relaciones con el inversionista, de forma que pueda conocer de antemano todas las normas que regirán sus inversiones, así como los objetivos de las políticas y prácticas administrativas pertinentes.
Protección y seguridad plena	Impone al Estado anfitrión la obligación de vigilancia y cuidado para la prevención de daños por parte de terceros a los bienes de los inversionistas.
Trato nacional	Impone al Estado anfitrión la obligación de no hacer ninguna diferenciación negativa entre inversionistas extranjeros y nacionales al promulgar y aplicar sus normas.
Trato de nación más favorecida	Otorga a los inversionistas cualquier beneficio o ventaja otorgada por el Estado anfitrión a inversionistas de cualquier tercer país.

Tabla 1. Estándares internacionales de inversión
Elaboración propia a partir de Ansari Mahyari y Raisi¹⁶.

En este punto cabe hacer hincapié en que un TBI es una evolución de los tratados de amistad, comercio y navegación realizados por los Estados a partir del siglo XVIII. Es decir, nacen del acuerdo de voluntad entre dos o más naciones, pero su peculiaridad es que buscan beneficiar a un tercero: el inversionista¹⁷. En virtud de lo cual, si bien el inversionista no negocia las protecciones a las inversiones entre los Estados parte en el TBI, puede hacer uso de este instrumento para acudir a instituciones arbitrales como CIADI, Corte Permanente de Arbitraje, Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, entre otras, para exigir las¹⁸.

A saber, en 1966, bajo la influencia del BM, se suscribió el Convenio CIADI que, en su artículo 25, establece que la jurisdicción de los árbitros del centro tiene como finalidad resolver los conflictos jurídicos entre uno de los Estados contratantes y el nacional de otro¹⁹. Se debe prestar atención a las partes que prescribe como intervinientes: Estado anfitrión e inversionista. Pues, para acudir a arbitraje, tanto nacional como internacional, se requiere cardinalmente del consentimiento de las partes.

16 Alireza Ansari Mahyari y Leila Raisi, "International Standards of Investment in International Arbitration Procedure and Investment Treaties", *Jurídicas* 15 (2018): 17-30.

17 García Rodríguez, *La protección de las inversiones exteriores*, 50-1.

18 Gutiérrez Lucar, "La doctrina de las manos limpias", 5.

19 Convenio CIADI, Washington, 14 de octubre de 1966, artículo 25.

En el AII dicho consentimiento puede ser otorgado de tres maneras: mediante una cláusula compromisoria presente en el TBI, una norma presente en el ordenamiento del Estado anfitrión que ofrezca arbitraje a inversionistas en términos generales y una cláusula compromisoria en el contrato realizado directamente entre el inversor y el Estado anfitrión²⁰. En cuanto a la primera, modo apreciable en esta investigación, los Estados parte se comprometen a propiciar a los inversionistas la facultad de acudir a un foro neutral para salvaguardar sus inversiones. En otras palabras, se habla de una oferta abierta del Estado anfitrión para arbitrar, que puede ser aceptada o no por inversionistas perjudicados²¹.

2.1.2. UN NUDO: ¿POR QUÉ SE PROTEGEN LAS INVERSIONES INTERNACIONALES?

Como se ha expuesto, el derecho internacional de inversiones busca proteger aquellas inversiones internacionales de actos o situaciones que se puedan presentar en el Estado anfitrión de esta. Ahora bien, la finalidad ulterior o el motivo por el cual los Estados se comprometen a otorgar estas garantías ha sido discutido ampliamente por la doctrina, arribándose a una variedad de motivos que, lejos de ser excluyentes, suelen coexistir y reforzarse mutuamente.

En este sentido, autores como Snyder puntualizan que el propósito principal de proteger a la inversión extranjera se puede resumir en que los Estados buscan aumentar el flujo de capital de naciones desarrolladas hacia aquellas en desarrollo. Esta intencionalidad se fundamenta en el humanitarismo e interés personal²².

Por un lado, los países industrializados, en el contexto global actual, no pueden desconocer la pobreza en otras naciones y las diferencias en los estándares de vida²³. Por otro, reconocen que su propio progreso económico depende en gran medida de que dichas naciones incrementen la producción de materias primas y se integren en los mercados internacionales²⁴. De hecho, diversos estudios muestran que los Estados que contribuyen en el desarrollo de otros mercados suelen crear relaciones comerciales más duraderas, en parte gracias al compromiso de poblaciones con menos oportunidades²⁵.

Este planteamiento se complementa con otra dimensión igualmente relevante: se protege a la inversión extranjera porque los Estados anfitriones son un

20 Christoph Schreuer, "Investment Arbitration", en *The Oxford Handbook of International Adjudication*, ed. C. Romano, K. J. Alter, y Y. Shany (Oxford: Oxford University Press, 2013), 302-3.

21 Ibid.

22 Earl Snyder, "Foreign Investment Protection: A Reasoned Approach", *Michigan Law Review* 61 (1963): 1087.

23 Ibid., 1087.

24 Fuad Zarbiyev, "'These are my principles. If you don't like them, I have others.' On justifications of foreign investment protection under international law", *Journal of International Economic Law* 26 (2023): 525-41.

25 Snyder, "Foreign Investment Protection: A Reasoned Approach", 1088.

lugar de desconfianza. Existe una diferencia dinámica entre el inversionista y el Estado que lo aloja, ya que dicha nación tiene jurisdicción exclusiva sobre las personas, propiedades y actividades que tienen lugar en su territorio. Por tanto, normas y jueces locales pueden hallarse viciados en contra de los inversionistas extranjeros. Consecuentemente, se suponen un actor vulnerable²⁶.

Finalmente, desde un ámbito económico, la inversión es rentable dado que refuerza las economías de los Estados anfitriones al otorgarles liquidez²⁷. Empero, un concepto económico elemental es que el capital solamente se desplaza si existe una ganancia. Si no hay una legítima expectativa de lucro, las inversiones tienden a no dejar su país de nacionalidad, incluso si se encuentran fuertemente protegidas en otro²⁸.

Teniendo en cuenta la interacción de todos estos factores, las últimas décadas han sido extremadamente rentables para países con altos índices de inversión. Entre estos, por ejemplo, Estados Unidos, China y Singapur acumularon el 46,31 % de las inversiones en las top 20 economías anfitrionas del año 2022²⁹. Dichas cifras se pueden verificar en el siguiente gráfico.

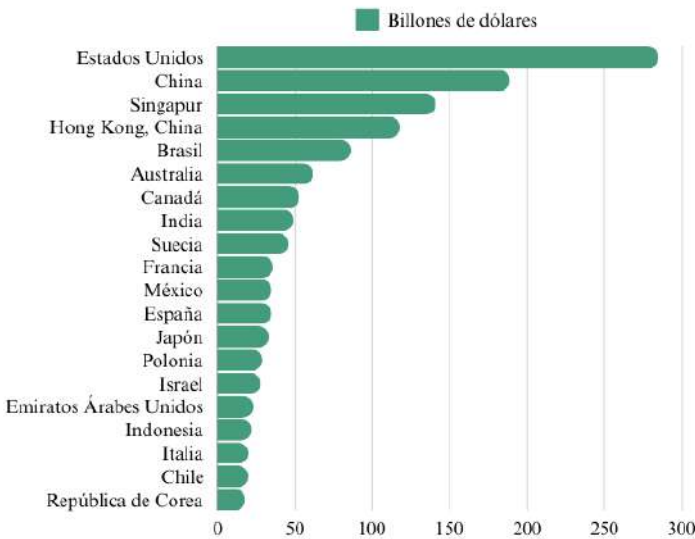


Gráfico 1. Inversiones extranjeras, top 20 economías del año 2022

Elaboración propia a partir de United Nations Conference on Trade and Development³⁰.

26 Zarbiyev, “These are my principles.”, 531-3.

27 A pesar de ello, se debe tener en cuenta el derecho a la libre transferencia de capitales. Derecho en contrapartida a la liquidez, que permite que el inversionista transfiera libremente sus ganancias, capital, dividendos u otros fuera del Estado anfitrión. Naciones Unidas, *Transfer of Funds* (Nueva York: United Nations Publications, 2000), 5-6.

28 Snyder, “Foreign Investment Protection: A Reasoned Approach”, 1088.

29 United Nations Conference on Trade and Development, *World Investment Report 2023* (Ginebra: United Nations Publications, 2023), 8.

30 *Ibid.*, 8.

2.1.3. UN DESENLACE: LA PROTECCIÓN A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS NO ES ABSOLUTA

Las protecciones que otorgan los TBI a las inversiones no son y no pueden ser absolutas. Existen ocasiones en las que el proceder de los inversores tiene efectos peyorativos en la sociedad³¹. En atención a lo cual se puede hablar de limitaciones a los tratados, no taxativamente, en cuanto a derechos humanos, derecho ambiental, y figuras anticorrupción como la DML.

Con relación a los derechos humanos (en adelante DD. HH.), se advierte que árbitros en el AII todavía tienden a verlos como una causa probable de disturbios políticos, inmiscuyéndose en su ámbito autónomo, y cuyas reglas de juego vienen determinadas por el pensamiento neoliberal³². Para estos, la protección a las inversiones extranjeras se ha establecido para beneficiar al inversionista, mientras que los DD. HH. fungirían como una defensa de Estados que han interferido en inversiones³³.

Aun así, como lo sugiere Simma, el cumplimiento de los DD. HH. debe ser una prioridad en la política pública de un Estado anfitrión decente y, por tanto, debe afectar a las protecciones de los TBI. De suerte que su acatamiento dependería del volumen de tratados internacionales ratificados por dicho Estado; y la exigibilidad de las obligaciones derivadas de tales tratados dependería del sistema interno de incorporación, rango y eventual eficacia directa del derecho internacional³⁴.

Análogamente, en el ámbito del derecho ambiental, la noción de desarrollo sostenible se ha usado como un intento de conciliar la salvaguardia del medio ambiente con el desarrollo económico³⁵. Muchos tribunales arbitrales han buscado equilibrar la aplicación de las normas de protección a la inversión con aquellas de origen ambiental pertenecientes al Estado anfitrión³⁶. De todos modos, las incoherencias en la aplicación de estas primeras han alimentado una creciente preocupación sobre la capacidad de los Estados de implementar cambios normativos en un contexto de demandas arbitrales por “medidas medioambientales adversas”³⁷.

En última instancia, en la esfera del derecho internacional público, la DML

31 García Rodríguez, *La protección de las inversiones exteriores*, 225-8.

32 Bruno Simma, “Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights?”, *International and Comparative Law Quarterly* 60 (2011): 576.

33 *Ibid.*, 577.

34 Eulalia W. Petit de Gabriel, “‘Clean Hands Revisited’: El eterno retorno de una doctrina discutible”, *Anuario Español de Derecho Internacional* 39 (2023): 376.

35 Camille Martini, “Balancing Investors’ Rights with Environmental Protection in International Investment Arbitration”, *The International Lawyer* 50 (2017): 561-2.

36 Ver *Parkerings-Compagniet AS c. República de Lituania*, CIADI, 11 de septiembre de 2007, párr. 288.

37 Martini, “Balancing Investors’ Rights with Environmental”, 533.

ha adquirido la fama de ser una “defensa anticorrupción” que impone responsabilidades al inversionista extranjero y no le permite beneficiarse del arbitraje para resguardar su inversión³⁸. Esto a pesar de que muchos autores argumentan que los actos ilícitos no podrían haber tenido lugar sin la participación del Estado³⁹.

2.2. LA DML: LIMITANTE A LA PROTECCIÓN DE LAS INVERSIONES INTERNACIONALES

Al fijar a la DML como una de las posibles limitaciones a la protección de las inversiones, en este apartado se delimitan los actos a considerarse ilegales por los tribunales arbitrales en el momento de aplicar la DML y discutir su naturaleza. Para ello, en primer lugar, se revisa la regulación de la corrupción en la normativa internacional y su implicación en el derecho internacional de inversiones. Luego, se precisan las raíces y evolución histórica de la DML, señalando sus vínculos con el principio de *equity*.

2.2.1. CORRUPCIÓN INTERNACIONAL: VIRUS EN LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Debido a su manifestación en varias dimensiones, la corrupción no puede ser absolutamente conceptualizada. Sin perjuicio de ello, puede ser entendida como los actos que se efectúan con la intención de obtener una ventaja incompatible con el deber y los derechos de los demás⁴⁰. Así, un factor elemental para detectar a la corrupción es la presencia de un “incentivo” que fluye de una parte a otra con el fin de favorecer a la primera⁴¹.

En los últimos años, la corrupción se ha invocado en el AII tanto como una “espada” como un “escudo”. Para los inversionistas, una estrategia de ataque, por ejemplo, al presentar una demanda asentada en la solicitud de un soborno por parte de funcionarios; y, para los Estados anfitriones, una defensa frente a demandas de incumplimiento basándose en que la inversión se obtuvo ilegítimamente⁴².

Ahora bien, un punto que considerar al examinar el carácter de la DML es que los ordenamientos jurídicos de los Estados anfitriones generalmente tipifican como delito ciertas prácticas que encuentran cabida bajo el “paraguas” de la

38 Ashfaquzzaman Chowdhury, “The Viability and Potential of Corruption-Based Counterclaims in Treaty-Based ISDS Cases under ICSID Tribunals”, *Erasmus Law Review* 1 (2022): 56-7.

39 *Ibid.*, 57.

40 Ayodeji Akindeire, “Corruption in Investor-State Arbitration: Balancing the Scale of Culpability”, en *Handbook of International Investment Law and Policy*, ed. J. Chaisse, L. Choukroune, y S. Jusoh (Singapur: Springer, 2021), 1-2.

41 *Ibid.*, 2.

42 Devendra, “State Responsibility for Corruption”, 248-9.

corrupción. Entre ellos, el tráfico de influencias, cohecho o la malversación⁴³. Como se observará posteriormente, toda inversión bajo una concepción de la DML, para encontrarse protegida bajo los TBI, debe ser realizada fuera de los delitos tipificados nacionalmente.

Aun así, la corrupción es un fenómeno transnacional que requiere la cooperación de los Estados para ser combatido⁴⁴. Por ello, instrumentos internacionales como la UNCAC buscan incentivar la adopción de medidas de toda índole con el fin de castigar comportamientos ilegales. Fundamentalmente, el mencionado, trata actos como soborno, peculado, apropiación indebida, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, blanqueo del producto del delito, encubrimiento y obstrucción de justicia⁴⁵.

En cuanto al soborno, uno de los actos ilegales preponderantes en casos arbitrales, el mismo puede ser identificado como la promesa o concesión, de forma directa o indirecta, a un agente estatal de un beneficio indebido con el fin de que actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones⁴⁶. Un concepto conflictivo, pues sugiere que, para que tenga lugar el hecho corrupto, se requiere la participación de funcionarios.

Por otro lado, en cuanto a la carga de la prueba de corrupción, la misma corresponde a quien la alega bajo el aforismo *actori incumbit onus probandi*. Empero, la complejidad de obtener y aportar pruebas directas que constaten los hechos ilegítimos y la falta de uniformidad en el estándar requerido por parte de los foros produce que la generalidad de las reclamaciones no prospere. Habitualmente las empresas o funcionarios no dejan constancia escrita de tales actuaciones y los testimonios presentan contradicciones que ponen en duda su fiabilidad⁴⁷.

Por esta razón, la corrupción suele tener mayor incidencia en países con instituciones débiles y democracias frágiles, Estados en desarrollo. En ellos resulta más fácil esconder las actuaciones ilegales y no ser encontrado responsable por los tribunales nacionales⁴⁸. Sin embargo, para estos Estados que dependen de la inversión extranjera como sustento de su economía, la corrupción se ha convertido en un enorme obstáculo al momento de atraer nuevos inversionistas⁴⁹.

43 Laura Aragonés Molina, "La corrupción en las inversiones internacionales: Análisis de los efectos jurídicos de la corrupción en el arbitraje de inversiones ante el CIADI", *Cuadernos de Derecho Transnacional* 15 (2023): 90.

44 *Ibid.*, 90.

45 Ver Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante UNCAC), Nueva York, 31 de octubre de 2003, ratificada por Ecuador el 15 de diciembre de 2005, artículos 15-25.

46 Artículo 16, UNCAC.

47 Aragonés Molina, "La corrupción en las inversiones internacionales", 117.

48 Margareta Habazin, "Investor Corruption as a Defense Strategy of Host States in International Investment Arbitration: Investors' Corrupt Acts Give an Unfair Advantage to Host States in Investment Arbitration", *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 18 (2017): 805-8.

49 Habazin, "Investor Corruption as a Defense Strategy", 805.

De acuerdo con las estadísticas de la organización Transparency International, para 2023, el continente americano fue ranqueado con un índice de corrupción promedio de 43/100. Esto es, otorgando el valor de 100 a aquellas naciones muy “limpias” y 0 a aquellas altamente corruptas⁵⁰.

De tal suerte se llega a la interrogante: ¿por qué los tribunales deben investigar las afirmaciones de corrupción? La respuesta resulta intuitiva. La corrupción implica intereses públicos más allá de los de las partes. Además, aun si la jurisprudencia sugiere que una corte de revisión probablemente no anularía un laudo porque un tribunal falló en su deber de investigación, quizás lo más apremiante para los árbitros es que, al no abordar sospechas de corrupción, corren el riesgo de convertirse en cómplices⁵¹, de manchar su ética profesional.

2.2.2. LA EQUIDAD O *EQUITY*: PRELUDIO DE LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS

En los inicios del derecho romano privado ya se contemplaba el concepto de *sinallagma* para hacer referencia a aquellas obligaciones recíprocas que tienen las partes de un contrato. Aun así, debido a una falta de precisión preliminar, dichas obligaciones eran analizadas por los juristas separadamente. Una aplicación del derecho que muchas veces conducía al injusto de que la parte incumplidora pudiese legalmente exigir a la otra el cumplimiento de sus obligaciones⁵².

Es precisamente por la necesidad de un sistema más equilibrado y “justo” que los juristas romanos desarrollaron figuras como el *inadimplenti non est adimplendum*⁵³ y *non adempti contractus*⁵⁴, para proteger a la parte incumplida⁵⁵. Se llegó a reconocer que la generalidad de la ley, en conjunto con su rigidez, tenía la capacidad de crear injusticia. Una noción que al ser extrapolada a la tradición del *common law* dio lugar a la creación de un conjunto de normas conocidas como la rama de la equidad⁵⁶.

Ex profeso, el *equity* parte del pensamiento aristotélico, *epieikeia*, que lo define como una invocación de justicia en que la ley ha fallado debido a su generalidad. Es una corrección de la justicia legal que contempla que, si bien la ley es de carácter universal, hay casos en los que no es posible encontrar una solución en ella. Así, en este segundo escenario, la equidad subsanaría la omisión

50 Transparency International, *Corruption Perception Index 2023* (Berlin: Transparency International, 2023), 14.

51 Domitille Baizeau y Tessa Hayes, “The Arbitral Tribunal’s Duty and Power to Address Corruption *Sua Sponte*”, en *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity*, ed. A. Menaker (Países Bajos: Wolters Kluwer, 2017), 235.

52 Ferdinando Mackeldey, *Corso di Diritto Romano* (Milán: Fratelli Ferrario, 1866), 159.

53 No hay obligación de cumplir a favor de quien no cumple.

54 Excepción de contrato incumplido.

55 Gayo, *Institutes*, trad. Edward Poste (Oxford: Clarendon Press, 1904), 559.

56 T. Leigh Anenson, “Announcing the Clean Hands Doctrine”, *U.C. Davis Law Review* 51 (2018): 1839-40.

del ordenamiento normativo, extendiendo un tipo distinto de justicia⁵⁷.

Comparativamente, otros doctrinarios definen el dominio sobre el cual la equidad puede aplicarse invocando la tríada de fraude, accidente y error aludida por Tomás Moro. Conforme a Smith, cuando existe esta tríada la equidad no siempre interviene, pero son estas situaciones en las que el oportunismo es un peligro. De ahí que la equidad tenga el papel de contrarrestar “astutas evasiones” de la ley⁵⁸.

Con base en lo mencionado, la equidad estaría involucrada con un estilo de razonamiento jurídico de textura más abierta y directamente orientado a la moralidad de lo que suele ser el resto del derecho. Siendo importante resaltar que su aplicación queda al arbitrio de la autoridad juzgadora *ex post*⁵⁹.

2.2.3. LA EQUIDAD O *EQUITY*: LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS COMO MÁXIMA

Las máximas de la equidad nacen de la evolución de este concepto jurídico a través del tiempo y su inclusión dentro de los sistemas de justicia. Como bien lo menciona Hron, las mismas no pueden ser concebidas como normas jurídicas, sino como una lista no exhaustiva de principios guías para la aplicación de la equidad⁶⁰.

Así, destacan las llamadas “máximas moralizadoras” que tienen su esencia en la desaprobación moral del comportamiento engañoso. Entre ellas, en atención al problema jurídico planteado, las locuciones “*he who comes into equity must come with clean hands*”⁶¹ o “*equity will not allow a wrongdoer to profit from his own wrong*”⁶² es precisamente la máxima que da lugar a la DML⁶³.

A la luz de Chafee, este axioma operaba en el *common law* como una facultad de la corte del *equity* para obligar a un demandado a cumplir los “mandatos de conciencia” en lo que se refiere a cuestiones ajenas a las normas jurídicas. En virtud de ello, no intervenía en favor del demandante cuya conducta era contraria a la moral. El sustento era que, puesto que la equidad trata de imponer la buena fe en los demandados, también busca exigirla de los demandantes⁶⁴.

Sin perjuicio de que los “principios” del *equity* no fueran constituidos como

57 Mike Macnair, “Equity and conscience”, *Oxford Journal of Legal Studies* 27 (2007): 660-1.

58 Henry E. Smith, “Equity as Meta-Law”, *The Yale Law Journal* 130 (2021): 1050-145.

59 Ibid., 1089-90.

60 Igor Hron, “(Un)Clean Hands in International Investment Arbitration: Some Cleaning Required?”, en *Cofola International 2021*, ed. R. Malachta y P. Provazník (Brno: Masaryk University Press, 2022), 215.

61 Quien acude a la jurisdicción de la equidad debe tener las manos limpias.

62 La equidad no permitirá que un infractor se beneficie de su propia injusticia.

63 Hron, “(Un)Clean Hands in International Investment Arbitration”, 215.

64 Zechariah Chafee, “Coming into Equity with Clean Hands”, *Michigan Law Review* 47 (1949): 877-8.

vinculantes desde el momento de su creación, modernamente se encuentran recogidos en amplios cuerpos de precedentes⁶⁵. La DML fue recogida por primera vez por Richard Francis en su libro *Maxims of Equity*, en el siglo XVIII, pero solo fue asimilada al sistema judicial inglés como la defensa de *unclean hands* en el caso *Dering c. Earl of Winchelsea*. Desde ese momento ha sido asimilada como defensa por sistemas judiciales internacionales. Entre ellos, por ejemplo, el estadounidense, con la finalidad de proteger la prestación de justicia⁶⁶.

Si bien es cierto que en arbitraje no es aplicable un sistema de precedentes vinculantes, tribunales arbitrales se han referido a la DML para solucionar sus disputas en materia de inversión, los cuales sirven como insumos y referencias sobre el desarrollo y aplicación de esta doctrina. Dichos tribunales, han reconocido que, debido a la falta de unanimidad en cuanto a su real naturaleza y aplicación, se trata de un concepto jurídico en actual construcción. Este punto se analizará en las siguientes páginas.

2.3. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DOCTRINA DE LAS MANOS LIMPIAS Y SU APLICACIÓN EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Como se ha señalado en las primeras secciones de este estudio, los TBI otorgan una serie de obligaciones a los Estados para así proteger la inversión extranjera de una manera no absoluta. Con ello, la DML es un cuestionamiento a la probidad de la inversión, si la misma fue realizada de manera ilegal. Por lo que, si se comprueba una actitud inapropiada por parte del inversionista, los tribunales arbitrales pueden negarse, discrecionalmente, a aplicar la ley⁶⁷.

Pese a ello, existe una constante discusión en cuanto a si los árbitros en una controversia pueden aludir a la DML como un concepto jurídico dependiente de la legalidad del propio TBI, regla de orden público propiamente internacional o principio general del derecho internacional. Un análisis de evidente relevancia dado que su naturaleza jurídica perfija el alcance de su aplicación. De considerarse un principio o regla, la misma resultaría aplicable en aquellos casos en los que no existe una cláusula definitoria de inversión, pero hay evidencia de actos que no pueden ser desconocidos por el derecho. Es decir, los árbitros no se verían limitados al texto del tratado para poder sancionar actos que atentan a la moralidad y el derecho en general.

65 Wesley Newcomb Hohfeld, "The Relations between Equity and Law", *Michigan Law Review* 11 (1913): 549-50.

66 Anenson, "Announcing the Clean Hands Doctrine", 1847-9.

67 María Palacios La Manna, "Análisis de la doctrina del *"clean hands"* frente a la protección de inversiones internacionales", *Principia* 7 (2022): 59.

En las dos últimas décadas, la aplicación de la DML no ha sido consistente y existen pocos laudos en los que ha hecho referencia explícita a la doctrina. Se podría decir que existe una cautela por parte de ciertos académicos en cuanto a su aplicación, al señalar que su uso generalizado resultaría en una vulneración a la legítima expectativa de los inversionistas⁶⁸.

A tal efecto, un aspecto primordial a dejar en claro previo a estudiar laudos en esta materia es aquel concerniente al momento procesal de aplicación de la DML. Este texto no se centra en discutir este problema jurídico al ser complejo y apartarse del objeto de estudio, sin embargo, las vertientes mayoritarias esbozan que las inversiones formalizadas gracias a actos de corrupción resultarían en una objeción a la jurisdicción de los tribunales arbitrales⁶⁹.

En atención a las decisiones que se toman como ejemplificativas, la doctrina es apreciada, en su mayoría, como una excepción previa de jurisdicción. Lo mismo se debe a que, dependiendo de la naturaleza que el tribunal adopte, se afecta un momento procesal específico. Precisamente, se ha sostenido que si en el TBI se encuentra la obligación expresa de que la inversión sea establecida acorde a la ley del Estado anfitrión, las acciones corruptas del inversionista afectarían la competencia del tribunal arbitral. Caso contrario, a falta de tal obligación explícita, se consideraría un requisito de admisibilidad o incluso de observación en los méritos⁷⁰. Es frecuente que tribunales adopten la primera posición.

Por otra parte, un factor que demuestra la falta de desarrollo en cuanto a la DML es el tratamiento dual que los órganos arbitrales han dado a su esencia jurídica. No es inusual que, dentro de su motivación respecto a una sola *litis*, los árbitros califiquen simultáneamente a la doctrina como un principio y como una regla de orden público; mientras que, en otras ocasiones, la conciben como un concepto subordinado a la existencia de una cláusula de remisión al derecho interno del Estado anfitrión y, al mismo tiempo, como una regla de orden público; entre otras variaciones⁷¹. Existe una insuficiencia de claridad en las posturas jurisprudenciales que acarrea fuertes consecuencias a la seguridad jurídica, al no otorgar certeza a la comunidad internacional y las partes sobre la manera de aplicación de la doctrina.

68 María Alejandra Arévalo Moscoso, James Giraldo Silva, y Mauricio Javier Sánchez Enríquez, "Análisis del tratamiento de la doctrina de las manos limpias en fallos de arbitraje de inversión en Suramérica", en *Derecho internacional a través de casos: Reflexiones sobre territorio, medio ambiente, derecho penal internacional y arbitraje de inversión*, ed. W. Arévalo Ramírez y R. Abello Galvis (Bogotá: Editorial Universidad de Rosario, 2023), 762.

69 A pesar de la amplia discusión, no se puede dejar de mencionar que la DML se ha considerado, también, por ciertos autores como una excepción a la admisibilidad de la demanda o una excepción sustantiva de fondo. No obstante, este artículo, sin ser su objeto demostrar el porqué de la postura mayoritaria, considera que resulta más adecuado plantearla como una objeción a la jurisdicción, en tanto el tribunal arbitral carecería de competencia para conocer una controversia en la que medie corrupción, puesto que su objeto (i. e. inversión) no se ajustaría a aquello que las partes del TBI consintieron como materia sometida a AI. Ver Petit de Gabriel, "Clean Hands Revisited", 362-9.

70 Arévalo Moscoso et al., "Análisis del tratamiento de la doctrina", 764.

71 Ver *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, CIADI, 27 de agosto de 2008, párrs. 77-146.

Por consiguiente, de la revisión de casos exhaustivos en esta materia, se ha podido concluir que los criterios en cuanto al estatus jurídico de la DML hasta el momento se han decantado según se muestra a continuación.

Número de caso:	ARB/03/25	ARB/00/7	ARB/03/25
Partes:	<i>Inceysa Vallisoletana S.L./ El Salvador</i>	<i>World Duty Free Company Limited/ Kenia</i>	<i>Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide/ Philippines</i>
Órgano:	CIADI	CIADI	CIADI
Fecha:	02 de agosto de 2006	04 de octubre de 2006	16 de agosto de 2007
Naturaleza del conflicto:	Incumplimiento del TBI por parte de El Salvador al presuntamente resolver injustificadamente el contrato y expropiar indirectamente los derechos otorgados por el mismo. El Estado anfitrión alega que la inversión fue realizada mediante fraude y por ello, no está sujeta a su protección por medio de arbitraje. Adirma que Inceysa sugirió al Estado al no mencionar la existencia del supuesto 'Grupo Inceysa' o de Kira en su oferta; no contar con un censo jurado de cuentas; y mencionar un socio estratégico que no existía al momento de las negociaciones.	Incumplimiento del TBI por parte de Kenia al presuntamente expropiar la propiedad del inversionista y quitarle sus derechos otorgados por el mismo. Particularmente, el demandante menciona que el Estado utilizó a la empresa para realizar fraude. Por el contrario, Kenia alega que la inversión es legal al haberse pagado un soborno de USD 2 millones al Presidente de la nación, Daniel arap Moi.	Incumplimiento del TBI por parte de Filipinas al presuntamente no aceptar la inversión de la empresa en el país. Filipinas argumenta que las protecciones otorgadas mediante el tratado con Alemania, no tienen lugar frente a inversiones realizadas en contra de la ley filipina. Fraport, presuntamente, trató de eludir el requisito de nacionalidad que limita la participación extranjera en el capital de una empresa de servicio público al 40%, mediante dominio indirecto y acuerdos accionarios secretos.
Referencia a la DML:	Implícita	Implícita	Implícita
Naturaleza de la DML:	Requiere cláusula de renvío en el TBI y principio general del Derecho Internacional.	Requiere cláusula de renvío en el TBI y regla de orden público propiamente internacional.	Requiere cláusula de renvío en el TBI.
Decisión:	Denegación de jurisdicción.	Denegación de las pretensiones del actor en el fondo de la causa. Sin embargo, debido a la participación del Estado en la corrupción se lo condena a cubrir sus propias costas.	Denegación de jurisdicción.

Tabla 2. Laudos arbitrales referentes a la DML en los años 2006 y 2007
Elaboración propia a partir de *Inceysa Vallisoletana S. L. c. El Salvador*⁷², *World Duty Free Company Limited c. Kenia*⁷³, y *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*⁷⁴

Número de caso:	ARB/03/24	ARB/07/24	ARB/10/3
Partes:	<i>Plama Consortium Limited/ Bulgaria</i>	<i>Gustav F. W. Hamester GmbH & Co KG/ Ghana</i>	<i>Metal-Tech Ltd./ Uzbekistan</i>
Órgano:	CIADI	CIADI	CIADI
Fecha:	27 de agosto de 2008	18 de junio de 2010	04 de octubre de 2013
Naturaleza del conflicto:	Incumplimiento del TBI por parte de Bulgaria al presuntamente no crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes; no otorgar un trato justo y equitativo; y no proporcionar la debida protección y seguridad a la inversión de la demandante en Nueva Plama. Además, de acuerdo con el inversionista, ha sometido la inversión a medidas transitorias y de efecto equivalente a una expropiación. El Estado anfitrión afirma que la demandante obtuvo la inversión mediante tergiversaciones contrastas a la legislación búlgara.	Incumplimiento del TBI por parte de Ghana al presuntamente no otorgar a la empresa un trato justo y equitativo, implementar medidas arbitrarias, no proteger la inversión, y realizar actos de expropiación. El Estado anfitrión argumenta que no existe una inversión conforme a su normativa nacional y que la empresa realizó actos ilegales como fraude. Dichos actos tuvieron lugar tanto en el establecimiento como en el financiamiento de la inversión.	Incumplimiento del TBI por parte de Uzbekistán al presuntamente no dar un trato justo y equitativo, protección y seguridad, y expropiar la inversión. El Estado anfitrión alega que la empresa violó la normativa nacional en cuanto a sobornos. Además, infringió principios y políticas públicas internacionales en cuanto a corrupción.
Referencia a la DML:	Implícita	Implícita	Implícita
Naturaleza de la DML:	Principio general del Derecho Internacional y regla de orden público propiamente internacional.	Requiere cláusula de renvío en el TBI.	Requiere cláusula de renvío en el TBI.
Decisión:	Denegación de jurisdicción.	Denegación de las pretensiones del actor en el fondo de la causa.	Denegación de jurisdicción.

Tabla 3. Laudos arbitrales referentes a la DML en los años 2008, 2010 y 2013
Elaboración propia a partir de *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*⁷⁵, *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co. KG c. Ghana*⁷⁶, y *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*⁷⁷.

72 *Inceysa Vallisoletana S. L. c. El Salvador*, CIADI, 2 de agosto de 2006, párrs. 162-264.

73 *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, CIADI, 4 de octubre de 2006, párrs. 125-88.

74 *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, CIADI, 10 de diciembre de 2014, párrs. 334-404.

75 *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, párrs. 77-146.

76 *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co. KG c. Ghana*, CIADI, 18 de junio de 2010, párrs. 96-139.

77 *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*, CIADI, 4 de octubre de 2013, párrs. 143-390.

Número de caso:	AA-227	2012-2	2013-15
Partes:	<i>Yukos Universal Limited/ Russian Federation</i>	<i>Copper Mesa Mining Corporation/ Ecuador</i>	<i>South American Silver Limited/ Estado Plurinacional de Bolivia</i>
Centro:	Corte Permanente de Arbitraje	Corte Permanente de Arbitraje	Corte Permanente de Arbitraje
Fecha:	18 de julio de 2014	15 de marzo de 2016	22 de noviembre de 2018
Naturaleza del conflicto:	Incumplimiento del TBI por parte de Rusia al presuntamente, a través de varias acciones, expropiar a la compañía de sus inversiones. Especialmente, no tratando el inversionista de una manera justa y equitativa para eliminar al Sr. Khodakovsky como un posible oponente político. El Estado anfitrión señala como excepción previa la existencia de actos ilegales y mala fe por parte del inversionista. Siendo uno de ellos, la adquisición ilegal de la inversión (fondos contrarios a la ley rusa) y fraude inflacionario.	Incumplimiento del TBI por parte de Ecuador al presuntamente no otorgar un trato justo y equitativo, protección y seguridad, trato nacional y expropiar la inversión. El Estado ecuatoriano argumenta que las inversiones no fueron realizadas bajo los estándares legales nacionales y que el inversionista tiene "manos sucias". Pues, la inversión se obtuvo basándose en información ilegal.	Incumplimiento del TBI por parte de Bolivia al presuntamente no otorgar un trato justo y equitativo, plena protección y seguridad, y expropiar indirectamente las inversiones de <i>South American Silver</i> . El Estado anfitrión alude que el tribunal arbitral carece de jurisdicción al la empresa no contar con "manos limpias" y cumplir con el requisito de legalidad de la inversión.
Referencia a la DML:	Expresa	Expresa	Expresa
Naturaleza de la DML:	Requiere cláusula de reenvío en el TBI.	Requiere cláusula de reenvío en el TBI.	Requiere cláusula de reenvío en el TBI.
Decisión:	Protección a la inversión por incumplimiento del TBI.	Protección a la inversión por incumplimiento del TBI.	Protección a la inversión por incumplimiento del requisito de pago de la compensación establecido en el TBI.

Tabla 4. Laudos arbitrales referentes a la DML en los años 2014, 2016 y 2018
Elaboración propia a partir de *Yukos Universal Limited c. Russian Federation*⁷⁸, *Copper Mesa Mining Corporation c. Ecuador*⁷⁹, y *South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia*⁸⁰.

Número de caso:	ARB/15/6	ARB/10/18 (Decisión sobre la jurisdicción)	2019-15
Partes:	<i>Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A./ Colombia</i>	<i>Niko Resources Ltd./ Bangladesh</i>	<i>Worley International Services Inc./ Ecuador</i>
Centro:	CIADI	CIADI	Corte Permanente de Arbitraje
Fecha:	27 de agosto de 2019	24 de septiembre de 2021	22 de diciembre de 2023
Naturaleza del conflicto:	Incumplimiento del TBI por parte de Colombia al presuntamente incorporar medidas irrazonables o discriminatorias, no otorgar un trato justo y equitativo y violar las cláusulas paraguas en cuanto a la inversión. El Estado anfitrión argumenta que las pretensiones de la acción se encuentran por fuera de la jurisdicción del centro debido a que la inversión fue obtenida por medios ilícitos y contrarios a la buena fe.	Incumplimiento del TBI por parte de Bangladesh y dos de sus empresas, al presuntamente no pagar a la empresa por el gas vendido y entregado al Estado. El Estado anfitrión alega la existencia de sobornos en el desarrollo de la inversión que resultan violatorios a la buena fe y TBI.	Incumplimiento del TBI por parte de Ecuador al presuntamente existir falta de pago de cantidades acordadas, acción por parte de la Consolista General de Estado, y amenazas de incorporar obligaciones tributarias injustificadas. El Estado anfitrión alude corrupción dentro al núcleo de información confidencial y tergiversación de la intención de respetar el límite de subcontratación (30%) por parte del inversionista el momento de realizar la inversión. Además, señala actos ilegales durante la vida de la inversión, tales como sobornos a funcionarios públicos.
Referencia a la DML:	Implícita	Expresa	Implícita
Naturaleza de la DML:	Requiere cláusula de reenvío en el TBI.	Regla de orden público propiamente internacional y principio general del Derecho Internacional.	Requiere cláusula de reenvío en el TBI y principio general del Derecho Internacional.
Decisión:	Protección a la inversión por incumplimiento del TBI.	Protección a la inversión por incumplimiento del TBI.	Denegación de jurisdicción y admisibilidad de la demanda.

Tabla 5. Laudos arbitrales referentes a la DML en los años 2019, 2021 y 2023
Elaboración propia a partir de *Glencore International A. G. and C. I. Prodeco S. A. c. Colombia*⁸¹, *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*⁸², y *Worley International Services Inc. c. República del Ecuador*⁸³.

78 *Yukos Universal Limited c. Russian Federation*, Corte Permanente de Arbitraje, 18 de julio de 2014, párrs. 1273- 374.

79 *Copper Mesa Mining Corporation c. Ecuador*, Corte Permanente de Arbitraje, 15 de marzo de 2016, párrs. 5.1-5.67.

80 *South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia*, Corte Permanente de Arbitraje, 22 de noviembre de 2018, párrs. 436- 71.

81 *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. c. Colombia*, CIADI, 27 de agosto de 2019, párrs. 662-747.

82 *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*, CIADI, 24 de septiembre de 2021, párrs. 430-85.

83 *Worley International Services Inc. c. República del Ecuador*, Corte Permanente de Arbitraje, 22 de diciembre de 2023, párrs. 300-506.

3. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DML: ¿UN DEBATE SIN FIN?

Una vez que se ha enunciado el razonamiento legal de tribunales arbitrales al aplicar la DML, en esta sección, a manera de conclusión, se debate cuál es la naturaleza jurídica verdaderamente pertinente al momento de presentar esta defensa como excepción a la competencia de tribunales arbitrales.

Como se indicó en su momento, la primera posición a examinar es aquella nombrada como *legality requirement*. Bajo la misma, una inversión extranjera solo es protegible y se considera tal si resulta conforme a la cláusula definitoria de inversión contenida en un TBI. Concretamente —en cuanto al requerimiento de dicha cláusula de que toda inversión debe ser acorde a la normativa interna del Estado anfitrión— su orden público interno⁸⁴.

Un claro ejemplo es el artículo segundo del TBI celebrado entre Colombia y los Emiratos Árabes Unidos, que prescribe que:

Inversión significa todo acto invertido o reinvertido, directa o indirectamente por un inversionista de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante, de conformidad con las leyes y regulaciones de esta última (énfasis añadido)⁸⁵.

Como se denota de su texto, el tratado no contempla todos los supuestos para que una inversión se considere protegida. De ahí que se hable de *legality requirement*, generalmente, como una aplicación de la DML que requiere de la presencia de una “cláusula de remisión” al derecho nacional⁸⁶.

Cabe precisar que el término *inversión* solo puede ser determinado por el lenguaje del propio tratado. Cada cláusula está redactada de manera distinta y funge como *lex specialis* en cuanto a la jurisdicción de los tribunales. Entre otras cosas, es complementaria al artículo 25 de la Convención CIADI que no define de manera global qué debe entenderse como inversión⁸⁷.

En este sentido, cuando los inversionistas realizan actos de corrupción tipificados en la normativa nacional, los Estados pueden específicamente condicionar el acceso arbitral y existencia de protecciones sustantivas⁸⁸. Se trata de una aplicación “expresa” de la DML que se sustenta en el concepto de inversión “legal” bajo el TBI.

84 Yueming Yan, “Improving International Investment Law’s Treatment of (Anti-)Corruption: Towards a More Balanced Approach”, tesis de doctorado, McGill University, 2021, 1-240.

85 Acuerdo bilateral sobre la promoción y protección de inversiones entre el gobierno de la República de Colombia y el gobierno de los Emiratos Árabes Unidos, Dubái, 12 de noviembre de 2017.

86 Gutiérrez Lucar, “La doctrina de las manos limpias”, 31.

87 Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines, párr. 305.

88 Gustav F. W. Hamester, GmbH & Co. KG c. Ghana, párr. 125.

Desde este punto de vista, resalta de la investigación que diez de los doce casos examinados se pronunciaron en favor de esta concepción jurídica, incluso si en algunos los tribunales le han dado a la DML un carácter doble. Además, resulta interesante denotar que no es solo hasta 2014 que los árbitros hicieron referencia expresa a la DML llamándola por su nombre.

Uno de los primeros casos en hacer referencia a fraude para la obtención de una inversión es el caso *Inceysa Vallisoletana S. L. c. El Salvador*. En este, los árbitros determinaron que no basta que se haya celebrado un tratado para la protección recíproca de la inversión, sino que es necesario que la controversia se encuentre comprendida dentro de los alcances del consentimiento otorgado por los Estados signatarios. En otras palabras, la ilegalidad de las inversiones afecta la voluntad de las partes de someterse a arbitraje y, por ello, los árbitros carecen de jurisdicción *ratione voluntatis*, además de *ratione materiae*⁸⁹.

De manera similar, otros tribunales en cuanto al mismo delito apuntan que cumplir con la normativa interna del Estado anfitrión es un requisito razonable en los tratados. En virtud de ello, en el caso *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, se discutió si la inversión de una empresa extranjera resultaba protegible al haberse establecido mediante acuerdos accionarios secretos que eludían la limitación de 40 % a la participación extranjera en una empresa de servicios públicos. A pesar de argumentación contraria, el tribunal concluyó que diseñar una inversión para mantener un control que estaba prohibido bajo las leyes filipinas es un hecho ilícito que tiene como efecto que la inversión se encuentre fuera del alcance del TBI, y que el tribunal carezca de jurisdicción *ratione materiae*⁹⁰.

Asimismo, indican que si bien pueden surgir circunstancias en las cuales la normativa nacional no sea clara y errores puedan ser cometidos de buena fe, la realización de actos de corrupción conscientemente no puede operar en favor del inversionista⁹¹. Una expresión que se entiende propia de la DML y que, de alegarse, podría resultar rebatida bajo la noción del *estoppel*⁹². Empero, bajo el criterio del tribunal, este principio de ecuanimidad solo tendría sustento si el demandado hubiese sabido de la corrupción e igualmente hubiese respaldado una inversión que no es acorde a su normativa⁹³.

Ahora bien, en *Gustav F. W. Hamester GmbH & Co. KG c. Ghana* y en *Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán*, los árbitros condicionaron esta denegación de competencia a la presencia de actuaciones de mala fe al momento de

89 *Inceysa Vallisoletana S. L. c. El Salvador*, párr. 172.

90 *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, párr. 343.

91 *Ibid.*, párr. 396.

92 Principio bajo el cual un Estado está impedido de alegar su propia violación del tratado en apoyo de su argumento de que el tribunal carece de competencia. Devendra, "State Responsibility for Corruption", 278.

93 *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. Philippines*, párr. 346.

constitución de la inversión⁹⁴. Aluden que las distintas cláusulas de “remisión” dependen de su construcción gramatical, por tanto, cuando las mismas indican que la inversión debe realizarse de conformidad con la ley, dejan de lado las conductas ilícitas que tienen lugar durante la vida de la inversión⁹⁵. Mismas que solo pueden analizarse en el fondo de la causa dado que ya no se hablaría de una inversión ilegal, sino de perjuicios causados al Estado que pueden ser compensados⁹⁶. Limitando así, el ámbito temporal de aplicación de la DML bajo esta esencia jurídica.

Worley International Services Inc. c. República del Ecuador igualmente hace referencia a esta limitación temporal de la DML bajo *legality requirement*, y agrega el criterio de gravedad⁹⁷. Un criterio que no se ve enunciado en otros laudos. Ya que, según Gutiérrez Lucar, la necesidad de establecer un grado de incumplimiento es ampliamente debatido. Por un lado, existen aquellos doctrinarios que consideran que la infracción debe revestir una determinada seriedad. A saber, una violación no trivial al ordenamiento legal, régimen de inversión extranjera o que implique fraude al Estado anfitrión. Por el contrario, otros mantienen una postura de tutela al Estado, al no diferenciar o establecer un nivel de gradualidad en cuanto a la contravención⁹⁸.

Si bien esta investigación no se enfoca en delimitar los requisitos necesarios para aplicar la DML, la existencia del criterio de gravedad para ciertos árbitros resultaría en una carga probatoria adicional, a soportarse por los Estados, de desear aplicar la doctrina bajo esta naturaleza.

Por su parte, Yukos Universal Limited c. Russian Federation es uno de los laudos más criticados por autores al abiertamente fallar que un Estado anfitrión solo puede encontrar salvaguardia bajo la DML si el TBI hace expresa referencia a la necesidad de cumplimiento de una inversión de su normativa interna o al principio de manos limpias⁹⁹. Ahora bien, a falta de cualquier gancho textual específico, la DML no podría tratarse como principio general del derecho internacional, puesto que los principios generales, al tenor del tribunal, requieren un cierto nivel de reconocimiento y consenso. Este es un requisito que la doctrina no cumpliría al estar rodeada de controversia y no existir una sola decisión mayoritaria en la que haya sido aplicada en esta naturaleza¹⁰⁰.

Para complementar este punto, South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia se refiriere al caso Al-Warraq como la única excepción en la que un tribunal consideró a la DML como un principio. De todas

94 Metal-Tech Ltd. c. Uzbekistán, párr. 165.

95 Gustav F. W. Hamester, GmbH & Co. KG c. República de Ghana, párr. 127.

96 Id., párr. 129.

97 Worley International Services Inc. c. República del Ecuador, párr. 487.

98 Gutiérrez Lucar, “La doctrina de las manos limpias”, 32.

99 Yukos Universal Limited c. Russian Federation, párr. 1345.

100 Ibid., párrs. 1357-9.

formas, incluso en dicho laudo, los árbitros argumentan que el tribunal terminó sustentándose en los requisitos de legalidad del tratado bilateral para admitir las pretensiones del demandante¹⁰¹.

Pese a ello, en la literatura jurídica y jurisprudencia, se perfila una implementación de la DML bajo la posición nombrada como *transnational public policy*. Esto se debe a que reciben el nombre de leyes de orden público propiamente internacionales aquellas normas que interpretan el conjunto de ideales —religiosos, morales, políticos y económicos— a los que se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida¹⁰². Es decir, aquellas normas concernientes a la comunidad internacional que aprovechan el interés de “todos”¹⁰³.

En consecuencia, a partir de esta, las transacciones provistas de corrupción son desaprobadas por la comunidad internacional al ser contrarias a sus detallados cuerpos normativos que la condenan: las convenciones¹⁰⁴.

Entre ellas se puede resaltar la UNCAC, entrada en vigor en 2005, que exige que sus Estados parte apliquen medidas anticorrupción en los sectores público y privado. A saber, penalizar la comisión de delitos tipificados con arreglo a la convención, mantener un equilibrio apropiado entre inmunidades y la investigación, tener en cuenta la gravedad de los delitos para la concesión de libertad anticipada, entre otras¹⁰⁵. Singularmente, también considera a la corrupción como factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a dejar sin efecto un contrato, una concesión u otro instrumento semejante¹⁰⁶.

En este contexto, según Gaillard, no cabe duda de que se ha establecido una norma transnacional según la cual no debe darse efecto a una inversión que se haya alcanzado mediante corrupción¹⁰⁷. Dicho en otras palabras, se puede recurrir a la DML bajo la condición jurídica de una ley de orden público.

Por consiguiente, en *World Duty Free Company Limited c. Kenia* el tribunal falló que, al existir afirmaciones de corrupción, todo árbitro debe comprobar la existencia objetiva de una regla de orden público en convenios internacionales, derecho comparado o en laudos arbitrales¹⁰⁸. Las mismas son estándares universales y normas aceptadas de conducta que deben ser aplicadas en todos

101 *South American Silver Limited c. Estado Plurinacional de Bolivia*, párr. 449.

102 Gustavo Esparza, Melchor Figuerola y Gustavo Montenegro, *El orden público en derecho privado* (Buenos Aires: Astrea, 2021), 6-8.

103 Iván Pérez Solfr, “¿Orden público internacional vs. orden público interno y buenas costumbres?”, *Ius 2* (2012): 7.

104 Emmanuel Gaillard, “The Emergence of Transnational Responses to Corruption in International Arbitration”, *Arbitration International* 35 (2019): 1-19.

105 Artículo 30, UNCAC.

106 Artículo 34, UNCAC.

107 Gaillard, “The Emergence of Transnational Responses”, 14.

108 *World Duty Free Company Limited c. Kenya*, párr. 141.

los foros¹⁰⁹. De ahí que, al ser el soborno un delito condenado en la mayoría de las fuentes, las demandas basadas en contratos tintados de este no pueden ser respaldadas por los tribunales arbitrales¹¹⁰.

Paralelamente, en otras decisiones se ha citado el latinismo *ex tupti causa non oritur actio*¹¹¹ como aquella ley propiamente internacional que recoge la DML¹¹². Adicionalmente, subrayando que la autonomía de la voluntad encuentra sus límites en el orden público propiamente internacional gracias a la lógica del artículo 50 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹¹³ que prescribe:

Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado (énfasis añadido)¹¹⁴.

Como se denota de su texto, en concordancia con *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*, la ejecución de un TBI puede ser evitada al existir un Estado víctima de corrupción por parte del otro Estado parte. Dicha regla, a criterio del tribunal, también es aplicable a contratos concluidos por los Estados, como aquellos que tratan inversiones extranjeras¹¹⁵. Por ende, a diferencia del *legality requirement*, bajo el cual la corrupción causa que no exista una inversión protegida bajo la definición del TBI, la DML como regla de orden público hace inválido el consentimiento para acceder a las protecciones derivadas del tratado. Esto es, hace que no “exista” siquiera una inversión protegida.

Independientemente de estos criterios, solo tres de los doce casos evaluados ha tomado esta postura, demostrando que la puesta en práctica de la DML como regla de orden público no resulta efectiva para los Estados anfitriones que buscan beneficiarse de esta defensa.

En último término, la doctrina ha sido reconocida, aunque implícitamente por los foros, como un principio general del derecho internacional. Ello, de acuerdo con De Alba Uribe, significa que la DML podría ser utilizada incluso en ausencia de un requisito del TBI de que las inversiones sean realizadas de conformidad con la normativa del Estado anfitrión¹¹⁶.

109 Id., párr. 139.

110 Id., párr. 157.

111 De una causa inmorale o una conducta antijurídica no nace el derecho a ejercitar una acción.

112 *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, párr. 142.

113 *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*, párr. 445.

114 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969.

115 *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*, párrs. 446-7.

116 De Alba, “Drawing the Line: Addressing Allegations”, 324.

Particularmente, al analizar la DML como un principio, Dumbery recuerda que la misma ha sido expresada en reiteradas ocasiones bajo una serie de máximas latinas como, entre otras, *ex delicto non oritur actio*¹¹⁷ y *ex turpi causa non oritur actio*¹¹⁸. Distintas formas para referirse a lo que, en términos simples, es alguna conducta ilegal o impropia por parte del inversionista que causaría que sus manos quedaran “sucias”¹¹⁹.

Este razonamiento fue incorporado en *Plama Consortium Limited c. Bulgaria* al considerar que, aunque el TBI en disputa no contenía un “requerimiento de legalidad” y que conceder las protecciones del tratado a dicha inversión sería contrario al principio *nemo auditur propriam turpidunem allegans*¹²⁰. Asimismo, este fallo estipula que nadie puede beneficiarse de su propio dolo o torpeza, una expresión de la DML según varios autores¹²¹.

Análogamente, aun si existe una violación tipificada en la normativa nacional al momento de constitución de la inversión, ciertos árbitros, para definir que la máxima señalada previamente es generalmente admitida en arbitraje, tomaron en cuenta lo dispuesto por el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia¹²². Llegando así a la conclusión de que el principio *nemo auditur propriam turpidunem allegans* está fundamentado en la justicia¹²³.

Por su parte, *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh* estableció como requisitos para que la DML se aplique como principio que el comportamiento ilícito del inversionista sea continuo; la reparación solicitada tenga como función evitar la continuación de dicho comportamiento en el futuro, pero no busque el resarcimiento de daños y perjuicios por violaciones pasadas; y, por último, que exista una relación de reciprocidad entre las obligaciones consideradas¹²⁴. Un punto de vista que no fue compartido en su totalidad por los otros tribunales estudiados.

De todos modos, *Worley International Services Inc. c. República del Ecuador*, al analizar el requerimiento de un comportamiento ilícito continuo, rompió con la restricción temporal establecida en la doctrina cuando la misma es considerada como un requerimiento de legalidad. Así, cuando hay comportamientos corruptos graves por parte del inversionista durante la vida de la inversión que afecten principios generales del derecho internacional, como la DML, las pretensiones de la demanda pueden ser rechazadas en la fase de admisibilidad¹²⁵.

117 Un acto ilícito no puede servir de base a una acción legal.

118 Una acción no puede nacer de una causa deshonrosa.

119 Patrick Dumbery, “The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law”, *Journal of World Investment and Trade* 21 (2020): 490.

120 *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, párr. 143.

121 Ver Aragonés Molina, “La corrupción en las inversiones internacionales.”, 114.

122 *Inceysa Vallisoletana S. L. c. El Salvador*, párr. 225.

123 *Id.*, párr. 241.

124 *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*, párr. 481.

125 *Worley International Services Inc. c. República del Ecuador*, párr. 314.

Ahora bien, en cuanto a *Yukos Universal Limited c. Russian Federation*, existen varios autores que consideran que, al rechazar formalmente a la doctrina como un principio, los árbitros confundieron la terminología adecuada. No está claro si el tribunal ocupó el concepto de principio general de foro doméstico o de principio general del derecho internacional¹²⁶.

En tal sentido, Dumberry escribe que —en el caso de que el tribunal hubiese ocupado el primero— debía haber llevado a cabo un análisis comparativo para evaluar si la doctrina podía encontrarse en los sistemas jurídicos más representativos del mundo. Situación que no tuvo lugar al haberse fundado la argumentación en lo que otros tribunales han concluido sobre el estatus de la misma.

Por otro lado, en cuanto al segundo concepto, argumenta que se puede cuestionar la exactitud de la observación del tribunal de que no existe una sola decisión mayoritaria en favor de la doctrina como un principio. Se ha sostenido que la misma ha sido adoptada por la mayoría de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Meuse River*¹²⁷ y, de manera implícita, en otros casos como *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, *Niko Resources Ltd. c. Bangladesh*, etc.¹²⁸. Motivo por el cual, a pesar de dicha decisión tan criticada, no se puede hablar de que esta postura en cuanto a la DML ha sido absolutamente descartada.

En consecuencia, ¿se puede realmente arribar a una conclusión certera de cuál es la naturaleza jurídica de la DML aplicable al AII? Al menos por el momento, parecería que la que mayor efectividad presenta es aquella condicionada a la presencia de una cláusula de “remisión” en los tratados de inversiones. Pues el 83 % de los casos consultados se pronunciaron a favor de esta postura, han existido fallos expresos que rechazan su estatus como principio general del derecho internacional al no poderse verificar unanimidad universal en su reconocimiento, y no se observa respaldo jurisprudencial suficiente para considerarla una norma internacional aceptada por la mayoría de tribunales. Sin embargo, esta posición no cierra el debate, ya que la doctrina sigue evolucionando y ciertos laudos y autores continúan reconociendo la DML bajo otras concepciones jurídicas, mostrando con fuerza que, más que una mera teoría, es un escudo práctico que los Estados pueden usar para garantizar que la inversión extranjera se mantenga limpia, legítima y alineada con los principios de justicia internacional.

126 Dumberry, “The Clean Hands Doctrine as a General Principle of International Law”, 502.

127 *Ibid.*, 505.

128 *Ibid.*, 507-8.

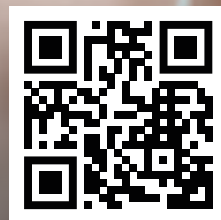


ABOGADOS

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



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

El rol del poder ejecutivo en los procesos constituyentes latinoamericanos: la delgada línea entre la participación legítima y la injerencia indebida

The Role of the Executive Branch in Latin American Constituent Processes: The Fine Line Between Legitimate Participation and Undue Interference

JOSÉ EDUARDO AGUIRRE VEGA*

Recibido / Received: 20/06/25

Aceptado / Accepted: 29/10/25

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3935>

Citación:

Aguirre Vega, José Eduardo. “El rol del poder ejecutivo en los procesos constituyentes latinoamericanos: la delgada línea entre la participación legítima y la injerencia indebida”. *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 2. (noviembre de 2025): <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3935>..

* Universidad Andina Simón Bolívar UASB, estudiante del programa de Derecho Constitucional, casilla postal 17-12-569, Quito 170606, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: jeaguirre966@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0009-0006-9904-221X>.

RESUMEN

El poder constituyente es la fuerza primigenia por la que una sociedad pasa a organizarse a través de un documento aceptado para este fin. Su importancia está dada tanto por el proceso para que esto se canalice como por el resultado final: una constitución. En ella descansará la diagramación del poder, el reconocimiento de derechos y la identidad del territorio en que va a regir. Los riesgos de interferencia en su contenido por la imposición de un proyecto político de turno son muy altos. Las experiencias latinoamericanas dan cuenta de ello, por lo que el resultado último de este acto excepcional debe ser analizado con rigurosidad. No basta que una constitución sea aclamada por el pueblo, debe ser también deliberada por él.

PALABRAS CLAVE

Constitución; poder constituyente; poder ejecutivo; soberanía popular

ABSTRACT

The constituent power is the original force through which a society begins to organize itself by means of a document accepted for that purpose. Its importance lies both in the process that channels it and in the final result: a constitution. This document determines the structure of power, the recognition of rights, and the identity of the territory it governs. The risk of interference in its content through the imposition of a prevailing political agenda is considerable. Latin American experiences bear witness to this, which is why the ultimate outcome of this exceptional act must be rigorously analyzed. It is not enough for a constitution to be acclaimed by the people; it must also be deliberated by them

KEYWORDS

Constitution; constituent power; executive power; popular sovereignty

1. INTRODUCCIÓN

El ejercicio del poder constituyente no agota su importancia en la conformación del órgano redactor ni en la tarea que se le encomienda, también alcanza al producto final y al grado de fidelidad de este con respecto a la idea de cambio que lo originó. Desde los intentos primigenios en Estados Unidos y Francia, las expresiones de este poder han sido variadas e inestables. Esta afirmación se sustenta tanto en la singularidad de cada proceso como en las interferencias estructurales que suelen incidir en su desarrollo.

El proceso de normación originaria se caracteriza por su permeabilidad ante la necesidad social y política de un cambio constitucional. Idóneamente, esto se traduce en mecanismos de participación ciudadana que van desde la iniciativa del proyecto hasta su aceptación o rechazo, pasando por la conformación democrática del órgano encargado de cristalizar demandas sociales. No obstante, la apertura a la que hacemos alusión corre el riesgo de ser interferida por actores que se alejan de la idea colectiva e integradora de constitución.

Principalmente, este trabajo busca identificar aquellas interferencias que provengan del Poder Ejecutivo de un Estado. Centrar nuestra atención aquí responde a la predominancia que ostenta el primer mandatario en los sistemas presidenciales de Latinoamérica y la tradición de cambios constitucionales en la región. Un presidente puede ser ajeno al proceso constituyente, instrumentalizarlo o apoderarse completamente de él, en cuyo caso el documento le será más fiel a su pensamiento que al del pueblo que rige.

Estas interferencias son identificables a través de ciertas conductas del primer mandatario. Entre ellas encontramos la personificación de la iniciativa constituyente, seguida de un control y manejo del órgano constituyente y, finalmente, la insistente publicidad para conseguir la aprobación del documento. A través de estos elementos, es posible distinguir si su participación ha sido nula, instrumental o inmoderada. Solo en el segundo de estos casos no se habrá alterado la naturaleza del proceso. En los otros, la constitución corre el riesgo de convertirse en parte de una agenda de gobierno, perdiendo arraigo popular y proyectándose como un instrumento temporario.

Lo anterior da cuenta de un problema que no solo se verifica empíricamente en la región, sino que atenta contra la esencia misma de lo constitucional. Por ello, se hace necesario realizar un estudio sobre las implicaciones que tiene la interferencia en el poder constituyente por parte del primer mandatario. Para la consecución del fin descrito, comenzamos el trabajo dedicando un apartado a realizar una breve revisión del poder constituyente. Aquí, buscamos poner en consideración del lector ideas fundamentales sobre el tema. Una vez conseguido aquello, pasamos a teorizar sobre los riesgos latentes de un control

desde arriba sobre este poder. En esta sección diferenciamos tres tipos de intervenciones que pueden ocurrir. Finalmente, se examinan algunos procesos constituyentes recientes en América Latina, a modo de ilustración empírica de las hipótesis planteadas en los apartados previos, así como un breve análisis sobre el latente proceso constituyente en Ecuador.

2. UNA VISIÓN PANORÁMICA DEL PODER CONSTITUYENTE

¿Qué es el tercer estado y qué ha sido hasta el presente en el orden político? ¿Cuáles son sus exigencias? Estas son las tres interrogantes planteadas por el abate Sieyès en su ya conocida obra sobre el tercer estado. “Todo, nada y llegar a ser algo” fueron las respuestas dadas por el abate en el introito de su escrito. Estas darían paso a la consolidación de ideas que se conocen bajo el nombre de *poder constituyente* y, sobre todo, la aceptación generalizada de quien ostenta el mismo: la nación en términos sieyesianos. El tránsito para llegar a este último escenario responde a la búsqueda de una limitación al absolutismo autocrático, pues antes la titularidad del poder residía exclusivamente en el gobernante¹, luego perteneció a grupos identificables de poder prevalentes en un momento político determinado², para finalmente pertenecerle al pueblo por completo³.

La titularidad individual respondía a ejercicios del poder provenientes de un linaje real o mandatos divinos⁴. La titularidad grupal, léase un conjunto cerrado, lo hacía de ciertos estamentos de la sociedad⁵ y la concepción actual de soberanía popular integra al conglomerado social en la práctica del poder constituyente. Ahora bien, el producto final, es decir la constitución, no implica en todos los casos una imposición absoluta del titular de este poder. Así, bajo el imperio de un monarca, se pueden elaborar textos concertantes, es decir, textos que, sin compartir su titularidad, el rey incluye en el proceso de adopción⁶ a otra unidad política⁷. Lo mismo ocurre con aquellos casos en los que la soberanía no es unipersonal y se llega a un consenso, pero con predominio de ciertos sectores de la sociedad.

En este sentido, vemos que la titularidad del poder constituyente, hoy ya asentada de manera irrefutable en el pueblo, atravesó un camino sinuoso hasta su consolidación moderna. Se identifican dos etapas respecto de la participación

1 Gregorio Badeni, *Tratado de derecho constitucional* (Buenos Aires: La Ley, 2006), 199.

2 Con este punto intermedio buscamos hacer referencia a los momentos en que la titularidad del poder constituyente abandonó las concepciones monocráticas para hacerse presente en colectivos definidos por su capacidad económica, patrimonial o formativa, es decir, un avance hacia la verdadera soberanía popular. Ver Julio César Trujillo, *Teoría del estado en el Ecuador* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2021), 123.

3 Georges Burdeau, *Derecho constitucional e instituciones políticas* (Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2022), 108.

4 Rafael Oyarte, *Derecho constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022), 161.

5 *Ibid.*, 164.

6 Antes del uso moderno del término *constitución*, los documentos que precedieron su aparición daban cuenta de concesiones entre el rey y los parlamentos. Verbigracia: Carta Magna de 1215 o el Bill of Rights de 1689.

7 Carl Schmitt, *Teoría de la constitución* (Madrid: Alianza, 1982), 87.

popular: nula y representativa. La primera en tanto que primaba la voluntad personal del gobernante y la segunda dada por una participación, si bien indirecta del pueblo y no siempre con inclusión de toda la colectividad política, participación al fin.

Las primeras tentativas del ejercicio del poder constituyente las encontramos en la Convención de Filadelfia de 1787⁸ y la Asamblea Nacional francesa de 1789. Estados Unidos y Francia, en diferentes contextos históricos, llevaron a cabo una práctica que en el futuro se divulgaría por el mundo ante la necesidad de las sociedades de darse una constitución. La primera de ellas con una reunión requerida ante una necesidad de organización territorial⁹, pues el 14 de mayo de 1787 tenía como intención, entre otras cosas y dado que ya existían reconocimientos de derechos por escrito, adecuar la Constitución federal a las exigencias del gobierno y el mantenimiento de la unión¹⁰.

En el segundo caso, y desobedeciendo la intención de Luis XVI de solo convocar a los Estados Generales, la reunión en Versalles de 1789 cambió su naturaleza por la de una Asamblea Constituyente¹¹. Sus integrantes optaron por la redacción de una declaración de derechos humanos para enfrentar el absolutismo monárquico como primera necesidad. Su actuar fue el resultado de un convulso contexto social, económico y político. De ahí que su razón de ser se condiciona al cambio de las relaciones entre monarca y sociedad para nivelarlas. Al final, la Asamblea exigió la aprobación de lo redactado ante la pretensión del monarca de querer revisarla¹², al tiempo que se rehusó a la sanción por el pueblo.

Vemos entonces que, desde los primeros ejercicios del poder constituyente, no hubo un camino unívoco respecto a las necesidades para el cambio de paradigma de organización. Esto también es palpable si comparamos el *j'accepte la Constitution* de Luis XVI en 1791, con el *"we, the people"* de los padres fundadores. El primero es el resultado del asentamiento del principio de soberanía nacional, tras la cesión por parte de la corona y la instauración de una monarquía constitucional¹³. El segundo lo es de la ordenación federativa perpetua sobre la base del pacto de libertad¹⁴. Sea como fuere, indudablemente que las propiedades de ambos eventos generaron un arquetipo sobre la elaboración de las constituciones escritas y dieron paso al triunfo definitivo del documento

8 Cuyos antecedentes son las propias constituciones de los Estados de la futura confederación, por ejemplo, la de Massachusetts de 1780.

9 Alexis de Tocqueville, *La democracia en América* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2019), 163.

10 Pablo Pendás Prieto, "Convención Constitucional de Filadelfia, 17 de septiembre de 1787: Aprobación de la Constitución de Estados Unidos: América y libertad son sinónimos", en *Momentos estelares del parlamento a lo largo de la historia* (Madrid: Dirección de Estudios, Análisis y Publicaciones de la Secretaría General, 2024), 98.

11 Burdeau, *Derecho constitucional*, 237.

12 Luis de la Peña Rodríguez, "La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano", en *Momentos estelares del parlamento a lo largo de la historia* (Madrid: Congreso de los Diputados, 2024), 119.

13 Roberto Blanco Valdés, *La construcción de la libertad* (Madrid: Alianza, 2010), 174.

14 Eduardo García de Enterría, *La constitución como norma y el tribunal constitucional* (Navarra: Civitas, 2006), 282.

constitucional positivo¹⁵.

En añadidura y para concluir este primer apartado, hay que hacer presente que el ejercicio del poder constituyente solo completó su tránsito con la mayoritaria aceptación de que las asambleas reunidas para el efecto culminen su labor al presentar un proyecto de constitución. Ello significa que el producto final pase a consideración del pueblo para su aprobación o rechazo. Solo así habrá nueva constitución. En este sentido, la legitimidad que ostentan sus hacedores por el advenimiento del sufragio universal ya no es suficiente, se requiere también de una legitimidad final hacia el documento elaborado, lo que tampoco puede limitarse a una constatación cuantitativa de su aprobación¹⁶.

3. ASAMBLEAS CONSTITUYENTES Y CONSTITUCIÓN

No hay constituciones sin asambleas constituyentes¹⁷, ni estas últimas se convocan para otro fin que no sea elaborar una constitución¹⁸. Esto último no pretende desconocer los excesos en que suelen incurrir estos órganos cuando, por ejemplo, ejerciendo poder constituyente deciden ejercer también los constituidos¹⁹. Tampoco se ignora el riesgo en democracias frágiles de ejercicios absolutistas del poder. Mucho menos el hecho de que no son los constituyentes en su conjunto quienes redactan el texto, pues suele encargarse la redacción de proyectos a comisiones²⁰. Lo que se pretende con esta afirmación es recordar la solemnidad que rodea al texto constitucional por, entre otras cosas, su manufactura²¹.

Una constitución lo será en la medida en que el poder constituyente así lo decida. Este, integrado por representantes de la sociedad y esta última investida de la titularidad de aquel, confluyen para que el proceso se realice. Lo último depende de un ciclo común que enfrentan los Estados. Javier Pérez Royo identifica el camino a seguir en los procesos constituyentes democráticos: el punto

15 Karl Loewenstein, *Teoría de la constitución* (Barcelona: Ariel, 2018), 159.

16 Jürgen Habermas, *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. Manuel Jiménez Redondo (Madrid: Trotta, 2005), 376. El autor contrasta las ideas liberales, cuyo centro de atención es la legitimidad obtenida de los resultados electorales, con la concepción republicana, que extiende el entendimiento de legitimidad y soberanía popular hacia una sociedad más involucrada en lo público.

17 Al menos es lo que se esperaría, aunque vemos que aun en la actualidad no se termina de asentar esta aseveración en su totalidad. Uno de los últimos ejemplos lo encontramos en Egipto, en el que la redacción del texto aprobado correspondió a una convención revisora conformada por el poder de turno.

18 Caso especial es el de Argentina en el que, de conformidad con el artículo 30 constitucional, la reforma de la constitución, sea parcial o total, corresponde a una convención constituyente. Ver Gregorio Badeni, *Tratado de derecho constitucional* (Buenos Aires: La Ley, 2006), 205.

19 En Ecuador tenemos como una mala tradición que las asambleas constituyentes ejerzan un poder ubicuo al ser convocadas. El último caso lo presenciamos en el año 2007 cuando, reunido en la ciudad de Montecristi, el órgano dictó un mandato constituyente asumiendo plenos poderes. Ver Mandato constituyente n.º 1 publicado en el Suplemento del Registro Oficial 223 del 30 de noviembre de 2007.

20 Desde los propios orígenes de la constitución escrita, la redacción de los proyectos se encargaba a grupos selectos de los congregados. Siguiendo con los ejemplos al comienzo del trabajo, el plan de Virginia, texto base para el debate de la Convención de Filadelfia, fue elaborado por James Madison. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano es un proyecto originario de Gilbert du Motier, marqués de Lafayette.

21 Loewenstein, *Teoría de la constitución*, 161.

de partida es una nueva legitimidad tras la obsolescencia del anterior estado de cosas, seguido del establecimiento de un sistema de libertades que aúpen la participación política. Esto último se cristaliza con las reglas electorales que hagan de la constituyente un órgano plural. A su vez, el órgano conformado tendrá como finalidad elaborar un proyecto que, por último, deberá ser ratificada en referéndum para que entre en vigencia²².

Ahora bien, hay que centrar nuestra atención en el proceso de normación fundamental, pues ninguna de estas etapas habrá valido el esfuerzo si la redacción no es adecuada. Por ejemplo, la nueva legitimidad suele ser más palpable en procesos de desorden social o político, que no se caracterizan por un transitar pacífico²³. Por otro lado, las libertades para la participación, vistas desde las reglas electorales, han evolucionado al punto de hacer necesaria la presencia de la mayor cantidad de sectores posibles²⁴. Entonces, invocar una masiva adhesión a la idea de cambiar el modelo vigente para, al final, no obtener un resultado favorable, cansa la voluntad popular. El resultado favorable al que hacemos alusión no solo es medible por el hecho de que el texto sea refrendado por el pueblo, sino también por si se ha canalizado realmente un cambio constitucional y este le es favorable a sus intereses.

Lo antes anotado pasa a convertirse en nuestro centro de atención, sobre todo si se recuerda que no suelen ser comunes las negaciones del proyecto vía referéndum. Los casos de negativas, como ocurrió en Francia en 1946, Uruguay en 1980, Kenia en 2005, Chile en 2022 y 2023, entre otros²⁵, son las excepciones que confirman la regla. No obstante, como se dijo, no podemos limitarnos a analizar el resultado sobre si el proyecto fue aprobado o no, o la mayoría con que lo fue, debemos dar el siguiente paso correspondiente a analizar si hubo un verdadero cambio de constitución o, por el contrario, se ha defraudado al pueblo.

4. CONSTITUCIÓN Y ASAMBLEAS CONSTITUYENTES

En el primer apartado de este escrito se reconocieron, como primeros acercamientos al ejercicio constituyente, lo ocurrido en el hoy llamado Independence Hall y en la entonces acalorada ciudad de Versalles. Esto no significa, por supuesto, que ahí nacieran los textos constitucionales, pues documentos anteriores a este período, si bien no con todas las funciones que hoy conocemos,

22 Javier Pérez Royo y Manuel Carrasco, *Curso de derecho constitucional* (Madrid: Marcial Pons, 2023), 88.

23 Kim Lane Scheppelle, "A Constitution Between Past and Future", *William & Mary Law Review* 49 (2008): 1377, <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol49/iss4/11>. En su artículo, la autora recuerda eventos como una guerra, la derrota de un imperio, la anulación del viejo orden, muerte de un dictador o la terminación de un gobierno autoritario y la toma del poder por el pueblo como los momentos propicios para la redacción de una nueva constitución.

24 Norberto Bobbio, *Liberalismo y democracia* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1989), 46. El autor afirma que solo así se hace posible el ejercicio de la soberanía popular.

25 La negativa del pueblo de la antigua colonia de Guinea en el año 1958 respecto de la Constitución francesa de la Quinta República que, además, trajo consigo su independencia.

ya daban cuenta de la idea de normación suprema fundamental. De hecho, se debe hacer presente que las sociedades anteriores al Estado utilizaban reglas elementales para establecer y hacer cumplir sus sistemas legales o políticos²⁶.

Los dos eventos a los que se ha hecho alusión abrieron camino al concepto moderno de *constitución* y, sobre todo, fijaron un proceso para su elaboración. Las repercusiones fueron inmediatas, al punto de que ambos documentos sirvieron como modelo para el resto de Estados en el mundo. Si bien esto no ha dejado de ser así, cada vez se afianza la idea de que los pueblos merecen su propia organización, sin alejarse de pautas inequívocas. Así, cada constitución debe evidenciar la convivencia entre los principios universales del constitucionalismo y los rasgos identitarios del Estado que rige como producto de un proceso en el que se norme según las voluntades.

Un texto constitucional no deja de ser una obra humana que, como cualquier otra, está destinada a un fin. El suyo ya no se limita a prever una organización institucional y reconocer derechos, sino que va más allá. Para la modernidad, alcanza a una operativización de la vida política y social del territorio en que rige, así como a formar parte de su identidad. Para esto, la norma debe concebirse como un producto hecho específicamente para ese Estado, por lo que las adaptaciones extranjeras son cada vez más complicadas. Como los instrumentos musicales, las constituciones pueden parecer similares en estructura, pero adquieren sentido en función del uso particular que les da cada sociedad²⁷.

La concurrencia de voluntades en una constituyente no es más que el punto de partida para que ella se precie de serlo²⁸. En el proyecto final se requiere de una concurrencia similar. Desde luego que, al referirnos a la norma fundamental, no es posible redactar un documento que incluya todas y cada una de las ideas latentes. No sin que el texto incurra en contradicciones o en un exceso reglamentario. Esto puede generar inconformidades, pues cada grupo representado espera ver reflejadas en la norma final sus propias aspiraciones²⁹.

Lo que se ha dicho es muestra clara de por qué el proyecto de constitución debe apelar a ser una síntesis efectiva del ideario social. Primarán en él los grandes acuerdos sobre la organización estatal, el pensamiento mayoritario

26 Wim Voermans, *The Story of Constitutions: Discovering the We in Us*. (Cambridge: Cambridge University Press, 2023), 45.

27 Un instrumento musical tiene como finalidad la emisión de sonidos para, entre otras cosas, creaciones musicales. En abstracto, podemos decir que los instrumentos serán similares en todos los países del mundo, aunque su fabricación y materiales puedan diferir, pero un piano, un acordeón, una guitarra, lo serán en todas partes del mundo. Lo que en realidad los diferencia es la forma en que el instrumento se usa en cada pieza musical, dependiendo el ritmo que se busque entonar. No sonará de la misma forma un acordeón en un ritmo latino que uno europeo y viceversa. Algo similar ocurre con un texto constitucional y los constituyentes deben identificarlo.

28 Schmitt, *Teoría de la constitución*, 137. El autor recuerda que una constitución es legítima cuando la fuerza y autoridad del poder constituyente en que descansa su decisión es reconocida.

29 Donald Horowitz, *Constitutional Processes and Democratic Commitment* (New Haven: Yale University Press, 2021), 87. En el escrito se señala: "For the groups they represent, constitutional satisfaction, the belief that the new constitution reflects an accommodation that they regard as acceptable, is based on a sense that their group self-interest is being served rather than thwarted".

sobre el orden político, económico, etc., y la imprescindible parte dogmática y valorativa. En esta misma línea, la posibilidad de que este escenario ocurra estará condicionada por los consensos a los que se esté dispuesto a llegar. Así, entenderemos que los hay cuando exista un verdadero encuentro de voluntades y no compromisos momentáneos³⁰. Por lo tanto, se aspira al máximo juicio de los constituyentes para obtener un esfuerzo intelectual conciso y representacional.

El texto constitucional en sí dará muestras de cuán apegados estuvieron sus redactores a estos postulados. Si bien no se puede sentenciar que sean irrefutables, pues cada Estado tendrá su manera de ejercer un poder de esta dimensión, sí se puede considerar que no dejan de ser pautas básicas respecto del tránsito de una constituyente que busca, como resultado, más que una norma completa, una representativa. Ahora, amerita enfatizar que esto último no siempre refleja la voluntad popular, que ya no puede ser juzgada únicamente desde el prisma numérico de la aprobación por referéndum.

Cuando una constitución entra en vigor suele verificarse el porcentaje de participación y aceptación popular que obtuvo, algo que no suele traer mayores complicaciones por la simple lectura de datos numéricos. Sin embargo, la excepcionalidad e importancia de las constituyentes está dada por la labor de redacción que se les encarga, pero también por aquello de lo que su ejercicio no puede prescindir. Además de lo ya anotado, se espera de ellas una consideración a los referentes cronológicos. Pasado, presente y futuro pasan entonces a condicionar también el actuar de los representantes, aunque con ciertos matices.

Esto último permite abonar a la teoría constitucional respecto al tipo de normas que pueden resultar de la incorrección en la utilización de los referentes cronológicos. Una remembranza invasiva del pasado, por la efervescencia de un momento constituyente en un contexto revolucionario, por ejemplo, puede dar como resultado constituciones vindicativas. Un exceso de atención al presente, dominado por un proyecto político coyuntural, constituciones temporarias³¹. Por último, la desmedida visión aspiracional sobre el deber ser del Estado y sus relaciones puede causar la redacción de constituciones meramente programáticas³².

30 Lorianne Updike Toler, "Constitution-Writing Rules", *International Journal of Constitutional Law* 22, n.º 4 (octubre de 2024): 1039, <https://doi.org/10.1093/icon/moac085>. Sobre los consensos, la profesora Lorianne señala: "Consensus can be fostered through rules of parliamentary procedure and the physical structuring of a constitution-writing body".

31 Se verá más adelante que la denominación se inspira en la dada por Gregorio Badeni a aquellos textos que, entre otras cosas, evidencian una subordinación a una personalidad carismática. *Transpersonalistas* las llama el jurista argentino. Ver Badeni, *Tratado de derecho constitucional*, 73.

32 Horacio Rosatti recuerda que las normas programáticas son aquellas que expresan un programa de acción o una aspiración de futuro y que necesita un trámite posterior para concretarse. Ver Horacio Rosatti, *Tratado de derecho constitucional* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010), 83.

Llamamos *constituciones vindicativas* a aquellas que, de forma desorientada, se caracterizan por una redacción contestataria. La desorientación que se señala está marcada por una falta de enfoque en lo que se busca al organizar el Estado. Así, los constituyentes están embebidos por marcar una diferencia con el anterior estado de cosas; lo cual, de ser excesivo, puede ir en desmedro de los intereses generales. Un ejemplo de ello pueden ser los textos que, luego de ejercicios autoritarios de poder por parte del Ejecutivo en un sistema presidencial, reducen sus facultades al punto de convertir a esta función en inoperante. De igual forma, aquellos que, en aras de apartarse de un predominio ideológico en la norma abrogada, cometen el mismo equívoco, pero ahora en beneficio de otra tendencia política caracterizada en marcar distancias³³.

La segunda denominación utilizada permite describir aquellos textos que son muestra de un aprovechamiento del momento constituyente y la legitimidad que ostentan los líderes políticos de turno. Son escritos con la intención de hacer primar una única visión colectiva cerrada³⁴ de las relaciones de poder, la institucionalidad y la vinculatoriedad de derechos. Las constituciones temporarias son expresiones bullentes o efervescentes, pero que, al ser una muestra de prevalencia coyuntural y excluyente de la oposición a la ideología del grupo predominante en el momento, no están destinadas a permanecer en el tiempo más que sus idearios. Todo órgano de normación fundamental debe recordar que el presente, si bien es importante por ser la fuente de su existencia, no debe desplazar a los otros referentes cronológicos, pues la agitación propia de toda agrupación con ideas divergentes debe atenuarse con los consensos y las aspiraciones generales³⁵.

Por último, están las llamadas constituciones programáticas o aspiracionales. En ellas vemos una concentración del deber ser, sin los debidos cuidados para que los anhelos puedan cumplirse. Néstor Pedro Sagüés denomina a estos documentos como promesas, pues se caracterizan por ser inexigibles y falsarios a la comunidad³⁶. Su principal vicio está dado por el mal entendimiento de lo que implica un texto constitucional al reducir su contenido a los anhelos de un pueblo, pero con marcadas inconsistencias en los mecanismos para alcanzarlos.

Tal y como se puede apreciar, lo que une a esta triada de constituciones son los excesos en que pueden incurrir los constituyentes. Tomar en consideración pasado, presente y futuro es justamente la labor de este órgano. No sería concebible la reorganización de un Estado que desconozca la heredad de su

33 Como muestras se pueden revisar las constituciones de Francia de 1893, Ecuador de 1929 y Egipto de 2014.

34 Léase la expresión como una mayoría coyuntural que es excluyente.

35 Puede juzgarse a las constituciones de partido dentro de esta categoría. Las constituciones de la URSS de 1936 o la de Cuba de 1976.

36 Néstor Pedro Sagüés, *Manual de derecho constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 2012), 49.

pasado y la sabiduría de sus antepasados³⁷. Tampoco lo sería, por ejemplo, que luego de superar un gobierno dictatorial, no lo condene o busque asegurarse de que no se repita. Lo que nos antecede en el tiempo son lecciones que los representantes deben aprender mejor que nadie.

Por otro lado, no sería correcto que, estando latentes ideas de cambio que desembocaron en un proceso constituyente, sean ignoradas por mantener tradiciones que desentonan con la nueva situación. Una constituyente, a fin de cuentas, será un proceso creativo de articulación de una alternativa al modelo que se busca superar³⁸.

Por último, cabe recordar que también son propios de todo texto constitucional los mandatos programáticos que encarrilen el actuar, por ejemplo, del legislador ordinario³⁹. No obstante, se debe procurar un equilibrio entre ser y deber ser para que la sociedad no viva siempre expectante de que su constitución puede llegar a cumplirse algún día.

Para concluir esta sección, es necesario insistir en que un proyecto de constitución es el reflejo del trabajo de los constituyentes, lo que debe ser estudiado por los votantes antes de refrendar dicha constitución, de tal forma que juzguen si la conducta responde a los intereses generales o, por el contrario, se ha defraudado la intención originaria de cambio. Un nuevo código político debe darse solo si el pueblo y, con él, sus representantes afluyen sedientos de un cambio medular hacia el abrevadero que es la nueva constitución. Pero no puede saciarse este deseo con la mera convocatoria. El proyecto debe encarnar un nuevo pensamiento y los ciudadanos deben poder constatarlo antes de su aprobación. Solo así, y dada la importancia de este documento más allá de su validez jurídica, se podrá evidenciar una regulación que se complementa con elementos constitucionales no normados y por aquellos otros normados pero no jurídicos⁴⁰.

5. CONSTITUCIONES DESDE LO ALTO DEL PODER

El camino recorrido hasta el momento lo ha sido para mostrar, hasta ahora de forma implícita, lo vulnerable que se torna el ejercicio constituyente por interferencias indebidas y de distinta índole. En este apartado se busca desarrollar los riesgos que estas acarrearán en un proceso de esta magnitud cuando provienen del poder de turno. Nuestra atención se centrará en la primera

37 Voermans, *The Story of Constitutions*, 95.

38 Marco Navas Alvear, "El valor de una Constitución en el marco del proceso político: Explorando las categorías de Constitución y proceso constituyente", en *La ciencia del derecho constitucional comparado: Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017), 1: 1147.

39 Peter Häberle, *El Estado constitucional*, trad. Héctor Fix-Fierro (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016), 86.

40 Hermann Heller, *Teoría del Estado* (Nueva York: Fondo de Cultura Económica, 1998), 324.

magistratura debido a su imagen prevalente en los particulares sistemas presidenciales de Latinoamérica⁴¹. La influencia que buscamos estudiar es aquella en la que la causa no solo es iniciada por el primer mandatario, sino que este se abandera de ella en su promoción, elaboración y aprobación.

En un primer momento debemos matizar que el riesgo mayor está dado por la desmedida incidencia presidencial tradicional en nuestra región. A quienes solíamos llamar *caudillos* en el siglo XIX y comienzos del XX cambiaron la fuerza por la demagogia para en adelante llamarse *populistas*⁴². Sin embargo, el cambio fue solo en los métodos utilizados, pues continúa la práctica de personificar el poder y no institucionalizarlo. Así, el grado de influencia del Ejecutivo, que ya de por sí lo ostenta en estos sistemas, convierte al mandatario en el centro de toda legitimidad y poder. Si a esto le sumamos los momentos de control sobre ciertas instituciones del Estado por medio de sus disciplinados partidarios, los peligros de una predominancia en lo constituyente siempre estarán latentes.

Gracias a estas primeras ideas, proponemos denominar constituciones desde lo alto a aquellas que provienen de un poder institucionalizado, el cual actúa como reflejo de una mayoría determinable, pero desplaza la regulación de las aspiraciones generales en favor de la imposición de sus propios intereses⁴³. Al hablar de mayoría no nos referimos al conjunto social en abstracto, sino a un grupo predominante encabezado por el artífice de las ideas destinadas a orientar las futuras normaciones. Este grupo presenta una doble dimensión: es abierto en tanto que requiere de adeptos a su causa, pero también lo es cerrado en la medida en que opera dentro de los márgenes impuestos por el adalidazgo carismático o ideológico, que puede o no estar vinculado a postulados de tipo dogmático.

Su contraste sería una constitución surgida desde abajo, resultado de una exigencia consciente y generalizada por un nuevo texto fundamental. Su proceso se caracteriza por la ausencia de un control omnímodo ejercido por un poder institucionalizado. En esta tipología, la participación ciudadana es real y efectiva y no se reduce a un voto de iniciativa o aprobación, debe verificarse un arraigo al cambio constitucional y no a sus impulsores. El aspecto central que debe analizarse es si el nuevo contenido responde, en su mayoría, al interés general. Esto último lo será en la medida en que no sea un calco de sus antecesores en aquellos aspectos que se buscó superar mediante el hecho

41 Esto no quiere decir que los legisladores no puedan disfrazar la abstinencia del Ejecutivo para influir en el proceso constituyente, sirviendo como medio para que este consiga su fin. Para ello, por supuesto que se dará una apariencia de independencia institucional.

42 Hernán Salgado Pesantes, *El sistema presidencial en América latina: Del caudillismo autocrático al hiperpresidencialismo constitucional* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017), 36.

43 Podrían también considerarse aquellas normas que son impuestas por un poder exógeno al propio Estado. La Constitución japonesa de 1946 fue producto de la imposición estadounidense, así como la Constitución española de 1808, llamada de Bayona, que fue redactada por Napoleón Bonaparte.

constituyente, que exprese una idea cimental rejuvenecida de organización política, que incorpore formas modernas de relación de ciudadanos y Estado y, por supuesto, que proyecte una identidad del territorio al que se dirige.

En este contexto, se debe seguir el rastro del origen de una constituyente y de la constitución misma, identificando el nivel de incidencia que ha tenido el titular del poder de turno en su confección. Esto es medible por su presencia en el hecho constituyente, en el proceso y, finalmente, en el producto final. Lo hay desde una nula intervención hasta un abuso de su presencia como ente de poder, pasando por una participación moderada. El primero de los escenarios se presenta cuando no hay un proyecto político encabezado por un presidente que haga suya la iniciativa y la manipule en función de sus intereses. Por otro lado, habrá moderación en su actuar cuando, viniendo el proyecto de cambio constitucional desde la ciudadanía, el primer mandatario es un mero cauce para lograr el fin y no el fin mismo. Cuando, por el contrario, sí lo es, estaremos ante un abuso de su participación.

6. LA NULA PARTICIPACIÓN

Un hecho constituyente es una muestra de hegemonía de un poder circunstancial, desde su eclosión hasta su plenitud. Por tal motivo, es antinatural no asociarlo a un dominio prevaleciente de actores políticos en un momento histórico determinado. Por lo tanto, y al ser la constitución un asunto de interés público⁴⁴, es improbable no identificar rostros visibles en un proceso con las implicancias que el comentado posee, incluso dejando de lado el modo en que fue conferida la representación a quienes la integran⁴⁵. Así, toda asamblea o convención constituyente debe ser permeable al poder, pero no todo poder debe permearla.

Lo primero en la medida en que el poder constituyente responde a fuerzas sociales, políticas o de otra índole. Es decir, su existencia cobra sentido por encargársele atender las demandas que surgen de la necesidad de un cambio de constitución. Sin embargo, la permeabilidad no puede significar que se interfiera en el ejercicio de sus funciones con la intención de imponer límites conceptuales, de diseño, estructurales o de ninguna otra naturaleza, que afecten la deliberación y redacción del texto resultante y, en última instancia, engañen al soberano.

Lo anteriormente señalado sugiere una dificultad respecto a la afirmación de una nula interferencia del Poder Ejecutivo en una constituyente, caracterizado

⁴⁴ Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una constitución?* (Santiago de Chile: Olejnik, 2018), 34.

⁴⁵ Cabe recordar que la titularidad del poder constituyente ha estado en manos de Dios, emperadores, monarcas, hasta finalmente llegar al pueblo. Ver Carlos Sánchez Viamonte, *El poder constituyente: Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino* (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1957).

por unificar las preferencias populares. Sin embargo, y sin desconocer lo antes mencionado, los procesos a los que se hace referencia en este apartado son producto de una ruptura total del orden constitucional. Se sabe de la violencia que trae consigo este último escenario y su impacto sobre el orden jurídico. Golpes de Estado, asonadas, revoluciones, dan por concluidos períodos constitucionales vigentes y dependerá de la naturaleza de cada escenario para que se produzca el relevo y la reordenación del poder.

Pues bien, el tránsito de las circunstancias que acaecen entre el rompimiento de lo constitucional y su restauración es motivo de nuestro particular interés. En este período es cuando puede ser identificable la nula intervención del Poder Ejecutivo por las siguientes razones. La primera de ellas y la más evidente: no existe formalmente la jefatura de gobierno. Hasta la instauración de la normalidad constitucional, quienes ostenten la autoridad mayor decidirán conservar formalmente el texto anterior, convocar o reunir una entidad redactora de un nuevo documento o uno reformado o delegar, en última instancia, esta función a un gobernante electo popularmente. Sin embargo, en ningún caso habrá un poder ejecutivo institucionalizado que aproveche su incidencia en el aparataje estatal, ya que poco quedará de este, o de su propia imagen, por lo que difícilmente se antepondrá a la necesidad de cambio⁴⁶.

Otro de los motivos tiene que ver con que, en este espacio de la nada constitucional, la toma de decisiones suele difuminarse entre los delegados transitorios y la adhesión a la causa de reordenación fundamental que representan y no tanto a un personalismo institucionalizado. Esto no obsta que, con el paso del tiempo, se instaure una figura que sobresalga por sobre el resto. Lo conveniente es que el proceso constituyente se realice lo antes posible, ya no solo por la importancia de que rija un texto constitucional, sino también para evitar una concentración y personalización del poder.

Por último, la nula participación en una constituyente puede analizarse también en los casos fundacionales, en los que frecuentemente la no existencia de poderes formalmente reconocidos llama a la convergencia de voluntades para instaurar un orden constitucional. Este escenario no está exento del riesgo comentado, pues la figura del independentista pueda apropiarse del momento en beneficio propio.

De lo expuesto con antelación, podemos concluir que solo cuando la entidad redactora legítima se legitima por sus acciones y no únicamente por su origen —esto es, en representación de los intereses fundamentales del cuerpo social— estaremos cerca de evidenciar la nula intervención del Poder Ejecutivo a la que hemos intentado referirnos en este apartado. En ausencia de un poder

46 Es necesario aclarar que al menos no ocurrirá esto en los casos en que se logró restablecer un Estado constitucional y democrático, pues evidentemente el cambio de una dictadura por otra no evitará el escenario comentado.

ejecutivo institucionalizado, resulta difícil discernir si dicho poder se ha apropiado del proceso constituyente y, con ello, de la voluntad popular.

7. UNA PARTICIPACIÓN INSTRUMENTALIZADA

Ya hemos insistido en la importancia que tiene el primer mandatario en un sistema presidencial y, más aún, en los modelos latinoamericanos. Simón Bolívar, al elaborar el proyecto de constitución para Bolivia, describía al presidente de la República como el sol que, firme en su centro, da vida al universo. Néstor Pedro Sagüés recuerda que, entre las ideas base de Juan Bautista Alberdi sobre el gobierno en América Latina, figuraba la petición de conferir al Poder Ejecutivo la máxima autoridad posible, pero por medio de una constitución⁴⁷. Por ello, es parte de nuestra identidad la convergencia entre una dotación importante de poderes al Ejecutivo, más allá, por ejemplo, de los que ostenta el presidente estadounidense⁴⁸, y el establecimiento de mecanismos de control⁴⁹. De ahí la dificultad de que las aspiraciones de cambio constitucional de un pueblo no dependan de la preponderancia del poder presidencial.

Pues bien, lo que se ha dicho hasta el momento no es óbice para que la participación del presidente en el momento constituyente pueda guardar moderación. Este, y sus adherentes, deben aceptar su presencia como un cauce para el cambio constitucional, y no como su fin último. La instrumentalización a la que se busca hacer referencia en este apartado es llevada a la práctica comenzando por el respaldo popular sobre la necesidad de una nueva constitución, seguido de una operativización del proyecto para, finalmente, aceptar la instauración de un nuevo orden jurídico constitucional.

Dicho esto, y como suele ocurrir en la mayoría de casos, el punto medio es el adecuado para las decisiones de mayor importancia. Es justamente la participación instrumentalizada la que consideramos como un punto acorde con la trascendencia que tiene un hecho constituyente y la realidad de su ejercicio en Latinoamérica. Su principal ventaja es lo organizado del proceso por la existencia de una aspiración general y la participación de varios actores sociales y políticos, con la guía de una figura legítima. El grado de organización dependerá, en mayor o menor medida, de la existencia o no de cauces jurídicos para el ejercicio del poder constituyente organizativo⁵⁰.

47 Néstor Pedro Sagüés, *Elementos de derecho constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 1997), 443.

48 Se toma como parámetro de comparación dado que en Estados Unidos se crea el sistema presidencial que luego sería adoptado y adaptado por los países latinoamericanos.

49 Humberto Nogueira Alcalá, “Los presidencialismos latinoamericanos”, en *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo, tomo IV* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015), 405.

50 En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 en su último artículo regula el ejercicio previo del poder constituyente. Lo hace desde los legitimados para invocar este poder hasta la forma de aprobación de la futura norma constitucional, pasando por los requisitos de la propuesta.

En este sentido, si tomamos como ejemplo la existencia de reglas previas para el ejercicio del poder constituyente, no habrá mayores riesgos en que la convocatoria a consulta popular para que el pueblo se pronuncie sobre el cambio o no de constitución sea realizada por el primer mandatario. De igual manera, no los habrá si se permite el paralelismo entre poder constituyente y poderes constituidos, es decir, que el trayecto hacia una nueva constitución no devenga en un abandono del texto a ser reemplazado, sino hasta que entre en vigor del nuevo documento. En añadidura, el proceso será más llevadero si el proyecto de cambio constitucional no es visto como el objetivo principal del poder de turno, especialmente si se intenta mantener una amplia mayoría o influencia sobre el órgano redactor para dejar plasmado su pensamiento o aspiraciones. Esta última situación implicaría una participación inmoderada, de la que se hablará en el apartado siguiente.

8. UNA PARTICIPACIÓN INMODERADA

Las razones expuestas sobre el papel del Ejecutivo en la región nos han dado lecciones sobre lo que ocurre cuando no se guarda el equilibrio entre amplias facultades y mecanismos de control. Latinoamérica ha visto interrumpidos períodos democráticos de su historia por la concentración de poderes en dictaduras. El retorno a los cauces democrático-constitucionales, hasta ahora de manera estable, aunque no en la totalidad de países, se remonta a la década de 1980. Sin embargo, al igual que ocurrió en años anteriores, la existencia de liderazgos fuertes supone un constante riesgo en la interferencia al ejercicio del poder constituyente. Esto se agrava en tanto que su acceso no necesariamente se realiza por la fuerza, sino por medios democráticos.

La legitimidad de un gobernante es un arma de doble filo. Por un lado, el mandato otorgado por el pueblo reviste de fuerza a los actos de autoridad, por el otro, la personalidad de esta última puede nublar al pueblo al punto de llevarlo a avalar actos que riñen con lo constitucional. De esto se desprenden los riesgos que existen al permitir la interferencia en un proceso que, se insiste, ostenta el mayor grado de importancia en una sociedad. Más aún si recordamos que la historia nuestra da fe de cómo el orden constitucional trastabilla por los ejercicios despóticos de poder.

En este sentido, y en contraste con lo reflexionado en el apartado anterior, estaremos ante una participación inmoderada cuando el Ejecutivo se apodere del proceso constituyente. Esto será medible a partir de la propuesta de cambio constitucional hasta la campaña por la aprobación del documento, pasando por la cooptación del órgano redactor de la constitución. En el primero de los casos, la interferencia estará dada por el incesante discurso de que el cambio constitucional es el único medio de avance de la sociedad; y el titular del poder, el designado a conducir a aquello. Por tales efectos, existirá una

mayoría disciplinada que lleve a cabo los planes políticos del primer mandatario. El órgano constituyente, entonces, se conformará por simples amanuenses. Por último, se utilizará todo el aparato del Estado para la promoción y adopción del nuevo texto constitucional, siempre y cuando este represente el ideario del poder de turno.

No hay peligro más grande para la materia constitucional que la nulificación de los mecanismos de control al poder. Karl Loewenstein reflexionaba sobre la desconfianza inherente al hombre racional respecto de la existencia de todo poder ilimitado⁵¹. Su pensamiento se originaba en el de Montesquieu respecto a que el poder controla al poder. Es entonces inconcebible que una constitución, una que se precie de serlo, provenga de un ejercicio absolutista del poder. El riesgo de que la intención primigenia se vea alterada por interferencias del poder de turno es demasiado sensible. Más aun si el ejecutivo latinoamericano parece cada vez afianzarse como la muestra de salvación a los problemas de los países.

Además, se debe hacer presente el grado de sensibilidad se presenta en el hecho de que el órgano redactor se integre por una mayoría obediente al poder de turno. Que este se abandere de la causa constituyente no siempre implica su omnipresencia en el órgano mencionado. Sin embargo, cuando esto ocurre, el riesgo está dado por la mutación de un proyecto de Estado a uno político circunstancial.

Finalmente, y dado que hay una interferencia en los dos anteriores momentos, la reiterada publicidad que un primer mandatario haga del nuevo documento constitucional es un síntoma de que habrá algo más que la organización fundamental del Estado. Las interferencias antes señaladas no tendrán razón de ser si es que al final el texto no entra en vigor. Si lo mencionado con antelación se cumple, el contenido del texto dará cuenta de la imposición de una única concepción para el ejercicio del poder. Y aunque pueda ser más o menos invasiva la visión personalista en la parte dogmática, esta también puede ser objeto de la presencia de un poder omnímodo.

9. ALGUNOS PROCESOS CONSTITUYENTES EN LATINOAMÉRICA

Una vez que se han esbozado los peligros de la interferencia por parte del Poder Ejecutivo en un proceso constituyente, corresponde aterrizar lo antes mencionado en casos de nuestra realidad. De esta manera, se busca analizar algunos procesos de cambio constitucional en el continente, con la intención de descubrir el grado de intervención que estos han sufrido. Dada la extensión de este trabajo, se toman en cuenta únicamente los elementos más importantes

51 Loewenstein, *Teoría de la constitución*, 68.

de cada uno, anticipando que no se realiza un amplio retrato histórico, pero no por ello pecaremos de imprecisión.

Nicaragua. La nueva Constitución de Nicaragua del año 2025 es un ejemplo de interferencia desmedida. De un lado, el gobierno bicéfalo del matrimonio Ortega Murillo posee el control de todo el aparato estatal, desde órganos de justicia hasta, principalmente, una mayoría de curules en el Legislativo⁵². Esto le facilitó el camino para aprobar reformas al texto de 1987, aunque técnicamente deba hablarse ya de un nuevo documento constitucional al haberse modificado más del 90 % del contenido. Así, el control absoluto que descansa en la presidencia permitió constitucionalizar el gobierno autoritario implementado en el país desde hace algunos años. Por lo tanto, no solo estamos ante una participación inmoderada, sino también ante una constitución temporaria.

El proceso del texto de 2025 surge en un contexto distinto al de la norma de la década de 1980, aunque esta y aquella tienen el mismo líder a la cabeza. La diferencia es que el proceso del siglo XX se asentó en una Asamblea Nacional Constituyente que si bien delegó la redacción a una comisión, esta se integraba por todas las facciones políticas del momento. No está de más recordar que el ascenso del sandinismo tuvo como aliciente el derrocamiento de la dictadura somocista. Ahora bien, el nuevo documento fue aprobado con el disfraz de reforma⁵³ y por un Legislativo controlado por el presidente. Así se burló el proceso de reforma total previsto en el texto, dando una constitución unidireccional y acorde al pensamiento revolucionario sandinista.

Cuba. Los dos últimos procesos constituyentes en Cuba tienen como punto en común los actores que los impulsaron y, de paso, los hicieron suyos⁵⁴. Para 1959, la dictadura de Fulgencio Batista fue derrocada por los insurgentes, aquellos que luego acabarían perpetuándose en el poder. Para conseguirlo, se redactó un anteproyecto de constitución en el año 1974 por la Comisión Mixta de Partido y Gobierno designada por acuerdo conjunto del Partido Comunista y el consejo de ministros⁵⁵. Con una aparente participación, fue aprobado un proyecto en el seno del Partido Comunista en 1975⁵⁶. Por último, sería puesto en consideración del pueblo en 1976 y, con una amplia aceptación, pasó a formar parte de la vida nacional. Todo lo anterior dio como resultado un texto que confirma el liderazgo de los revolucionarios⁵⁷. Esto se tradujo en la conversión del partido en fuerza dirigente del Estado y en

52 Delle Donne, Franco. *Ortega, el último dictador*. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung, 2023.

53 William Montalván, "La 'nueva' Constitución de Nicaragua: Inconstitucional, ilegítima e inconveniente", *Agenda Estado de Derecho*, 10 de abril de 2025, <https://agendaestadodederecho.com/la-nueva-constitucion-de-nicaragua>.

54 Ocurriría lo mismo con la Ley Fundamental de 1959, que sería la primera norma dada por y para la revolución.

55 Hugo Azcuy, *Análisis de la Constitución cubana y otros ensayos* (La Habana: Ruth Casa, 2010), 83.

56 *Ibid.*

57 Ngoc Son Bui, "Mixed Review of Constitutional Rights in Cuba", *Northwestern Journal of Human Rights* 23, n.º 3 (mayo de 2025): 160, <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol23/iss3/1>.

el reconocimiento de un principio de legalidad comunista⁵⁸. Los ciudadanos debían respetar las normas que eran expresión de la voluntad del partido.

Casi medio siglo después, el pueblo cubano vuelve a refrendar una constitución, aunque encabezado aun el proceso por el poder revolucionario. Nuevamente, se habla de una suficiencia democrática por la participación y aprobación del texto, mas no puede ser obviado el hecho de que esta característica se distorsiona en Estados totalitarios. Así, lo que en un momento fue un control del hecho constituyente, hoy alcanza una injerencia en todo el proceso de manufactura constitucional por medios en apariencia más ortodoxos.

Por otro lado, el contenido, si bien con implementaciones importantes en materia de derechos, sigue condicionando las relaciones de poder a la venia del Partido Comunista. El documento aprobado en las urnas da cuenta de la existencia de una única visión para el devenir del pueblo cubano. Al igual que el caso nicaragüense, estamos ante una participación inmoderada y una constitución temporaria que refleja el peligro de un control absoluto del proceso constituyente por parte de los primeros mandatarios.

Bolivia, Ecuador y Venezuela. La triada que a continuación se revisa reúne elementos en común respecto de sus procesos constituyentes, pues quienes los idearon tuvieron como premisa el cambio de paradigma radical del Estado y sus relaciones, pero decantándose por un camino cerrado en la redacción fundacional⁵⁹. No obstante, también hay hechos que los diferencian en lo que a nivel de interferencia se refiere. Pues bien, la decisión de agruparlos en un solo apartado no resulta solo de la idea de economizar en la redacción, sino también de hacer notar aquello que une y separa, en ambos casos no del todo, a los países del eje del socialismo del siglo XXI latinoamericano.

Entre las similitudes que poseen estos países está la consolidación de la idea de un cambio de constitución como el medio principal para la renovación del Estado⁶⁰. Morales, Correa y Chávez, siguiendo el orden descendente de análisis, catapultaron sus figuras presidenciales a la par de la necesidad comentada. Así, los tres presidentes dieron los primeros pasos para la realización de nuevos textos constitucionales, convocando órganos constituyentes cuya integración mayoritaria les era favorable⁶¹. El control ejercido fue de forma indirecta, pues si bien la elección de los constituyentes fue por medios

58 Ibid., 161.

59 Se hace referencia al poder constituyente originario fundacional como forma de ironizar las pretensiones de los impulsores del cambio de constitución para refundar los respectivos Estados.

60 Salvador Romero Ballivián, *Elecciones en América Latina* (La Paz: Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral, 2020), 360.

61 El Movimiento al Socialismo (MAS) en Bolivia, Alianza País en Ecuador y el Movimiento V República en Venezuela. Los tres aumentaron su presencia en el órgano de redacción por alianzas con otros partidos alineados a sus aspiraciones principales.

democráticos⁶², la disciplina que mantuvieron con el Ejecutivo, en mayor o menor medida, y con los dogmatismos que les rodeaban dan cuenta de una interferencia desmedida por parte del poder de turno y, como se verá, de constituciones igualmente temporarias.

A esto habrá que añadirle las decisiones adoptadas para evitar obstáculos en el ejercicio constituyente. Los caminos se juntan nuevamente, pues en los tres casos se atentó contra los poderes constituidos, más aún cuando no se alineaban a la intención de cambio. En Ecuador y Venezuela los congresos ordinarios fueron disueltos, con el agravante de que en el primero se destituyeron congresistas opositores al proyecto y al propio Tribunal Constitucional, mientras que en Bolivia los poderes ordinarios solo se supeditaron a la existencia del órgano excepcional. Esto implicó la omnipotencia de las asambleas constituyentes, pues las tres funcionarían durante períodos de quiebre constitucional.

En este sentido, la muestra de interferencia pasó también a la redacción del documento. Partimos de la idea de que el producto final fueron constituciones extensas⁶³ que desnaturalizaron la idea de un texto fundamental. La refundación pasó del discurso a los preámbulos y el contenido de las constituciones de Venezuela y Bolivia⁶⁴, mientras que en la de Ecuador lo fue solo en su articulado. Principalmente, se buscó solidificar el contenido ideológico del gobierno de turno, así como asegurar un ejercicio del poder autocrático. A partir de su vigencia, el presidente de la república aumentó sus facultades en desmedro del Poder Legislativo, podía reelegirse de forma inmediata, la facultad de veto se inclinó a su favor, aumentó su participación en la designación de autoridades⁶⁵, las instituciones políticas y de control se vieron sometidas a su voluntad, entre otras cuestiones. Todas estas fueron características del ejercicio del poder de los mandatarios representantes de esta triada.

La existencia de una participación inmoderada se evidenció, por último, en el referéndum final. En los tres casos las constituciones fueron aprobadas por la ciudadanía⁶⁶. Este elemento, de forma abstracta, impediría hablar de una interferencia en el paso final hacía un nuevo texto constitucional. Sin embargo, y dada la amplia popularidad de los mandatarios, es al menos cuestionable esta observación en tanto que, al igual que en la iniciativa, la causa constituyente formó siempre parte de los planes políticos del poder de turno. Así, debe ser puesta en duda si la legitimidad está en el texto o en sus patrocinadores.

62 En Bolivia, el MAS obtuvo 137 de 255 curules. En Ecuador, el oficialismo consiguió 79 de los 130 escaños. En Venezuela fue aún más abrumadora la mayoría con 125 de los 131 puestos disponibles.

63 Son 411 artículos en el caso de Bolivia, 444 en Ecuador y 350 en Venezuela.

64 Romero Ballivián, *Elecciones en América Latina*, 366.

65 Agravada por la constante supremacía en el Legislativo de sus partidarios.

66 Bolivia y Ecuador con más del 60 % y Venezuela con más del 70 %

Argentina. Gabriel Negretto recuerda que tanto el proceso constituyente de 1949 como el de 1994 en Argentina fueron promovidos por presidentes en momentos de creciente popularidad con el objetivo de permitir la reelección inmediata⁶⁷. Esto implica que, a diferencia de sus pares en el continente, no estuvo precedida por crisis sociales políticas o económicas⁶⁸. Por supuesto que esto no implica una intervención al mismo nivel entre los entonces presidentes Juan Domingo Perón y Carlos Menem. Si bien las iniciativas surgieron del Ejecutivo, solo el primero de ellos impuso su visión y aspiraciones por sobre el resto de los actores políticos. Esto debido a la obtención de más del 60 % de las curules para el peronismo, en contraste con lo ocurrido en 1994 cuando el oficialismo no alcanzaría ni el 34 %. En este último escenario, se haría necesario un acuerdo con otro partido y así nacería el Pacto de Olivos⁶⁹.

Ahora bien, el hecho de que el camino seguido por el peronismo no haya encontrado obstáculos, como sí lo hizo el menemismo, no implica que ambos hayan logrado imponer su anhelo en el documento constitucional. La diferencia, en principio, está marcada por la negociación a la que el segundo tuvo que acudir. No obstante, la misma tuvo como contrapuesta las proposiciones de Raúl Alfonsín para limitar los poderes presidenciales⁷⁰. Así, el contenido final en ambos casos responde a ideaciones del Ejecutivo, pero los distingue el grado de apropiación de las relaciones de poder y sus formas de operativizarlo⁷¹.

Por último, la legitimidad de ambos momentos es más difícil aun de medir porque el procedimiento no concluye con un referendo del pueblo. Así, el proceso de cambio está únicamente legitimado, primero, por la declaratoria de necesidad del Congreso que es de origen popular y, luego, por la elección de los constituyentes. Entonces, la distinción entre participación instrumentalizada e inmoderada pende de un hilo muy delgado por la permeabilidad del proceso en los poderes constituidos.

Perú. El 5 de abril de 1992 el presidente Alberto Fujimori da un golpe de Estado *sui generis*⁷² y atenta contra el orden constitucional instituido por la Constitución de 1979. Detrás de todo esto estaba la idea de reelegirse para la primera magistratura, cuestión prohibida por la norma citada. Así, desde el autogolpe del presidente, el aparato estatal pasaría a manos suyas⁷³, lo que

67 Gabriel Negretto, *La política del cambio constitucional en América Latina* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2015), 185.

68 Aunque se debe hacer notar que las intenciones de Menem de prolongarse en el cargo era para evitar la consolidación de una crisis económica.

69 Negretto, *La política del cambio constitucional en América Latina*, 207.

70 Negretto, *La política del cambio constitucional en América Latina*, 206.

71 La nueva Constitución estuvo condicionada al acuerdo entre dos fuerzas políticas del momento. El Pacto de Olivos en realidad es la muestra de una permuta entre aspiraciones particulares o, como máximo, de grupos cerrados de poder.

72 Domingo García Belaunde, *La Constitución y su dinámica* (Lima: Palestra, 2006), 125.

73 Decreto Ley n.º 25418 del 6 de abril de 1992. Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. Decreto Ley n.º 25423 por el cual cesan a trece vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República. Decreto Ley n.º 25422 en el que cesan a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales, entre otros.

se vería reflejado, en menor medida que los casos reseñados, por el dominio de la próxima constituyente. Esto, además, da cuenta de que no necesariamente el pueblo peruano abogaba por un cambio constitucional. El evento no estuvo precedido de levantamientos sociales o de campañas fuertes sobre el tema, sino que el mandatario aprovechó su popularidad y el descrédito del Congreso.

El Congreso Constituyente Democrático estuvo integrado en un 49 % por el oficialismo. Si bien su presencia no era aplastante, le bastó al Ejecutivo para hacerse con el control del órgano. Además, este se mantendría en funciones luego de aprobada la constitución, pasando de poder constituyente a constituido según su propio reglamento⁷⁴. El hecho aquel se daba en un ambiente de falta de Estado constitucional y con la asunción de poderes absolutos por Alberto Fujimori. El documento final era un 65 % similar al abrogado⁷⁵, siendo el principal cambio la reelección inmediata.

Pues bien, todo lo señalado permite afirmar una participación inmoderada en la creación de la Constitución de 1993 por el presidente Fujimori. Su ejercicio despótico del poder, las limitaciones a garantías constitucionales, la imposición de su omnímoda voluntad, en suma, hablan de una alta interferencia en el proceso constituyente peruano, aunque el resultado final no alcance para calificarla como un texto temporario. Pese a ello, el aval dado por su alta popularidad se vio reflejado en la aprobación final con un 51 % de votos afirmativos. Similar dificultad al caso argentino presenta este apartado en la medida en que las aspiraciones del Ejecutivo no alcanzaron una refundación de sus respectivos Estados, sino más bien fueron un anhelo personalísimo para el ejercicio de la primera magistratura.

Colombia. El proceso constituyente de Colombia está revestido de misticismo para la región latinoamericana por sus innovaciones y origen. Su principal antecedente fue la generalizada idea de insatisfacción respecto del control de la violencia. De ahí que su imagen se generalice como un pacto de paz⁷⁶. Con antelación a 1991 ya existían intenciones de cambios profundos, léase constitucionales, por parte de los presidentes que gobernaron desde 1974⁷⁷. Sin embargo, la convergencia ciudadana para que se produzca este hecho terminó dando paso al mismo. Si bien la convocatoria formalmente fue hecha por el presidente Virgilio Barco, la iniciativa en realidad provino de la conocida séptima papeleta. No hubo entonces una visión de cambio que apelara al conglomerado social, más bien hubo una sociedad que convenció al poder de

74 Reglamento del Congreso Constituyente Democrático, publicado en el Diario Oficial El Peruano, 112749, 5 de febrero de 1993.

75 García Belaunde, *La constitución y su dinámica*, 124.

76 Francisco Gutiérrez-Sanín, "La Constitución de 1991 como pacto de paz: Discutiendo las anomalías", *Estudios Socio-Jurídicos* 13, n.º 1 (enero de 2011): 421, <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1517>.

77 Negretto, *La política del cambio constitucional en América Latina*, 229.

turno para que cristalice la necesidad de cambio constitucional.

Lo antes narrado viene en consonancia con la no intrusiva conformación del órgano constituyente. No se puede hablar propiamente de un movimiento oficialista en ella. A diferencia de lo ocurrido en casos revisados con antelación, no hubo una mayoría absoluta que tomara las decisiones por sobre el resto de integrantes⁷⁸. Del mismo modo, la mayoría de las nuevas disposiciones constitucionales fueron aprobadas por las dos terceras partes de los miembros⁷⁹.

Ahora bien, hay un cambio propiamente cuando el texto predecesor no solo que ha vivido lo suficiente, sino que sus contenidos disonantes con la nueva realidad no son reutilizables. En el caso colombiano, el texto de 1886, reformado en varias ocasiones, dejó de satisfacer las necesidades del pueblo y esto fue entendido por los constituyentes. La redacción final dio cuenta de una amplia participación ciudadana y de la inclusión de modelos organizativos actualizados. Pese a que el documento no fue refrendado por el pueblo, no cabe duda de que su concepción y divulgación tuvo un origen en sus bases y no en las de un poder monolítico.

Paraguay. El retorno a los cauces democráticos en Paraguay tuvo como punto de partida la caída de la dictadura del general Alfredo Stroessner en 1989. El stronismo requirió en su momento una constitución que le permitiera instaurar un régimen a su medida y evitar las prohibiciones de reelección. Si bien la Constitución sancionada en 1967 contó con una participación de los partidos de oposición⁸⁰, no bastó para impedir las ambiciones autoritarias del general. Así, el texto final no solo que sufriría interferencia en su ejercicio por la existencia de una dictadura, sino también por haber aprobado un documento que concentraría el poder en el Ejecutivo y anularía los mecanismos de control⁸¹.

La Constitución de 1992, por otro lado, surge en un contexto de reestructuración del orden democrático. Siguiendo los ejemplos de Ecuador en 1978, Perú en 1979, Honduras en 1982, El Salvador en 1983, Guatemala en 1985 y Brasil en 1988, Paraguay inició su proceso constituyente para separarse del régimen stronista. De hecho, ante el intento de limitarse a reformar la constitución fue más el impulso de un cambio total de la misma⁸². Así, podemos afirmar la existencia de una limitada participación de los detentadores del poder para ejecutar la demanda social. Para ello, se convocaría a elecciones

78 El partido que más escaños obtuvo fue el liberal con 24, seguido del M-19 con 19.

79 Negretto, *La política del cambio constitucional en América Latina*, 236.

80 Ley n.º 600 del año 1960 por la cual se aprueba, con modificación, el Decreto-Ley n.º 204 del Estatuto Electoral, emitida por la Honorable Cámara de Representantes de la Nación Paraguaya. Art. 8. Ley n.º 1198 del año 1966, que establece normas para la instalación y el funcionamiento de la Convención Nacional Constituyente, emitida por la Honorable Cámara de Representantes de la Nación Paraguaya.

81 Florencia Prego, "Reforma de la Constitución Nacional en Paraguay (1992): Del estado de sitio al estado de excepción", *Revista Temas Sociológicos*, n.º 31 (diciembre de 2022): 398, <https://doi.org/10.29344/07196458.31.3176>.

82 *Ibid.*, 406.

populares para integrar el órgano redactor, saliendo mayoritariamente favorecido el partido colorado.

Chile. El 5 de septiembre de 1972, Salvador Allende haría parte de su discurso la reflexión de que el pueblo, por primera vez, diría el futuro presidente, debe entender que en las raíces de su propia convicción es que debe nacer de la carta fundamental. Poco más de un año después la junta suprema lo reemplazaría en el gobierno y haría suyo el ejercicio de todos los poderes, incluido el constituyente. Este último se vería afectado desde la asunción del gobierno *de facto*⁸³, por las alteraciones a los poderes constituidos⁸⁴, las reformas constitucionales⁸⁵ y, por último, una nueva constitución en 1982.

Nuevamente estamos ante una intrusión por parte del poder de turno en el ejercicio constituyente. El texto redactado⁸⁶ pasaría por un proceso de revisión de la Junta Militar de Gobierno liderada por el general Pinochet, antes de ser puesto a consideración de la ciudadanía a través de un plebiscito. Su aprobación, por un 65,71 %, no impide aseverar que el proceso, desde su iniciativa hasta su aprobación, fue controlado por la dictadura, pues incluso la participación electoral genera cuestionamientos por haberse desarrollado con limitaciones de derechos y garantías. De hecho, el texto incluía el nombre del general en la disposición transitoria décimo cuarta, para ratificarlo en el ejercicio del poder, a él y a las cúpulas militares⁸⁷.

Es innegable que el origen de la Constitución de 1980 es una carga para la sociedad chilena, pese al cual la norma ha resistido múltiples reformas y dos intentos de cambio. En 2022 y 2023, dos Asambleas Constituyentes de origen popular y producto de asonadas sociales pusieron en consideración del país dos proyectos de constitución. Con un 61,89 % en el primer caso y un 55,79 % en el segundo, fueron rechazados los proyectos impulsados desde abajo⁸⁸. Ambos procesos mostraron una participación instrumentalizada por parte del poder, pues si bien existió un apersonamiento de la causa constituyente por parte del presidente

83 El numeral 3 del Decreto Ley indicaba que el gobierno respetará el texto constitucional en la medida que la situación del país lo permita. Decreto Ley n.º 1, Diario Oficial n.º 28.653 del 18 de septiembre de 1973. Además, el Decreto Ley n.º 788, Diario Oficial n.º 29.019 del 4 de diciembre de 1974, dictó normas sobre el ejercicio del poder constituyente.

84 Decreto Ley n.º 25, Diario Oficial n.º 28.657 del 22 de septiembre de 1973, por medio del cual cesaron a los alcaldes y regidores de las municipalidades. Decreto Ley n.º 27, Diario Oficial n.º 28.658 del 24 de septiembre de 1973 para la disolución del Congreso y el Decreto Ley n.º 119, Diario Oficial n.º 28.698 del 10 de noviembre de 1973 por el que se disuelve el Tribunal Constitucional, entre otros.

85 Decreto Ley n.º 170, Diario Oficial n.º 28.720 del 6 de diciembre de 1973. Decreto Ley n.º 175, Diario Oficial n.º 28.722 del 10 de diciembre de 1973.

86 El proceso estuvo dividido en un primer borrador redactado por la comisión Ortúzar. Luego intervino el recién creado Consejo de Estado, para finalmente ser puesto en manos de la dictadura. Por supuesto que los escribientes gozaban de la confianza del régimen.

87 Un elemento, que no siendo definitivo debería llamar la atención a quienes aseveran que un texto constitucional es democrático, es la inclusión de nombres propios. A más del caso del general Pinochet podemos citar el preámbulo del texto cubano en el que se nombra al líder de la revolución Fidel Castro; o a nivel mundial se puede recordar el art. 333 de la Constitución de 1974 de Yugoslavia. Suelen pasar más desapercibidos aquellos preámbulos en los que se dedica un espacio a una parte procerato del país, como muestra de la adhesión a una causa en concreto. Véanse los preámbulos de las constituciones de Nicaragua, Cuba, Venezuela, y, en menor medida que las anteriores, Ecuador.

88 Cerca del 80 % de los sufragantes en 2020 dijeron sí a un cambio de constitución.

Gabriel Boric, no hubo una interferencia en los constituyentes y su labor. Esto, más allá de que la primera de ellas estuviera conformada por coidearios suyos.

10. REVISIÓN GENERAL DE LOS ÚLTIMOS PROCESOS CONSTITUYENTES

El breve repaso que se ha hecho en este apartado ha demostrado las implicancias de una participación de los poderes de turno en el ejercicio del poder constituyente. Hemos constatado desde un dominio absoluto del momento y proceso constituyente hasta aquellos en los que el Ejecutivo no abusó de su poder e imagen para interferir en ellos. Los riesgos que planteamos en el apartado correspondiente son palpables a la luz de la realidad latinoamericana y su débil institucionalidad. Del mismo modo, la practicidad de que el proceso sea conducido por un Ejecutivo sin su apersonamiento constituye la mejor vía para la obtención de un nuevo texto constitucional.

Cuando los Ejecutivos participaron desde el discurso de necesidad de cambio constitucional hasta la campaña para su aprobación, pasando por cooptar al órgano de redacción constitucional, el resultado fue una interferencia desmedida en el proceso constituyente. La principal consecuencia de aquello es obtener como producto final una constitución invadida por la voluntad del Ejecutivo. Pues bien, el efecto nocivo no se atenúa porque el pueblo haya aprobado los textos en las urnas, ya que en el fondo se distrajo al soberano de la intención primigenia de un nuevo documento para el país por uno para el oficialismo. Estas constituciones temporarias, en suma, fueron aclamadas, mas no deliberadas.

Gabriel Negretto recuerda que presidentes y partidos suelen enfocar su rol en la constituyente para consolidar e incrementar sus ventajas electorales, adquirir mayor influencia sobre la elaboración de políticas legislativas, evitar que otros partidos obtengan puestos electivos o bien reducir el margen de victoria de los partidos opositores⁸⁹. De esta forma, permitir la invasiva participación del Ejecutivo en el proceso, que está dada por la cooptación con sus disciplinados adeptos, es dar rienda suelta a los abusos en la redacción constitucional. Los peligros pueden estar desde la inclusión excesiva de dogmatismos hasta la deformación de las instituciones políticas para favorecer la concentración de poder del primer mandatario.

Del mismo modo, cuando el escenario no le es favorable al Ejecutivo, su contención está dada por abstenerse de hacer prevalecer sus ideas o, si estas resultan favorables, lo serán por pactos a los que se llegue con otros partidos o miembros de la constituyente. Por lo tanto, lo prevaleciente serán los acuerdos a los que se puede llegar entre los integrantes. Ello será favorable siempre y cuando se direccionen a

89 Negretto, *La política del cambio constitucional en América Latina*, 251.

poner en consideración del pueblo un documento que refleje un proyecto nacional con intención de sostenerse en el tiempo hasta que la realidad dicte lo contrario.

Lo antes anotado nos permite concluir que la vara para medir un proceso constituyente no debe limitarse a la participación nominal de la ciudadanía. No es novedad que el ejercicio del poder autocrático busque dar una apariencia de apego a la voluntad popular y la constitución. De hecho, suele ser la forma en que se justifican actos que riñen con ambos. Sin embargo, ha sido uno de los propósitos de este escrito hacer notar que el análisis de un nuevo texto constitucional no debe limitarse a saber si el pueblo eligió o no a los representantes, si apoyó o no el documento final. Se debe revisar todo el camino recorrido para su entrada en vigor, pues una constitución no deja de ser democrática porque el pueblo no la apruebe, ni lo es por el mero hecho de que sí.

11. LA VOCACIÓN CONSTITUYENTE EN EL ECUADOR ACTUAL

El poder constituyente originario en Ecuador se ha ejercido en veinte ocasiones, con una duración promedio de diez años por texto constitucional. La poca estabilidad revela un país habituado a recurrir prematuramente al cambio de constitución, lo que Juan Larrea Holguín ha denominado vivir en actitud constituyente⁹⁰. En la actualidad rige la norma de 2008, identificada con el proyecto político que dominó la escena nacional hasta 2017. A menos de dos décadas de vigencia, se contabilizan más de una docena de solicitudes para activar el artículo 444, que faculta la convocatoria del órgano encargado de elaborar un proyecto de nueva organización fundamental⁹¹. La Corte Constitucional, órgano competente para dictaminar la procedencia de tales pedidos⁹², solo ha admitido uno de ellos: el presentado en 2025 por el presidente de la república.

Mediante Decreto Ejecutivo 153, Daniel Noboa convocó a la ciudadanía a consulta popular para decidir si se debe instalar o no el órgano constituyente⁹³. El desarrollo inicial del proceso ha estado marcado por actuaciones cuestionables de los distintos actores involucrados, tanto del proponente como del órgano de control constitucional, en un contexto que los

90 Juan Larrea Holguín, *Derecho constitucional ecuatoriano* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), 1: 29.

91 Se debe hacer presente el hecho de que las solicitudes se presentaron a partir del año 2019 y todas provinieron de la ciudadanía, con excepción de la última.

92 La magistratura ejerce esta competencia de conformidad con los artículos 444 de la Constitución, 99 número 1 y 106 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. La intervención se realiza en tres momentos: dictamen de procedimiento, dictamen de constitucionalidad de la convocatoria a referendo y sentencia de constitucionalidad. En el primero se examina si la vía escogida por el proponente se adecúa a lo previsto en los artículos 441, 442 y 444 constitucionales, mientras que en el segundo se revisa el contenido de la propuesta. El último, y más discutible, es posterior a la entrada en vigor de la reforma o cambio, cuando se demanda su inconstitucionalidad.

93 Decreto Ejecutivo 153, Presidencia de la República [por medio del cual se convoca a consulta popular para que el electorado se pronuncie afirmativa o negativamente sobre la instalación de una Asamblea Constituyente], Registro Oficial 129 del 22 de septiembre de 2025.

encuentra enfrentados⁹⁴. El Ejecutivo no ha observado el procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico y en la jurisprudencia⁹⁵, mientras que la Corte ha mostrado una inusual permisividad frente a esas irregularidades⁹⁶. El resultado es que los ecuatorianos volveremos a debatir sobre la conveniencia de instalar una nueva asamblea redactora y, eventualmente, de reemplazar la Constitución vigente del país ha dejado múltiples lecciones, entre ellas los peligros de la apropiación del poder constituyente por parte del gobierno de turno⁹⁷. Esta advertencia obliga a mantener una vigilancia constante sobre la cercanía del Ejecutivo con cualquier proceso de cambio constitucional que se avecine. Sobre el primero momento, la iniciativa, preocupa la presencia del primer mandatario no solo como el proponente, sino también como símbolo de una aspiración social orientada a refundar el país y a enfrentar los problemas estructurales que lo aquejan⁹⁸.

En lo que atañe a los siguientes momentos, aunque aún es temprano para medir la magnitud de la participación presidencial, conviene recordar que el estatuto prevé una asamblea de ochenta integrantes, abierta a la participación de toda la ciudadanía⁹⁹. Ello no excluye, sin embargo, la posible influencia del poder de turno en la elección de sus miembros¹⁰⁰. De darse nuevamente un escenario de dominio, el tercer momento corre el riesgo de ser igualmente invadido. La aprobación de la nueva constitución, entonces, estará precedida de una campaña a favor del trabajo realizado por los autómatas constituyentes.

Los peligros retratados en este análisis permanecen latentes en la realidad ecuatoriana. Las lecciones del pasado parecieran no estar muy presentes para el futuro. Ante cualquier ejercicio de redacción constitucional, los ciudadanos debemos recordar las consecuencias de permitir que el poder de turno invada los espacios de deliberación que corresponden a la sociedad. Si no asumimos esta responsabilidad, una vez que el actual gobierno abandone el Palacio de

94 Víctor Cabezas, “El gobierno de Noboa declara ‘enemiga del pueblo’ a la Corte Constitucional de Ecuador”, *El País*, 17 de agosto de 2025, <https://elpais.com/america/2025-08-17/el-gobierno-de-noboa-declara-enemiga-del-pueblo-a-la-corte-constitucional-de-ecuador.html>.

95 El primer mandatario no puso en conocimiento de la magistratura el pedido, sino que lo envió directamente al Consejo Nacional Electoral para que sea puesto en consideración de la ciudadanía. Además, no adjuntó el escrito de justificación de vía y se limitó a ingresar un escrito para tratamiento célere en la Corte Constitucional.

96 Ante la evasiva del Ejecutivo, la Corte recibió el pedido del Consejo Nacional Electoral y consideró que el escrito ingresado desde Carondelet era suficiente para subsanar la omisión. Además, al encontrar inconsistencias en el estatuto electoral, devolvió al peticionario a corregir su pedido y no emitió observación alguna a la falta del escrito de fundamentación de vía. Ver Causa 11-25-RC, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de septiembre de 2025. Las correcciones a la propuesta constan en el Decreto Ejecutivo 155 [se reforma el Decreto Ejecutivo 153], Registro Oficial 132 del 25 de septiembre de 2025.

97 Rafael Arizaga Vega sentenció que la vida de Ecuador se ha desenvuelto siempre alrededor de hombres y no de instituciones o de ideologías. Rafael Arizaga Vega, *Las constituyentes* (Quito: Fraga, 1998), 36.

98 De la redacción del Decreto Ejecutivo 153 se desprende que las aspiraciones refundacionales vuelven a proyectarse en el próximo texto constitucional. Aunque muchos de sus considerandos fueron eliminados por disposición de la Corte, el decreto evidencia una búsqueda de reestructuración política motivada por razones de seguridad, inversión y empleo, entre otras; aspectos que, en principio, no corresponde ser resueltos por una constitución.

99 Artículo 1, Decreto Ejecutivo 155.

100 De todas formas, se debe hacer presente el hecho de que el estatuto prevé que las decisiones de la constituyente, en lo correspondiente a la forma del Estado, el catálogo de derechos, la organización de funciones y la aprobación final del proyecto constitución, requerirán de la aprobación de las dos terceras partes del pleno. El resto de aspectos, que son importantes en toda norma fundamental, se adoptarán por mayoría simple. Artículo 12, Decreto Ejecutivo 153.

Carondelet, volveremos a plantear la necesidad de un nuevo cambio constitucional, alegando que la norma ya no responde a las exigencias del momento. La causa de ello será el error persistente de identificar las constituciones con los gobiernos, una confusión que se reproduce cada vez que se permite a estos intervenir indebidamente en el proceso constituyente.

12. CONCLUSIONES

Las constituciones se encargan de diagramar el poder político, los derechos y la identidad de un pueblo. Desde que pasaron a ocupar un rol preponderante en los Estados, se ha discutido sobre el proceso para su entrada en vigor. Lo ocurrido en Estados Unidos y Francia marcó el inicio de una costumbre que se mantiene hasta nuestros días, la reunión de un órgano excepcional con el único fin de redactar un texto constitucional. Lo ceremonial del acto ha ido variando en el tiempo y en cada Estado según sus propias experiencias, lo que no obsta la existencia de semejanzas en ciertas latitudes.

El trabajo encargado a los órganos excepcionales, llámense convención o asamblea, no lo es solo por interinidad, sino también y principalmente por el trabajo encargado: positivizar lo fundamental de un Estado. El hecho constituyente suele estar precedido por un agotamiento, palpable por la sociedad, del poder político o de un quiebre constitucional, económico o social. Así, el ambiente en que funcionan es propicio para que afloren las exigencias y demandas del pueblo. Quienes integren el órgano deben ser sensibles a la realidad, sin descuidar la heredad de su pasado y las aspiraciones para el futuro. Cuando se ignoren algunos de estos elementos, la misión habrá fracasado, pero tendrá el mismo resultado cuando, de forma desmedida, se los tenga presente.

La sensibilidad a la que hemos hecho mención no es sino la simplificación del principio de representatividad, pues un texto constitucional que se precie de serlo surgirá en Estados democráticos. Sin embargo, esto no quiere decir que solo el pueblo tenga interés en el proceso constituyente, pues es común que actores políticos atiendan este momento, a veces, de forma desmedida. A lo largo de este trabajo se ha teorizado sobre los riesgos que acarrea la presencia desmedida del Poder Ejecutivo. Además, se han logrado constatar procesos del continente que han sufrido esta interferencia, pese a que los mandatarios hayan obtenido el respaldo del pueblo. De ahí que es evidente la distorsión del voto popular cuando se lo utiliza como licencia para acabar con el orden constitucional.

Podremos hablar de verdadera legitimidad de una norma constitucional y su proceso de elaboración no solo cuando haya respaldo popular, sino también ante el respeto de las instituciones vigentes y los cauces jurídicos para darle a

la ciudadanía un documento de Estado y no de gobierno. Tres elementos se identifican en este punto, a saber: origen popular, convivencia entre poder constituyente y constituido y una constitución para el país. Cuando no hay participación de la ciudadanía en ninguna etapa no hay constitución. Cuando se sobrepasan los límites formales y materiales, desoyendo aquello que hasta ese momento está vigente, no hay constitución. Por último, cuando los convocantes redactan un texto a la medida del poder de turno y no para la generalidad social tampoco habrá constitución.

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







Orientados a la obtención de resultados



 Heka

 @heka.ecuador

 www.heka.com.ec

 Edificio MOKAI, Paul Rivet
N30-54, Piso 7



Análisis empírico de las diferencias conceptuales y riesgos prácticos de la desnaturalización, la improcedencia y la manifiesta improcedencia en las garantías jurisdiccionales en Ecuador

Empirical Analysis of the Conceptual Differences and Practical Risks of Denaturalization, Inadmissibility, and Manifest Inadmissibility in Constitutional Actions in Ecuador

CRISTINA PAZMIÑO-CARRERA*

Recibido / Received: 10/01/25

Aceptado / Accepted: 30/03/25

DOI: <https://doi.org/10.18272/a14tjq70>

Citación:

Pazmiño-Carrera, Cristina. “Análisis empírico de las diferencias conceptuales y riesgos prácticos de la desnaturalización, la improcedencia y la manifiesta improcedencia en las garantías jurisdiccionales en Ecuador”. USFQ Law Review vol. 12, n°. 2. (noviembre de 2025): <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3980>.

* Universidad San Francisco de Quito USFQ, profesora afiliada al Colegio de Jurisprudencia, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: crisalexpez@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-3720-8417>.

RESUMEN

Uno de los fenómenos más preocupantes de la justicia constitucional ecuatoriana es el uso abusivo de las garantías jurisdiccionales. En múltiples ocasiones, estas se han desnaturalizado para fines distintos a la tutela de derechos, lo que ha ocasionado un grave perjuicio a la administración de justicia y al erario público. Pese a su relevancia, los conceptos de “desnaturalización”, “improcedencia” y “manifiesta improcedencia” no han sido delimitados con claridad ni por la doctrina ni por la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. Este artículo constituye el primer estudio sistemático que aborda esta problemática a partir de un análisis empírico mixto —cualitativo y cuantitativo— de más de sesenta sentencias dictadas por la Corte en dos conformaciones distintas: 2019-2022 y 2022-2025. Los resultados muestran cómo el organismo ha utilizado estas categorías, sus diferencias conceptuales y los efectos prácticos que producen en peticionarios, abogados y jueces. Se concluye que resulta indispensable una definición uniforme de estas figuras para reducir la discrecionalidad judicial, evitar su aplicación arbitraria y fortalecer el derecho a la seguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE

Desnaturalización; improcedencia; manifiesta improcedencia; garantías jurisdiccionales; abuso de derecho

ABSTRACT

One of the most concerning phenomena in Ecuadorian constitutional justice is the abusive use of constitutional actions. On multiple occasions, these mechanisms have been denaturalized for purposes other than the protection of rights, causing serious harm to the administration of justice and to the public treasury. Despite their relevance, the concepts of denaturalization, inadmissibility, and manifest inadmissibility have not been clearly defined either by legal doctrine or by the jurisprudence of the Constitutional Court of Ecuador. This article constitutes the first systematic study to address this issue through a mixed empirical analysis—both qualitative and quantitative—of more than sixty rulings issued by the Court under two different compositions: 2019-2022 and 2022-2025. The findings show how the Court has applied these categories, their conceptual differences, and the practical effects they generate for petitioners, lawyers, and judges. The study concludes that a uniform definition of these figures is essential to reduce judicial discretion, prevent their arbitrary application, and strengthen the right to legal certainty.

KEYWORDS

Denaturalization; inadmissibility; manifest inadmissibility; constitutional actions; abuse of process

1. INTRODUCCIÓN

Las garantías constitucionales son mecanismos fundamentales para el desarrollo, la protección y la tutela de los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en el bloque de constitucionalidad¹. De acuerdo con el texto constitucional, estas garantías se clasifican en tres categorías: normativas², públicas³ y jurisdiccionales⁴. Las garantías jurisdiccionales, en particular, constituyen instrumentos o herramientas esenciales que permiten “la protección eficaz e inmediata de los derechos”⁵, ya sea mediante la prevención o la cesación de una vulneración⁶ o a través de la reparación integral en aquellos casos en los que la transgresión ya ha ocurrido.

Las garantías jurisdiccionales pueden clasificarse en dos grupos, según el juez que las conoce. Por un lado, aquellas cuya resolución corresponde exclusivamente a la Corte Constitucional, entre las que se incluyen la acción extraordinaria de protección, la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, la acción por incumplimiento y la acción de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales. Por otro lado, se encuentran las garantías cuya resolución recae en los jueces ordinarios⁷, tales como las medidas cautelares autónomas y conjuntas —estas últimas se presentan en conjunto con otra garantía—, la acción de protección, el *habeas corpus*, el *habeas data* o la acción de acceso a la información pública.

Tanto el diseño constitucional como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC) establecían que cualquier juzgador de la Función Judicial que cumpliera con los requisitos de competencia territorial y grado podía conocer y resolver estas acciones. En consecuencia, jueces de distintas materias —como penal, familia, laboral, etc.— tenían la facultad de intervenir en estos procesos.

Esta estructura respondió no solo al objetivo de que todos los operadores judiciales contaran con conocimientos en derecho constitucional, sino también a la aspiración de democratizar su acceso para acercar la justicia constitucional a la ciudadanía. Sin embargo, esta pretensión —legítima en el plano

1 El bloque de constitucionalidad comprende todos los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Ecuador, los cuales se integran al ordenamiento jurídico y adquieren rango de norma constitucional. En consecuencia, bastaría con hacer referencia únicamente a los derechos reconocidos en la Constitución.

2 Artículo 84, Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 568 del 30 mayo de 2024.

3 Id., artículo 85.

4 Id., artículo 86.

5 Artículo 6, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], R. O. Suplemento 554 del 09 de mayo de 2024.

6 A este grupo corresponden las medidas cautelares constitucionales autónomas y conjuntas.

7 Si bien el diseño original contemplaba esa configuración, este esquema debe modificarse tras la consulta popular del 21 de abril de 2024, en la que el electorado aprobó la creación de judicaturas especializadas en materia constitucional. No obstante, hasta la fecha, dicha reforma no ha sido implementada.

teórico— se implementó sin considerar las limitaciones del contexto nacional, marcado por rezagos de corrupción, deficiencias institucionales y una débil formación constitucional. Esta desconexión entre el diseño normativo y la realidad institucional podría explicar, al menos en parte, la proliferación de prácticas distorsionadas y las polémicas vinculadas a la desnaturalización de las garantías jurisdiccionales.

Entre las prácticas irregulares identificadas se encuentra el uso de garantías jurisdiccionales con el fin de eliminar deudas millonarias con entidades financieras estatales⁸. Asimismo, se utilizaron para obligar a registrar acreencias en instituciones bancarias en liquidación, a pesar de que estos fondos permanecían retenidos por medidas cautelares dictadas en procesos penales⁹. También se recurrió a estas garantías para obtener el reconocimiento de derechos que, por mandato legal, no corresponden, lo que derivó en órdenes de desembolso de montos millonarios por parte del Estado¹⁰.

De igual forma, se emplearon garantías jurisdiccionales para ordenar la devolución de valores aportados a fondos de ahorro, aun cuando la acción resultaba improcedente. En un caso concreto, no solo se reconocieron beneficios a los accionantes originales, sino que el juez executor extendió sus efectos a 119 extrabajadores adicionales en la fase de ejecución. Como resultado, se dispuso el pago aproximado de US\$ 60 millones y el embargo de 17 bienes pertenecientes al Banco Central del Ecuador¹¹. Así también, se presentaron garantías jurisdiccionales para ordenar la liberación de personas privadas de libertad que cumplían condenas impuestas mediante sentencias ejecutoriadas¹², entre otros casos.

8 El denominado “caso Muentes” se refiere a una acción de *habeas data* propuesta por el exlegislador Pablo Muentes. En instancias inferiores, los jueces dispusieron la eliminación de deudas con el Banco del Pacífico, el registro de un supuesto pago respecto del cual existían dudas sobre la autenticidad de los comprobantes presentados y, adicionalmente, el reconocimiento de una reparación a favor de Muentes. La Corte Constitucional seleccionó esta causa para un eventual desarrollo de jurisprudencia (Caso 67-24-JD, auto del 19 de junio de 2024), con el propósito de pronunciarse sobre una posible improcedencia y desnaturalización de la acción de *habeas data*. No obstante, hasta la fecha no se ha emitido sentencia.

9 Causa n.º 2203-23-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 9 de enero de 2025.

10 Sentencia n.º 1788-24-EP/25, Corte Constitucional del Ecuador, 14 de febrero de 2025. Ver Roger Vélez, “Corte Constitucional obliga a devolver beneficios de millonario contrato colectivo en CNEL”, *Primicias* (febrero de 2025): <https://n9.cl/799bq>.

11 Un grupo de treinta y tres extrabajadores del Banco Central planteó una acción de protección contra la entidad en respuesta a la supresión de sus partidas presupuestarias y su consecuente desvinculación. En su demanda, solicitaron su reintegro, el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, el reconocimiento de beneficios sociales, la devolución de los valores aportados al Fondo de Pensiones de los Empleados del Banco Central, así como la liquidación y el informe sobre dicho fondo. Estimo que esta acción era improcedente y constituyó una desnaturalización de la garantía jurisdiccional, con pretensiones específicas relacionadas con beneficios sociales y la devolución de valores aportados a un fondo de pensiones. No obstante, la acción de protección se concedió, lo que resultó en el pago de más de US\$ 19 millones a favor de los 33 trabajadores, según información reportada en medios de comunicación. El Banco Central impugnó la decisión mediante una acción extraordinaria de protección; sin embargo, esta se inadmitió a trámite en la Corte Constitucional. Posteriormente, durante la fase de ejecución del fallo, el juez de la causa de origen extendió los efectos de la sentencia a ciento diecinueve extrabajadores adicionales. El Banco Central presentó una nueva acción extraordinaria de protección que se admitió. No obstante, en esta ocasión, la Corte Constitucional ya no pudo pronunciarse sobre el caso de origen, sino únicamente sobre los autos que extendieron los beneficios a un mayor número de personas (efecto *inter comunis*). Sentencia n.º 392-22-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de octubre de 2023.

12 Sentencia n.º 98-23-JH/23, Corte Constitucional del Ecuador, 14 de febrero de 2025. Ver Mario González, “Corte Constitucional revisará uso de *habeas corpus* a partir de casos Glas y Norero”. *Primicias* (abril de 2023): <https://n9.cl/h0pvs>.

La magnitud de esta problemática ha sido tal que en la consulta popular del 21 de abril de 2024 se propuso una enmienda constitucional para crear judicaturas especializadas en materia constitucional¹³. Esta propuesta correspondió a la segunda pregunta del referéndum y obtuvo el respaldo de la mayoría ciudadana. En la exposición de motivos se argumentó que la ampliación de competencia —que permitió a jueces de distintas materias conocer acciones constitucionales— había provocado una “congestión de causas a nivel de la Función Judicial”¹⁴. Asimismo, se advirtió que la falta de especialización ocasionaba que jueces “que no tienen formación en materia constitucional se distraigan de los casos que sí son de su ámbito de especialidad”¹⁵. Finalmente, se justificó la necesidad de establecer reglas más estrictas para el trámite de garantías, en particular del *habeas corpus*, ante la posibilidad de que jueces resolvieran este tipo de acciones “sin tener la competencia”¹⁶. En suma, la pregunta del referéndum se sustentó, al menos en parte, en el uso indebido y la desnaturalización de las garantías jurisdiccionales.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado sobre la desnaturalización, la improcedencia y la manifiesta improcedencia de las garantías jurisdiccionales. Esta diferenciación reviste especial relevancia, en tanto incide directamente en la determinación de la procedencia de las acciones constitucionales y en la identificación de su uso indebido. No obstante, a pesar de su importancia práctica, la doctrina jurídica nacional no ha desarrollado suficientemente estas categorías ni sus implicaciones. De hecho, la misma Corte, aunque emplea esas tres categorías, no ha sido clara en sus diferencias.

Hasta la fecha, en Ecuador no se ha desarrollado un análisis sistemático sobre la evolución jurisprudencial de la desnaturalización, la improcedencia y la manifiesta improcedencia en el marco de las garantías jurisdiccionales. La doctrina, en general, ha tendido a tratarlas como categorías equivalentes, mientras que la jurisprudencia no ha delimitado de manera clara sus diferencias conceptuales ni sus consecuencias prácticas. Este artículo busca llenar ese vacío mediante un estudio empírico —cualitativo y cuantitativo— de más de sesenta sentencias de la Corte Constitucional, con el propósito de identificar estándares, riesgos y efectos en la práctica judicial, tanto para los peticionarios y sus abogados, como en lo relativo a las posibles sanciones impuestas a jueces por actuaciones indebidas en el trámite de las garantías.

13 La pregunta 2 fue la siguiente: “¿Está usted de acuerdo con el establecimiento de judicaturas especializadas en materia constitucional, tanto en primera como en segunda instancia, para el conocimiento de las garantías jurisdiccionales que les corresponda, enmendando la Constitución y reformando la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de acuerdo con el Anexo 2?”.

14 Consejo Nacional Electoral, “Preguntas referéndum y consulta popular 2024”, CNE, Anexo de la pregunta 2 del referéndum, considerando segundo, <https://www.cne.gob.ec/consulta-popular-y-referendum-2024>.

15 Ibid.

16 Ibid., considerando tercero.

El problema jurídico que guía esta investigación puede formularse de la siguiente manera: ¿cuáles son las diferencias conceptuales y prácticas entre la desnaturalización, la improcedencia y la manifiesta improcedencia en las garantías jurisdiccionales, y cuáles son sus consecuencias para los operadores jurídicos en Ecuador?

Cabe indicar que la falta de claridad conceptual en torno a estas categorías no constituye un problema meramente teórico. Sus efectos repercuten directamente en la seguridad jurídica y en la administración de justicia, pues generan incertidumbre en la labor de jueces, abogados y litigantes. Una sistematización rigurosa de estos conceptos no solo contribuye a ordenar la jurisprudencia, sino que también ofrece criterios de interpretación que refuercen el papel de las garantías jurisdiccionales como mecanismos efectivos de protección de derechos.

Para alcanzar dicho objetivo, se adoptó un enfoque metodológico mixto, con componentes cualitativos y cuantitativos. El análisis cualitativo combinó los métodos empírico, inductivo, descriptivo y analítico, orientados a identificar los estándares conceptuales y los razonamientos utilizados por la Corte Constitucional al referirse a la desnaturalización, la improcedencia y la manifiesta improcedencia. El análisis cuantitativo permitió establecer la frecuencia con la que estas categorías fueron empleadas, así como su distribución temporal y las consecuencias prácticas observadas en los fallos.

En total, se estudiaron sesenta y dos sentencias emitidas por la Corte Constitucional entre 2019 y 2025, seleccionadas dentro del conjunto de decisiones dictadas en el marco de la acción extraordinaria de protección y del sistema de revisión de sentencias¹⁷. La muestra se construyó con base en un criterio de inclusión: se incorporaron únicamente aquellas decisiones en las que la Corte aceptó la acción extraordinaria, dejó sin efecto la sentencia objeto de revisión o se pronunció expresamente sobre alguna de las categorías analizadas. Del total, once fallos corresponden al período 2019-2022¹⁸ y cincuenta y uno al período 2022-2025¹⁹.

17 Todas las causas que cuenten con sentencias ejecutoriadas en materia de garantías jurisdiccionales, emitidas por jueces ordinarios, deben remitirse a la Corte Constitucional para el desarrollo de jurisprudencia vinculante. El organismo tiene la facultad de seleccionar determinados casos, en función de las normas establecidas en la LOGJCC, y fijar estándares aplicables a situaciones análogas en el futuro. Asimismo, si se cumplen los criterios definidos en su propia jurisprudencia, puede reabrir el proceso de origen y emitir una nueva sentencia. Este mecanismo es conocido como el sistema de selección y revisión de la Corte Constitucional. Ver Cristina Pazmiño Carrera, "Selección y revisión de la Corte Constitucional: ¿desnaturalización de la facultad?", *USFQ Law Review* 8, n.º 1 (mayo de 2021): 89-116, <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/2171/2391>.

18 Estos son las once sentencias revisadas de esta conformación. Sentencia n.º 282-13-JP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 4 de septiembre de 2019. Sentencia n.º 1357-13-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 8 de enero de 2020. Sentencia n.º 1679-12-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 15 de enero de 2020. Sentencia n.º 304-13-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 15 de enero de 2020. Sentencia n.º 839-14-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de febrero de 2021. Sentencia n.º 253-16-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 3 de marzo de 2021. Sentencia n.º 89-19-JD/21, Corte Constitucional del Ecuador, 7 de julio de 2021. Sentencia n.º 2137-21-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 29 de septiembre de 2021. Sentencia n.º 1178-19-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de noviembre de 2021. Sentencia n.º 698-15-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de noviembre de 2021. Sentencia n.º 165-19-JP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de diciembre de 2021.

19 En los pies de página 53, 54 y 55 se citan las cincuenta y un sentencias analizadas para la conformación 2022-2025.

2. DESARROLLO

De lo expuesto previamente, se desprende que la desnaturalización de las garantías jurisdiccionales es un problema de gran relevancia jurídica y pública, no solo por el uso indebido de estas acciones, sino también por las consecuencias que derivan de su mala aplicación. Sin embargo, aunque existe consenso sobre la gravedad de este fenómeno, no hay una definición legal clara que delimite en qué consiste o en qué circunstancias se configura. La LOGJCC únicamente establece que los peticionarios y sus abogados pueden ser sancionados cuando “desnaturalicen los objetivos de las acciones o medidas o con ánimo de causar daño”²⁰. Es decir, la norma contempla la consecuencia jurídica de esta conducta, pero no desarrolla un criterio claro que permita determinar objetivamente cuándo se configura.

De manera preliminar, puede afirmarse que la desnaturalización ocurre cuando se afecta la naturaleza de una garantía jurisdiccional, lo que no es otra cosa que contrariar su finalidad, su objeto, su razón de ser. El concepto está estrechamente vinculado a la noción de improcedencia. En su acepción general, algo es improcedente cuando “carece de oportunidad, de fundamento o de derecho”²¹. En ese sentido, la LOGJCC establece de forma expresa las causales de improcedencia de la acción de protección²² y de las medidas cautelares²³. En cuanto al resto de garantías, si bien no se especifican supuestos concretos de improcedencia, sí se definen su objeto y los requisitos necesarios para que prosperen. Por tanto, cuando una acción no satisface tales requisitos y se desvía de su finalidad, es decir, cuando carece de fundamento legal, no solo debe considerarse improcedente, sino que potencialmente podría haber sido desnaturalizada.

La relación entre la improcedencia de las garantías jurisdiccionales y su desnaturalización se ha reconocido en la jurisprudencia de la Corte Constitucional durante el período 2019-2022²⁴. En diversas decisiones, el organismo utilizó ambos términos de manera indistinta, tratándolos como sinónimos. Esta postura tiene sentido, pues cuando una garantía jurisdiccional no cumple con los requisitos para prosperar/proceder o, lo que es lo mismo, cuando incurre en

20 Artículo 23, LOGJCC.

21 Real Academia Española, “Improcedencia”, *Diccionario de la lengua española*, <https://dle.rae.es/improcedencia>.

22 Artículo 42, LOGJCC.

23 Id., artículo 27.

24 Las conformaciones de la Corte Constitucional previas a 2019 también emitieron decisiones en las que se advertía la desnaturalización de las garantías jurisdiccionales. Sin embargo, el presente estudio se centrará en los períodos 2019-2022 y 2022-2025, en tanto que a partir de 2019 se observaron esfuerzos institucionales sistemáticos por parte del organismo para enfrentarlo. Cabe destacar, además, que las conformaciones anteriores a dicho año tuvieron un considerable rezago en la resolución de causas, muchas de las cuales fueron finalmente tramitadas por los jueces posesionados en 2019. De acuerdo con datos de la Secretaría de Gestión Institucional de la Corte, estos magistrados heredaron aproximadamente catorce mil causas represadas, algunas con hasta once años de antigüedad. Corte Constitucional del Ecuador, “Planificación estratégica institucional (2020-2023)”, *Corte Constitucional del Ecuador*, 10, https://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcBldGE6lCJub3RhaXAYMDlZlwiwgdXVpZDdiMWQyYjAwNzctMjRiNS00OWM4LTk3ZjM-YWNmNDc1NDZjMTdkLnBkZjIj9.

una causal de improcedencia y se desvirtúa su objeto/naturaleza, se configuraría su desnaturalización.

A diferencia de lo que ocurría en el período 2019-2022, la Corte Constitucional, en su integración 2022-2025, estableció una distinción entre “desnaturalización” e “improcedencia”, e incorporó además la categoría de “manifiesta improcedencia”. Esta introducción no se limita a un cambio terminológico, ya que, al diferenciar estos escenarios, las decisiones de la Corte deberían reflejar consecuencias distintas para cada uno. Por ejemplo, si se considerara que la desnaturalización es equivalente a la improcedencia y al uso indebido de la garantía, como se entendía antes, el artículo 23 de la LOGJCC, que sanciona a abogados y peticionarios por abuso del derecho por desnaturalizar acciones constitucionales, sería aplicable cada vez que se presente una acción improcedente. Sin embargo, si la Corte reconoce que “desnaturalización”, “improcedencia” y “manifiesta improcedencia” son conceptos distintos, surge la duda de si dicha sanción resultaría inaplicable en los dos últimos escenarios.

Por otro lado, conforme al ordenamiento jurídico ecuatoriano, la declaratoria jurisdiccional previa constituye un presupuesto necesario para la eventual apertura de procedimientos disciplinarios contra operadores de justicia en casos de presunto dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable²⁵. Una vez emitida dicha declaratoria, corresponde al Consejo de la Judicatura sustanciar el procedimiento administrativo respectivo y determinar la imposición de sanciones de ser el caso. En el ámbito constitucional, la Corte Constitucional ha recurrido a la declaratoria jurisdiccional previa²⁶ como un parámetro adicional al momento de calificar situaciones en las que los jueces se apartaron del objeto propio de la garantía jurisdiccional. Sin embargo, persiste la interrogante acerca de los supuestos que justifican su aplicación: ¿debe emitirse en todos los escenarios en los que se verifique un uso indebido de las garantías, o únicamente cuando se configure una desnaturalización, por lo que se excluyen los casos de improcedencia y manifiesta improcedencia?

Como se refirió, la doctrina no ha desarrollado aún un análisis sobre la diferencia de los tres conceptos. Si bien existen estudios sobre la desnaturalización de garantías en la jurisprudencia constitucional, estos no han abordado la relación entre desnaturalización, improcedencia y manifiesta improcedencia. Rodríguez-Maldonado ha examinado fallos de la Corte Constitucional en los que se declaró el abuso del derecho por parte de los peticionarios al desnaturalizar garantías²⁷. De manera similar, otros autores han realizado estudios

25 Artículo 109.2, Código Orgánico de la Función Judicial, [COFJ], R. O. Suplemento 544 del 9 de marzo de 2009.

26 La Corte emitió un reglamento específico para la declaratoria jurisdiccional previa en los casos de garantías jurisdiccionales. Reglamento Declaratoria Jurisdiccional Previa en Casos de Dolo, Manifiesta Negligencia o Error Inexcusable, R. O. Edición Constitucional 84 del 13 de octubre de 2020.

27 María Rodríguez-Maldonado, “Abuso del derecho y desnaturalización de garantías jurisdiccionales”, *593 Digital Publisher CEIT 9*, n.º 2 (marzo de 2024): 853-63, <https://doi.org/10.33386/593dp.2024.2.2408>.

descriptivos sobre la desnaturalización²⁸, así como análisis que buscan precisar en qué circunstancias la Corte considera que se desnaturaliza una garantía concreta²⁹ y sobre la importancia de fomentar una cultura jurídica que prevenga este fenómeno³⁰.

2.1. JURISPRUDENCIA DE LA CONFORMACIÓN 2019-2022

2.1.1. LA RELACIÓN CAUSAL ENTRE LA IMPROCEDENCIA Y LA DESNATURALIZACIÓN

La sentencia 282-13-JP/19 constituyó el primer pronunciamiento de la Corte³¹, en su conformación para el período 2019-2022, sobre la desnaturalización de garantías. En este caso, se revisó un proceso originado a partir de una acción de protección planteada por el Estado ecuatoriano, específicamente por el entonces subsecretario nacional de la Administración Pública, en contra del medio de comunicación “Diario La Hora”. La demanda se fundamentó en que un artículo relacionado al gasto del gobierno en campañas publicitarias vulneró el derecho a la honra del Estado, así como los derechos a la rectificación, respuesta y a la información veraz.

Al resolver el caso, la Corte Constitucional determinó que, como regla general, los derechos son atributos esenciales e inherentes a las personas, tanto en su dimensión individual como colectiva. En consecuencia, precisó que el Estado únicamente goza de derechos de naturaleza procesal, como la tutela judicial efectiva y las garantías del debido proceso³². No obstante, en fallos posteriores, matizó esta afirmación, pues si bien el Estado no es titular del derecho al honor, tampoco posee únicamente derechos procesales. Por ejemplo, la propia Constitución reconoce su derecho a la propiedad pública/estatal³³.

Más allá de la precisión anterior, las ideas centrales de la sentencia radican en que el Estado no ostenta los derechos invocados para activar la acción de protección —honor, rectificación, respuesta e información veraz— y que tanto la pretensión del accionante como la concesión de la acción por parte de los

28 Jordy Alexis Vargas-Yumbo et al., “La desnaturalización de las garantías jurisdiccionales en el Ecuador”, *Iustitia Socialis* 9, n.º 1 (febrero de 2024): 680-91, <https://doi.org/10.35381/raji.v9i1.3666>.

29 María Celeste Alvarado, “La desnaturalización de las cautelares constitucionales”, *Coronel y Pérez*, <https://coronelyperez.com/blog-coronel-perez-ecuador/novedades/medidas-cautelares-ecuador-abuso>.

30 Pablo Alarcón, “Cultura de la legalidad para evitar el abuso y desnaturalización de las garantías jurisdiccionales”, *Universidad Espíritu Santo*, <https://uecs.edu.ec/cultura-de-la-legalidad-para-evitar-el-abuso-y-desnaturalizacion-de-las-garantias-jurisdiccionales>.

31 Esta nueva Corte Constitucional estuvo conformada por los jueces constitucionales Karla Andrade Quevedo, Ramiro Ávila Santamaría, Carmen Corral Ponce, Agustín Grijalva Jiménez, Enrique Herrería Bonnet, Ali Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes.

32 Sentencia n.º 282-13-JP/19, párr. 32.

33 El artículo 321 de la Constitución del Ecuador reconoce y garantiza el derecho de propiedad en sus formas, entre las cuales se encuentran las propiedades estatal, pública y mixta.

jueces implicaron una desnaturalización de la garantía:

la pretensión perseguida por la parte accionante no se ajusta al objeto que el artículo 88 de la Constitución establece para la acción de protección. La desnaturalización del objeto de la acción de protección se desprende tanto de la pretensión invocada por la parte accionante, como de la **resolución de los jueces** de primera instancia, quienes declararon la vulneración de los derechos constitucionales a la información veraz y a la rectificación “en perjuicio del Estado ecuatoriano”, lo cual fue ratificado por los jueces de segunda instancia, cuando éste no goza ni es titular de los mismos (énfasis añadido)³⁴.

Seguidamente, la Corte insistió en que el objeto de la acción de protección radica en la tutela de derechos fundamentales y que el Estado puede proponerla únicamente en favor de personas, comunidades, pueblos, nacionalidades e, incluso, de la naturaleza. En consecuencia, sostuvo que “los jueces constitucionales deben analizar con especial atención si la acción planteada cumple o no con el objeto previsto por la Constitución”³⁵. Asimismo, aclaró que “las acciones de protección presentadas por instituciones públicas con la pretensión de tutelar como propios derechos constitucionales inherentes a la dignidad humana son improcedentes”³⁶.

Del razonamiento expuesto se desprenden conclusiones relevantes. En primer lugar³⁷, los accionantes —tanto los peticionarios como sus abogados— desnaturalizan la acción de protección cuando su pretensión se aparta del objeto de esta garantía. En el caso concreto, resultó improcedente que el Estado planteara dicha acción con el propósito de tutelar derechos que no posee. En segundo lugar, los jueces también incurren en la desnaturalización de las garantías cuando aceptan acciones improcedentes, que no debían prosperar por ser contrarias a la naturaleza/objeto de la garantía.

Aunque la sentencia de revisión no aborda expresamente este punto, en este caso se configuró la causal de improcedencia prevista en el artículo 42, numeral 1, de la LOGJCC, que establece que la acción de protección no procede “cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos

34 Sentencia n.º 282-13-JP/19, párr. 42.

35 Id., párr. 43.

36 Id.

37 Ver el razonamiento de la Corte, la cita larga *ut supra*.

constitucionales”³⁸. En efecto, como determinó la propia sentencia, los hechos analizados no evidenciaron una vulneración de derechos, pues el Estado no es titular de los derechos invocados. Esto sugiere que la desnaturalización de una garantía puede configurarse cuando se verifica una causal de improcedencia y, al mismo tiempo, se pervierte el objeto de la acción, lo que indica que ambos conceptos están vinculados.

Además, la Corte utilizó de forma indistinta los términos “desnaturalización” e “improcedencia” para referirse a la activación indebida de la acción de protección, lo que revela la ausencia de una diferencia conceptual entre ambas figuras. Esta falta de delimitación se refleja en la conclusión del fallo:

Lo que, es más, en el presente caso se produjo una **completa desnaturalización** de una acción de protección, en la medida en que esta garantía jurisdiccional fue utilizada para tutelar supuestos derechos del Estado en contra de un particular. **La acción de protección presentada** por la Secretaría Nacional de la Administración Pública en contra del diario La Hora **es, a todas luces, improcedente** (énfasis añadido)³⁹.

Este criterio se mantuvo de manera constante en las sentencias emitidas durante el período 2019-2022. Del análisis de la totalidad de fallos examinados de esta conformación del organismo, se desprende que en el 63,64 % de los casos, la Corte empleó los términos “improcedencia” y “desnaturalización” como equivalentes o consideró que la segunda era una consecuencia de la primera, aunque esta relación no siempre se explicitó en sus pronunciamientos.

Por ejemplo, en un caso en el que se impugnó un visto bueno mediante una acción de protección, y esta fue concedida por los jueces inferiores, la Corte determinó que “el tribunal actuó arbitrariamente al desnaturalizar la acción de protección, distrayéndola de su objeto”⁴⁰, aquello porque “dejó de aplicar el régimen jurídico claramente establecido en la legislación laboral”⁴¹. En consecuencia, aceptó la acción extraordinaria de protección, dejó sin efecto la

38 Estimo necesario distinguir esta causal de improcedencia de la desestimación de una acción por la inexistencia de una vulneración de derechos, pues no se trata de conceptos equivalentes. En principio, y conforme al diseño legal, las causales de improcedencia facultan al juez para rechazar la acción mediante auto sin necesidad de un pronunciamiento de fondo. Desde una perspectiva normativa, la intención del legislador parecería haber sido que el juez pueda descartar de manera liminar aquellas acciones que carezcan de fundamento, sin que la causa prospere hacia una sentencia. En este sentido, no considero que la causal de improcedencia prevista en el numeral 1: “Cuando de los hechos no se desprenda que existe una violación de derechos constitucionales” sea asimilable a los supuestos en los que, tras un análisis de fondo, el juez concluye que no ha existido una vulneración de derechos. Esta causal de improcedencia se refiere a situaciones en las que no se advierte la existencia de un derecho vulnerado porque dicho derecho no existe en el ordenamiento, o bien, porque la falta de afectación es tan manifiesta que carece de sentido continuar con el proceso. En todo caso, esta es solo una interpretación posible. No obstante, en la práctica, la distinción que consta en el diseño procesal no se evidencia en la praxis debido a la obligación impuesta por la sentencia a 001-16-PJO-CC, que exige un análisis real de la vulneración de derechos, por ende, salvo ciertas excepciones los jueces suelen realizar en la generalidad de los casos un análisis de la vulneración de derechos y no inadmitir en auto por improcedente a la demanda.

39 Sentencia n.º 282-13-JP/19, párr. 105.

40 Sentencia n.º 253-16-EP/21, párr. 25.

41 Id., párr. 26.

sentencia de la Corte Provincial y no ordenó el reenvío del caso para que una nueva judicatura lo resuelva por ser innecesario, en los siguientes términos: “[l]a presente sentencia fija de manera completa el contenido de una eventual decisión futura del tribunal de apelación, limitándolo a una sola posibilidad: la improcedencia de la demanda de acción de protección”⁴².

Del caso anterior se evidencia que, aunque la Corte no estableció de forma expresa que la desnaturalización y la improcedencia están relacionadas o que la segunda es consecuencia de la primera, su razonamiento y conclusiones permiten inferir esta vinculación. En efecto, el fallo determinó que se vulneró la seguridad jurídica y que se desnaturalizó la acción de protección al desviarla de su objeto, dado que existía una vía ordinaria adecuada para resolver el caso. En esencia, esto ocurrió porque la acción era improcedente.



Figura 1. Sentencias de la conformación 2019-2022 relacionadas con la desnaturalización y la improcedencia.

Elaboración propia según datos de la Corte Constitucional del Ecuador.

Por otro lado, en el 18,18 % de las sentencias, la Corte se refirió únicamente a la desnaturalización de la acción, sin pronunciarse en absoluto sobre la improcedencia, lo que no necesariamente implica una diferenciación conceptual entre ambos términos. Así, por ejemplo, en el caso 839-14-EP se conoció la proposición de una acción de acceso a la información pública para acceder a la declaración del impuesto a la herencia de un tercero. La Corte aceptó parcialmente la acción extraordinaria de protección porque los jueces provinciales obviaron analizar la naturaleza de la información solicitada. Además, indicó que tienen la obligación de examinar el tipo de información que se requiere

42 Id., párr. 53.

a través de la garantía jurisdiccional, pues aquello “constituye un elemento esencial d[e] [su] objeto”⁴³, por lo que, cuando el juez no examina aquello “no solo deja de atender uno de los cargos del recurrente, sino que deja de pronunciarse sobre uno de los elementos esenciales de la acción, provocando una posible desnaturalización”⁴⁴.

Así, en la sentencia 89-19-JD/21, el organismo aclaró que se desnaturaliza un *habeas data* cuando un servidor público lo plantea para:

acceder a datos de gestión institucional producidos o generados a través de sistemas informáticos de instituciones u organismos del Estado cuando quien solicita tal acceso es el servidor o ex servidor público que los produjo o generó, con la salvedad de que en dichos sistemas informáticos consten datos personales de dichos servidores⁴⁵.

Como se advierte, en estos pronunciamientos la Corte no estableció una distinción clara entre “desnaturalización” e “improcedencia”, sino que concentró su análisis en el incumplimiento del objeto propio de las garantías. En realidad, las acciones resultaban improcedentes, pues tanto la acción de acceso a la información pública como el *habeas data* fueron utilizados para solicitar información que no podía obtenerse a través de dichas vías constitucionales.

En una sentencia particular, la 165-19-JP/21, que representa el 9,9 % de los casos analizados, la Corte no aludió expresamente a la desnaturalización de la garantía. Sin embargo, precisó que la acción de protección es improcedente cuando se la interpone con el fin de anular un acta de defunción inscrita por orden judicial.

Por otro lado, en el fallo 1679-12-EP/20, se advierte una leve distinción entre improcedencia y desnaturalización, aunque no es del todo clara. En este caso, relacionado con la impugnación de un visto bueno mediante acción de protección, la Corte sostuvo que la garantía se desnaturaliza “tanto cuando se la utiliza para el planteo de cualquier *litis*, como cuando se la rechaza de manera automática, argumentando la existencia de otras vías judiciales para el caso”⁴⁶. Asimismo, estableció un criterio de deferencia hacia el análisis que realicen los jueces que resuelvan estas acciones de protección en casos donde se invoquen cuestiones laborales. Sin embargo, en la sentencia 1329-12-EP/22, se apartó de dicho precedente y reafirmó que, por regla general, la vía constitucional es

43 Sentencia n.º 839-14-EP, párr. 29.

44 Id., párr. 30.

45 Sentencia n.º 89-19-JD/21, párr. 29.

46 Este último criterio también se encuentra en el razonamiento de las conformaciones anteriores a las de 2019, pues sostenían que la desnaturalización ocurre tanto si se proponen garantías cuando existen mecanismos en la justicia ordinaria como si se desestima la garantía de manera automática, sin realizar un análisis de derechos. Sentencia 192-15-SEP-CC, Corte Constitucional, 10 de junio del 2015, págs. 11-3.

improcedente para asuntos laborales, salvo en casos de discriminación, esclavitud o trabajo forzado, donde la acción de protección sí podría proceder⁴⁷.

Cabe resaltar que, de todas las sentencias revisadas, solo dos tienen votos salvados y dos tienen votos concurrentes, pues la mayoría son unánimes. Sin embargo, en ninguno de estos votos particulares, ya sean salvados o concurrentes, los jueces expresaron una discrepancia con los criterios de desnaturalización ni improcedencia que parecen uniformes y son tratados de forma indistinta como sinónimos.

El análisis de las sentencias emitidas por la Corte Constitucional entre 2019 y 2022 revela una tendencia sostenida a tratar los conceptos de “improcedencia” y “desnaturalización” como nociones funcionalmente equivalentes en el examen de garantías jurisdiccionales. Aunque esta relación no siempre se formuló de manera expresa, la argumentación deja entrever que la desnaturalización se configura como una consecuencia de la improcedencia, en particular cuando la garantía es utilizada para fines ajenos a su objeto constitucional. Esta práctica interpretativa fue adoptada de forma casi unánime por la Corte, en consecuencia, puede afirmarse que existía un criterio consolidado que asocia ambos conceptos.

2.1.2. IMPACTO DE LA DESNATURALIZACIÓN EN PETICIONARIOS Y JUECES DE INSTANCIA

De las sentencias analizadas, la mayoría (81,82 %) correspondieron a acciones de protección, mientras que solo una fue sobre acción de acceso a la información pública y otra sobre *habeas data*, representando cada una el 9,09 %. En el 63,64 % de los casos, la Corte abordó tanto la improcedencia como la desnaturalización de la acción; en cambio, en el 18,18 % se centró exclusivamente en la desnaturalización. Por lo tanto, en más del 81,82 % de las decisiones se

47 Considero que resulta inadecuado que en el caso 1679-12-EP/20 la Corte haya precisado que la acción de protección procede frente a situaciones de esclavitud o trabajo forzado, dado que el asunto bajo análisis surgió de la impugnación de un visto bueno y los precedentes se construyen solo sobre los hechos de los casos en examen. Pero, más allá de aquello, ni un inspector de trabajo ni un juez laboral tienen competencia para pronunciarse sobre situaciones de esclavitud o trabajo forzado, pues estas trascienden el ámbito de una relación laboral y deben tramitarse a través de mecanismos de protección de derechos fundamentales, no en el marco de la impugnación a un visto bueno. Por ende, no es realmente una excepción el habilitar a la acción de protección en esos dos casos —esclavitud y trabajo forzado— como plantean las referidas sentencias. En cuanto a la discriminación, subsisten dudas relevantes. El Código de Trabajo regula de forma expresa la discriminación en el ámbito laboral, lo que sugiere que, de producirse en dicho contexto, la controversia debería ser resuelta por un juez laboral, quien dispone de los conocimientos y las herramientas para analizar las obligaciones y las responsabilidades de las partes dentro de la relación laboral. Sin embargo, la Corte no ha precisado de manera clara cuándo debe prevalecer la acción de protección sobre las vías laborales ordinarias en casos de discriminación laboral, ni ha delimitado criterios para identificar estas situaciones o qué ocurriría si se superponen. En este sentido, considero acertado el cambio de criterio adoptado en la sentencia 1329-12-EP/22, en la que se reconoce la deferencia hacia los jueces que resuelven garantías jurisdiccionales relacionadas con materias laborales. No obstante, insisto en que tanto en el caso 1679-12-EP/20 como en el 1329-12-EP/22, la controversia giraba específicamente en torno a la impugnación de un visto bueno, y los precedentes se construyen sobre la base de los hechos del caso. Por ello, no era procedente que la Corte emitiera pronunciamientos generales sobre la procedencia de la acción de protección en materias laborales, y menos aún sobre situaciones de esclavitud o trabajo forzado, las cuales no guardan relación con el visto bueno ni son de competencia de los jueces laborales.

confirmó la existencia de desnaturalización. Sin embargo, es notable que en ninguno de estos fallos se aplicaron sanciones por abuso de derecho a los peticionarios o sus abogados, a pesar de que el artículo 23 de la LOGJCC prevé expresamente dichas sanciones cuando se incurre en desnaturalización.

Respecto de los jueces de primera instancia, pueden generarse distintas consecuencias jurídicas: de carácter disciplinario, mediante la emisión de una declaratoria jurisdiccional previa como presupuesto para un eventual proceso ante el Consejo de la Judicatura, o de carácter penal, mediante la remisión del expediente a la Fiscalía General del Estado por un posible delito de prevaricato. No obstante, aunque en el 81,82 % de las sentencias analizadas se constató la desnaturalización de acciones constitucionales y en el 9,09 % se verificó la admisión indebida de garantías improcedentes, la Corte no dispuso remisiones a la Fiscalía ni emitió declaratorias jurisdiccionales previas contra los jueces involucrados.

Únicamente en tres casos dispuso la remisión del expediente al Consejo de la Judicatura para que investigue la actuación de los servidores judiciales que resolvieron las causas de origen y, en un caso, emitió un llamado de atención a los jueces. Sin embargo, no se evidencia si esta última acción tuvo algún impacto en la evaluación de los operadores judiciales o si generó consecuencias concretas para los funcionarios a quienes llamó la atención, pues no se ofició al Consejo de la Judicatura.

Resulta difícil determinar por qué la Corte adoptó esta postura en estos casos y no sancionó a los peticionarios, abogados y jueces, a pesar del perjuicio ocasionado al sistema de justicia mediante la desnaturalización de las garantías jurisdiccionales. Una posible explicación radica en que, al tratarse de una nueva conformación, los nuevos jueces del organismo optaron por actuar con prudencia frente al uso de las garantías y la ambigüedad de los pronunciamientos emitidos por conformaciones anteriores respecto de su procedencia. Otra razón podría estar relacionada con la sentencia 141-18-SEP-CC de 2018⁴⁸, en la que se determinó que los jueces que resuelven garantías jurisdiccionales no incurrían en el delito de prevaricato. Sin embargo, en 2023, la Corte aclaró este precedente y precisó que dicho delito no queda excluido cuando los jueces actúan en contra de normas expresas⁴⁹. Así, la falta de claridad previa influía en la decisión de no remitir ningún caso a la Fiscalía.

Otra posibilidad puede ser que, en ese momento (2019-2022), la Corte se encontraba tramitando un gran número de causas rezagadas⁵⁰ y no dimensionó

48 Sentencia n.º 141-18-SEP-CC, 18 de abril de 2018.

49 Sentencia n.º 2231-22-JP/23, 7 de junio de 2023.

50 Ver pie de página 22.

el alcance del abuso del derecho en materia de garantías ni el impacto de su desnaturalización. Como consecuencia, no adoptó medidas oportunas para contener este fenómeno, lo que posteriormente permitió la proliferación de casos como los que se analizarán a continuación.

En suma, cualquier explicación sobre la postura adoptada por la Corte en estos casos no pasa de ser una conjetura, pues no existe certeza sobre los motivos que guiaron las decisiones de esta conformación. Sin embargo, de lo que sí existe evidencia es de que, pese a la frecuente constatación de desnaturalización de las garantías jurisdiccionales y la improcedencia de las acciones en la mayoría de las sentencias analizadas, la Corte Constitucional no aplicó sanciones efectivas a los peticionarios, sus abogados ni los jueces de instancia. La prudencia o la ambigüedad interpretativa de la Corte, junto con la alta carga procesal y precedentes contradictorios, parecen haber limitado la adopción de las sanciones que correspondían.

2.2. JURISPRUDENCIA DE LA CONFORMACIÓN 2022-2025

El 10 de febrero de 2022, se posesionaron tres nuevos jueces en el marco del proceso de renovación parcial de la Corte Constitucional⁵¹. Durante este nuevo período, uno de los ejes centrales de trabajo del organismo fue el abordaje del fenómeno de la desnaturalización de las garantías constitucionales. Así lo expresó la entonces vicepresidenta de la Corte, la jueza Carmen Corral Ponce, al señalar que “[e]ste último año, frente a graves y numerosos casos de desnaturalización de las garantías constitucionales, la Corte seleccionó y emitió sentencias de revisión para frenar estos abusos en la justicia constitucional”⁵².

En este contexto, se observa que la Corte resolvió aproximadamente cinco veces más acciones extraordinarias de protección y casos de revisión que en el período 2019-2022. En total, el presente análisis de esta conformación abarca 51 fallos entre los que se encuentran acciones extraordinarias de protección y casos de revisión. De la totalidad de pronunciamientos, se evidencia que el 9,8 % —5— abordan exclusivamente supuestos de improcedencia⁵³; el

51 Mediante sorteo público, abandonaron la Corte los exjueces Ramiro Ávila Santamaría, Agustín Grijalva Jiménez y Hernán Salgado Pesantes. En su lugar se posesionaron los jueces Alejandra Cárdenas Reyes, Richard Ortiz Ortiz y Jhoel Escudero Soliz.

52 Carmen Corral, “Logros y retos 2023”, *Corte Constitucional*, 28 de abril de 2024, <https://n9.cl/cpqd3>.

53 Sentencia n.º 122-22-JC/23, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de octubre de 2023. Sentencia n.º 461-19-JP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 19 de abril de 2023. Sentencia n.º 911-18-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de noviembre de 2023. Sentencia n.º 151-21-JD/24, Corte Constitucional del Ecuador, 4 de abril de 2024. Sentencia n.º 2038-23-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de noviembre de 2024.

23,53 % —12—, de manifiesta improcedencia⁵⁴; y en el 66,67 % —34— de casos referentes a la desnaturalización⁵⁵, ya sea que lo vincule o no con la improcedencia.

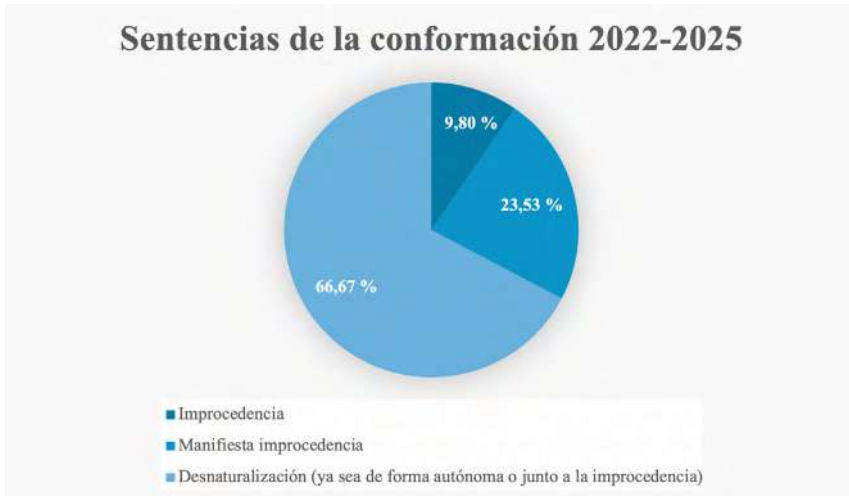


Figura 2. Sentencias de la conformación 2022-2025 relacionadas con la desnaturalización, la improcedencia y la manifiesta improcedencia. Elaboración propia según datos de la Corte Constitucional del Ecuador.

54 Sentencia n.º 1580-18-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de septiembre de 2023. Sentencia n.º 2731-23-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 11 de julio de 2024. Sentencia n.º 665-18-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 4 de julio de 2024. Sentencia n.º 2555-21-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 19 de diciembre de 2024. Sentencia n.º 1765-21-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 5 de diciembre de 2024. Sentencia n.º 3012-22-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 5 de diciembre de 2024. Sentencia n.º 400-24-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de noviembre de 2024. Sentencia n.º 2539-18-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 1 de agosto de 2024. Sentencia n.º 797-20-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 23 de mayo de 2024. Sentencia n.º 2012-22-EP/25, Corte Constitucional del Ecuador, 16 de enero de 2025. Sentencia n.º 3372-22-EP/25, Corte Constitucional del Ecuador, 9 de enero de 2025. Sentencia n.º 522-20-JP/25, Corte Constitucional del Ecuador, 6 de febrero de 2025.

55 Sentencia n.º 964-17-EP/22, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de junio de 2022. Sentencia n.º 1101-20-EP/22, Corte Constitucional del Ecuador, 20 de julio de 2022. Sentencia n.º 1329-12-EP/22, Corte Constitucional del Ecuador, 7 de septiembre de 2022. Sentencia n.º 410-22-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 1 de febrero de 2023. Sentencia n.º 2231-22-JP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 7 de junio de 2023. Sentencia n.º 2901-19-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de septiembre de 2023. Sentencia n.º 392-22-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de octubre de 2023. Sentencia n.º 118-22-JC/23, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de noviembre de 2023. Sentencia n.º 98-23-JH/23, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de diciembre de 2023. Sentencia n.º 1558-19-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de diciembre de 2023. Sentencia n.º 948-17-EP/23, Corte Constitucional del Ecuador, 20 de diciembre de 2023. Sentencia n.º 1633-19-JP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 17 de enero de 2024. Sentencia n.º 446-19-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 31 de enero de 2024. Sentencia n.º 224-23-JP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 31 de enero de 2024. Sentencia n.º 3664-22-JP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de febrero de 2024. Sentencia n.º 12-23-JC/24, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de febrero de 2024. Sentencia n.º 3638-22-JP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 4 de abril de 2024. Sentencia n.º 180-22EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 18 de abril de 2024. Sentencia n.º 3043-19-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 6 de junio de 2024. Sentencia n.º 1596-20-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 18 de julio de 2024. Sentencia n.º 355-24-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de octubre de 2024. Sentencia n.º 1692-21-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 14 de noviembre de 2024. Sentencia n.º 463-22-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de noviembre de 2024. Sentencia n.º 2572-22-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de noviembre de 2024. Sentencia n.º 43-23-JC/24, Corte Constitucional del Ecuador, 21 de noviembre de 2024. Sentencia n.º 1452-17-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de enero de 2024. Sentencia n.º 28-23-JC/24, Corte Constitucional del Ecuador, 5 de diciembre de 2024. Sentencia n.º 1455-23-JP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 5 de diciembre de 2024. Sentencia n.º 372-23-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 5 de diciembre de 2024. Sentencia n.º 1094-22-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 19 de diciembre de 2024. Sentencia n.º 1812-20-EP/25, Corte Constitucional del Ecuador, 6 de febrero de 2025. Sentencia n.º 745-23-EP/25, Corte Constitucional del Ecuador, 6 de febrero de 2025. Sentencia n.º 2203-23-EP/25, Corte Constitucional del Ecuador, 9 de enero de 2025. Sentencia n.º 1788-24-EP/25, Corte Constitucional del Ecuador, 14 de febrero de 2025.

2.2.1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE “DESNATURALIZACIÓN”

En algunas sentencias, la Corte ha enfatizado en que la desnaturalización constituye “un manifiesto abuso y un fraude a la confianza que la Constitución depositó en los juzgadores como vehículos para la garantía jurisdiccional de los derechos”⁵⁶. Este fenómeno se configura como una actuación arbitraria que no solo desvirtúa el objeto y la finalidad de las acciones constitucionales, sino que compromete gravemente la seguridad jurídica. Desde esta perspectiva, puede concebirse que la desnaturalización afecta el diseño constitucional y legal de la garantía, por lo que, causa un “considerable daño a la administración de justicia constitucional”⁵⁷.

No obstante, esta caracterización presenta desafíos en la práctica y requiere un análisis más profundo. Existen casos evidentes de daño grave, como la liberación de privados de libertad mediante recursos constitucionales, por ejemplo, el exvicepresidente Jorge Glas, quien obtuvo la libertad a través de un *habeas corpus*, o la concesión de más de US\$ 22 millones en un *habeas data* a José Fernando Bucaram Aivas, por sus propios derechos y como apoderado de sus hermanos Carlos Elías Bucaram Aivas y Juan Xavier Bucaram Aivas, en calidad de herederos de Elías Carlos Bucaram Diab, para reclamar la presunta titularidad de un inmueble⁵⁸.

Sin embargo, en otras situaciones, como la interposición reiterada de acciones de protección improcedentes para impugnar vistos buenos, la afectación puede parecer menos directa o grave desde una perspectiva aislada. La cuestión crucial es si la repetición sistemática de tales prácticas, en lugar de dirigir las controversias al juez laboral, no genera una superposición indebida de la justicia constitucional sobre la ordinaria. Esta proliferación de acciones improcedentes no solo puede desbordar la capacidad del sistema constitucional, sino que también erosiona su legitimidad y eficacia, por lo que, podrían constituir un daño grave. Así, el daño que provoca la desnaturalización debería evaluarse no solo en términos individuales, sino también en su impacto estructural y sistémico sobre la administración de justicia.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte no ha sido consistente y, pese a las distinciones conceptuales referidas, en ciertos fallos, mantiene la tendencia de asumir una relación de causalidad entre la desnaturalización y la improcedencia. Un ejemplo es la sentencia 1101-20-EP/22, en la que la empresa JIK S. A. interpuso una acción de protección para obligar a la Corporación Financiera Nacional a aceptar una dación en pago como forma de cancelar una deuda superior a US\$ 5 millones. La Corte concluyó que la garantía fue

⁵⁶ Sentencia n.º 2231-22-JP/23CCE, 7 de junio de 2023, párr. 66.

⁵⁷ Id.

⁵⁸ Sentencia n.º 180-22-EP/24.

desnaturalizada, al haberse utilizado con el fin de extinguir una obligación contractual propia del derecho privado, lo que excedía el objeto constitucional de la acción de protección. Paralelamente, determinó que se configuraba la causal de improcedencia prevista en el artículo 42, numeral 5, de la LOGJCC. En concreto, la Corte indicó que:

si la pretensión no se circunscribe a la tutela de derechos constitucionales e incursiona en la esfera de la justicia ordinaria, la acción debe rechazarse por improcedente, pues, no se puede pretender que a través de esta acción se reemplace a la jurisdicción ordinaria, ya que respecto de conflictos de mera legalidad existen vías y mecanismos judiciales idóneos y eficaces para el efecto. Al contrario, **tratar a la acción de protección como una vía de superposición de las instancias judiciales ordinarias ocasionaría su eventual desnaturalización** (énfasis añadido)⁵⁹.

Este fallo evidencia que, en la práctica, la Corte trata la improcedencia y la desnaturalización como figuras jurídicamente vinculadas. Si la acción es improcedente, significa que, por ejemplo, existe una vía ordinaria adecuada para resolver el conflicto y, por lo tanto, la acción constitucional no debería admitirse ni tramitarse. Si pese a ser improcedente el juez acepta o concede la acción, entonces se produce una desnaturalización de la garantía, porque la acción se utiliza para un fin distinto al que fue diseñada —es decir, se desvía de su objeto constitucional—.

Frente a la oscuridad que ocasiona el tratamiento de estas nociones, en varios votos concurrentes se ha sostenido que la desnaturalización ocurre cuando “una autoridad judicial concede una demanda apartándose y desvirtuando el fin establecido por la Constitución y la LOGJCC”⁶⁰. En estos supuestos, la acción constitucional se utiliza para fines distintos a los previstos en el marco normativo, lo que implica una desviación sustancial de su objeto y una contradicción con el orden jurídico. Por ello, se ha planteado que la configuración de una desnaturalización justifica un análisis específico de la actuación judicial a través de una declaratoria jurisdiccional previa, con el fin de determinar si existió un uso indebido de la garantía⁶¹. En cambio, la improcedencia se limita a verificar el cumplimiento de las causales previstas en la ley —como las del artículo 42 de la LOGJCC relativas a la acción de protección— sin que ello requiera necesariamente evaluar la conducta del juzgador mediante una declaratoria jurisdiccional previa⁶² que será remitida al Consejo de la Judicatura.

59 Sentencia n.º 1101-20-EP/22, párr. 87.

60 Sentencia n.º 17-21-EP/25, votos concurrentes de los jueces Karla Andrade Quevedo y Jhoel Escudero Soliz, párr. 4.

61 Id.

62 Id., párr. 5.

Lo anterior parecería esclarecer la situación, pero el análisis de la jurisprudencia muestra que esta distinción no se aplica de manera consistente. De los 51 casos examinados, en 34 se declaró la desnaturalización de la garantía; sin embargo, en varios de esos fallos la Corte recurrió a las causales de improcedencia previstas en el artículo 42 de la LOGJCC como justificación para dicha declaración. Además, solo en 15 de esos 34 casos se emitió una declaratoria jurisdiccional previa, lo que representa apenas el 44,11 % de los casos con desnaturalización.

Estos datos revelan que, contrariamente a lo sostenido en algunos votos particulares, la declaratoria jurisdiccional previa no constituye un requisito necesario para afirmar que ha existido desnaturalización. En consecuencia, el intento de establecer una distinción teórica entre improcedencia y desnaturalización no encuentra respaldo en la práctica jurisprudencial.

2.2.2. IMPROCEDENCIA: USO GENÉRICO Y ESCASO DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA

La improcedencia y la manifiesta improcedencia son conceptos que aún no han sido abordados con claridad por la Corte. De hecho, en algunos votos particulares se ha plasmado esta preocupación:

la diferencia entre la manifiesta improcedencia de la improcedencia de la acción de protección aún es ambigua y requiere que la Corte determine con mayor claridad cuándo ocurre cada una, cómo deben actuar las autoridades judiciales y cuál es el ámbito de decisión que tiene este organismo en dichos casos⁶³.

Como mencionamos previamente⁶⁴, en el marco de las garantías jurisdiccionales, los operadores judiciales están obligados a realizar un real análisis de la vulneración de derechos, lo que se conoce como el tercer elemento de la motivación. Además, deben enunciar las normas o los principios jurídicos en que se funda la decisión (primer elemento) y explicar los antecedentes de hecho o sustento fáctico (segundo elemento). Si bien una motivación es suficiente cuando contiene los dos primeros elementos, en el ámbito de las garantías jurisdiccionales el tercer elemento constituye una exigencia adicional. Ahora bien, en ciertos votos, se ha precisado que, tanto en la improcedencia como en la manifiesta o mera improcedencia, los jueces no están obligados al análisis del tercer elemento de la motivación en garantías⁶⁵.

⁶³ Sentencia n.º 522-20-JP/25, párr. 24.

⁶⁴ Ver pie de página 35.

⁶⁵ Sentencia n.º 522-20-JP/25, párr. 27.

Para algunos jueces de la Corte, la diferencia radica en que la manifiesta improcedencia se configura cuando se acreditan de forma evidente las causas legales de improcedencia, como las establecidas en el artículo 42 de la LOGJCC. Sin embargo, como se analizó previamente, esta es solo una de las posturas existentes, ya que otros jueces consideran que la verificación de dichas causales corresponde únicamente al supuesto de improcedencia⁶⁶.

2.2.3 LA INTRODUCCIÓN DE LA MANIFIESTA IMPROCEDENCIA

No existe una sentencia de mayoría en la que se defina y se distinga este concepto respecto de los anteriores. En votos particulares, tanto salvados como concurrentes, algunos jueces han señalado que la manifiesta improcedencia se presenta cuando “es tal la especificidad de la pretensión de la acción que resulta evidente concluir que existe otra vía idónea y eficaz en la justicia ordinaria”⁶⁷. Por ejemplo, se ha referido a pretensiones que buscan la declaratoria de un derecho mediante acción de protección, aunque el precedente que originó esta línea la abordó como un caso de desnaturalización (1101-20-EP/22). Otros ejemplos incluyen la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio y casos vinculados a la aplicación o el cumplimiento de obligaciones contractuales⁶⁸.

Parecería ser que la manifiesta improcedencia está directamente relacionada con el incumplimiento del requisito previsto en el artículo 40, numeral 3, de la LOGJCC, que exige la “[i]nexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado”. En estos supuestos, la pretensión planteada resulta tan claramente improcedente que es evidente la existencia de otro mecanismo disponible en la justicia ordinaria para la protección del derecho invocado. Sin embargo, la Corte ha reiterado que no basta con la existencia de ese mecanismo, sino que debe ser absolutamente evidente.

En la sentencia 1580-18-EP/23 se estableció que la manifiesta improcedencia guarda estrecha relación con la garantía de la motivación. En los casos de manifiesta improcedencia, es posible que los juzgadores prescindan del llamado “tercer elemento” de la motivación propio de las garantías.

Si bien en los supuestos de manifiesta improcedencia de la acción de protección no corresponde exigir un análisis de la existencia de vulneración de derechos constitucionales [tercer elemento], para que la sentencia esté suficientemente motivada, deberá cumplir los elementos (1) [fundamento jurídico] y (2) [fundamento fáctico] [...]. Por tanto,

66 Esto se puede notar en la posición de la jueza Cárdenas en contraposición a la de los jueces Escudero y Andrade.

67 Sentencia n.º 1558-19-EP/23, voto salvado de la jueza Daniela Salazar, párr. 7.

68 *Id.*

las y los jueces constitucionales deben enunciar las normas y principios en los que se funda su decisión —esto es, los requisitos de procedencia y causales de improcedencia de la acción de protección previstos en los artículos 40, 41 y 42 de la LOGJCC— y justificar su aplicación al caso concreto —es decir, justificar por qué la pretensión de la demanda de acción de protección debe ser resuelta en otra vía⁶⁹.

Un problema relevante en la diferenciación establecida en la sentencia 1580-18-EP/23 sobre la manifiesta improcedencia es que la Corte centró su análisis en la motivación. Sin embargo, cabe preguntarse qué habría ocurrido si el análisis se hubiese enfocado en el derecho a la seguridad jurídica. En efecto, la sentencia 1580-18-EP/23 abordó una acción de protección para exigir el cumplimiento de una obligación contractual. Por contraste, en el caso 1101-20-EP/22 —también relacionado con aspectos contractuales pero analizado bajo el cargo de seguridad jurídica— la Corte concluyó que se configuró una desnaturalización de la acción de protección y llegó a un resultado diferente.

Por otro lado, de forma excepcional, la Corte Constitucional puede pronunciarse sobre los hechos de fondo de las causas de origen, pues su competencia en la acción extraordinaria de protección se limita, en principio, a verificar posibles vulneraciones de derechos constitucionales por parte de los jueces. No obstante, mediante su jurisprudencia, la Corte ha establecido que puede actuar como juez de instancia y examinar los hechos que dieron origen a la causa constitucional cuando concurren los siguientes presupuestos:

- (i) que la autoridad judicial accionada haya vulnerado el debido proceso u otro derecho de las partes en la sentencia impugnada⁷⁰;
- (ii) que, *prima facie*, los hechos que motivaron el proceso de origen puedan constituir una vulneración de derechos no tutelados por las instancias inferiores, y/o que se observe una notoria desnaturalización de las garantías jurisdiccionales que deba corregirse⁷¹;
- (iii) que el caso no haya sido seleccionado previamente para revisión por la Corte⁷²; y
- (iv) que se cumpla al menos uno de los siguientes criterios: gravedad del asunto, novedad del caso, relevancia nacional o inobservancia de precedentes establecidos por la Corte⁷³.

En los casos en los que la Corte ha determinado que existió una vulneración al derecho a la seguridad jurídica y ha calificado la causa como manifiestamente improcedente, ha dejado sin efecto todo el proceso jurisdiccional sin realizar

69 Sentencia n.º 1580-18-EP/23, párr. 26.

70 Sentencia n.º 176-14-EP/19, párr. 55.

71 Sentencia n.º 2137-21-EP/21, párr. 111.

72 Sentencia n.º 2366-18-EP/23, párr. 49.

73 *Id.*

un examen de mérito ni pronunciarse sobre los hechos de fondo. Esta decisión se justifica en la evidente improcedencia de la acción, por lo que un reenvío resultaría infructuoso.

Sin embargo, esta práctica ha generado preocupaciones dentro de la propia Corte. Por ejemplo, en votos particulares, la exjueza Daniela Salazar expresó su inquietud: “me preocupa muchísimo que, en una sentencia de acción extraordinaria de protección, sin entrar al mérito de la causa, la Corte realice un examen sobre la procedencia de una acción de protección, so pretexto de posibles vulneraciones al derecho a la seguridad jurídica”⁷⁴. En otras sentencias, la exmagistrada reiteró que:

en el marco de una acción extraordinaria de protección, a través del análisis del derecho a la seguridad jurídica, la Corte Constitucional no tiene competencia para revisar la procedencia o no de las garantías jurisdiccionales de origen. Si la Corte va a pronunciarse sobre la procedencia de la acción, o el cumplimiento de los requisitos del artículo 42 de la LOGJCC, debe hacerlo a través de su facultad de revisar, extraordinariamente, el mérito de la acción, pues sólo ahí puede tomar las decisiones que les corresponden a los jueces constitucionales de origen. Realizar este tipo de análisis en el marco de la acción extraordinaria de protección, es contrario al objeto y al carácter extraordinario de esta acción, e invade las atribuciones de las y los jueces de instancia⁷⁵.

Esta preocupación resulta legítima, pues existe el riesgo de que la Corte actúe como una nueva instancia o, como advierte la exjueza Salazar, realice un análisis de procedencia de la garantía de origen bajo el pretexto de revisar vulneraciones al derecho a la seguridad jurídica. Sin embargo, también debe considerarse que la propia Corte ha insistido en que la manifiesta improcedencia se caracteriza por su evidencia absoluta, lo que haría innecesario reabrir una causa y pronunciarse sobre el fondo cuando la improcedencia es tan clara que no deja margen de duda sobre la falta de procedencia de la garantía jurisdiccional.

En este punto surge una cuestión práctica relevante a la preocupación expuesta: si la distinción entre improcedencia y manifiesta improcedencia no permite prescindir del análisis de mérito en estos casos, ¿cuál es entonces su utilidad práctica? Más allá de las diferencias conceptuales, parecería que esta posibilidad de prescindir del análisis de fondo constituye precisamente la diferencia operativa entre un escenario de manifiesta improcedencia y uno de improcedencia.

74 Sentencia n.º 1765-21-EP/24, voto salvado de la exjueza constitucional Daniela Salazar Marín, párr. 3.

75 Sentencia n.º 2012-22-EP/25, párr. 13.

2.3. CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LAS TRES CATEGORÍAS

2.3.1. EFECTOS DE LA IMPROCEDENCIA

En los casos analizados en los que se declaró la improcedencia de la acción constitucional, no se impusieron sanciones a los peticionarios ni a sus abogados, salvo en un caso excepcional (2038-23-EP/24). Estas causas estuvieron principalmente relacionadas con controversias de índole laboral, tales como la impugnación de un visto bueno⁷⁶, la reincorporación a una empresa pública y el pago de remuneraciones dejadas de percibir⁷⁷. Asimismo, se examinó un caso de *habeas data*, en el cual la pretensión consistía en la rectificación del tiempo de trabajo registrado en la base de datos del empleador⁷⁸. Por otro lado, los casos restantes estuvieron vinculados con la improcedencia de la acción de protección para impugnar fotomultas vehiculares⁷⁹ o la improcedencia de la solicitud de medidas cautelares autónomas en el marco de un juicio político⁸⁰.

En cuanto a la actuación de los jueces, el patrón general fue la ausencia de sanciones disciplinarias. No obstante, se identificó un caso excepcional: la sentencia 2038-23-EP/24, en la que la Corte Constitucional emitió una declaratoria jurisdiccional previa para que el Consejo de la Judicatura iniciara un proceso disciplinario contra los jueces de instancia y, adicionalmente, remitió el expediente a la Fiscalía General del Estado para investigar un posible delito de prevaricato. La acción interpuesta por los extrabajadores de EP Petroecuador resultaba improcedente porque existía una vía judicial ordinaria idónea para reclamar la presunta falta de liquidación de haberes laborales.

Este caso presenta particularidades que ameritan ser destacadas. La Corte aceptó la acción extraordinaria planteada por la empresa pública y emitió la declaratoria debido a que, además de desestimar el recurso de apelación de la entidad y conceder una garantía improcedente, los jueces provinciales inobservaron las normas aplicables a la reparación económica. De acuerdo con el artículo 19 de la LOGJCC, la cuantificación de dichas reparaciones corresponde a los Tribunales Contencioso Administrativos. Sin embargo, en este caso se ordenó que la liquidación se realizara a través de la Unidad de Talento Humano de EP Petroecuador, según una pericia que no cumplía los parámetros del artículo 16 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial. Como consecuencia, se desconoció la normativa vigente y se ocasionó un perjuicio económico de US\$ 30 388 071,53 (treinta millones trescientos ochenta y ocho mil setenta y un dólares con cincuenta y tres centavos) a la empresa pública.

76 Sentencia n.º 911-18-EP/23.

77 Sentencia n.º 2038-23-EP/24.

78 Sentencia n.º 151-21-JD/24.

79 Sentencia n.º 461-19-JP/23.

80 Sentencia n.º 122-22-JC/23.

Este precedente cuestiona la postura de ciertos jueces de la Corte que sostienen que la desnaturalización —y no la improcedencia— es la figura que exige una declaratoria jurisdiccional previa como presupuesto para sancionar la conducta judicial. Asimismo, desvirtúa la tesis de que la desnaturalización implica necesariamente un daño grave al sistema de justicia, pues este caso de improcedencia generó un perjuicio significativo tanto a la integridad del sistema constitucional como al erario público, al tratarse de recursos estatales. En suma, aunque lo común en los casos de improcedencia es la ausencia de sanciones, la Corte en esta ocasión recurrió de manera excepcional a mecanismos disciplinarios y penales, lo que desdibuja la supuesta línea divisoria entre improcedencia y desnaturalización.

2.3.2. EFECTOS DE LA MANIFIESTA IMPROCEDENCIA

En los doce casos en que la Corte declaró la manifiesta improcedencia de la acción, el efecto común fue la inexistencia de sanciones a los peticionarios o a sus abogados, pese a que en todos los supuestos resultaba evidente la improcedencia de la vía constitucional frente a la existencia de mecanismos ordinarios idóneos y eficaces. La respuesta de la Corte, en la mayoría de los casos, se limitó a dejar sin efecto el proceso sin realizar un análisis de fondo, lo que confirma que esta categoría opera principalmente como un filtro procesal que permite rechazar de plano la acción de origen sin examinar el mérito de la causa.

Respecto de los jueces intervinientes, el patrón también fue la ausencia de sanciones disciplinarias. Únicamente en tres casos la Corte dispuso llamados de atención: en uno de ellos sin remitir la medida al Consejo de la Judicatura⁸¹ —lo que podría reducir su eficacia en la práctica—, mientras que en los otros dos sí se ofició al Consejo, con la finalidad de que constara en la hoja de vida de los jueces y se considerara en sus evaluaciones⁸². En consecuencia, los efectos comunes de la manifiesta improcedencia se caracterizan por la ausencia de consecuencias que podrían derivar en sanciones disciplinarias o penales, salvo llamados de atención cuyo alcance no ha sido definido por la propia Corte.

2.3.3. EFECTOS DE LA DESNATURALIZACIÓN

De los casos analizados, únicamente en diez se impuso una sanción a los abogados por abuso de derecho, conforme al artículo 23 de la LOGJCC. En estos casos, la Corte dispuso la remisión de los expedientes al Consejo de la Judicatura para que inicie los procesos disciplinarios y adopte las medidas

81 Sentencia n.º 2555-21-EP/24.

82 Uno de estos casos se relacionó con el descuerdo del justo precio en un proceso de expropiación (400-24-EP/24) y otro al proponer una acción de protección frente a un despido intempestivo (797-20-EP/24), cuestión eminente laboral.

pertinentes en contra de los abogados involucrados. Adicionalmente, en algunos fallos emitió un pronunciamiento sobre la responsabilidad de los peticionarios y recordó que la otra parte procesal puede emprender los procesos de responsabilidad civil en su contra, conforme al mentado artículo de la LOGJCC.

Aunque la Corte no lo explicitó en todos los casos, cabe señalar que, al haberse declarado el abuso del derecho, en todos ellos se abriría la posibilidad de emprender procesos de responsabilidad civil por parte de la parte afectada.

Por otro lado, en ciertos casos, la Corte dispuso la remisión a la Fiscalía por el delito de perjurio. Ello se fundamenta en que, para la presentación de la acción, la ley exige una declaración juramentada de los solicitantes en la que conste que no han planteado otra acción por los mismos hechos y derechos, requisito que, al parecer, se habría incumplido en estos casos. Es así como en estos pronunciamientos el organismo determinó que se investigue a los peticionarios “por el presunto cometimiento de perjurio, quienes declararon bajo juramento no haber presentado otra acción por la misma causa”⁸³.

En relación con las consecuencias para los jueces, de los treinta y cuatro casos revisados, en ocho la Corte emitió una declaratoria jurisdiccional previa y dispuso además la remisión del expediente a la Fiscalía General del Estado para la investigación de un posible delito de prevaricato. En seis casos se limitó a emitir la declaratoria jurisdiccional previa, sin ordenar la remisión a la Fiscalía. En un caso particular, la Corte no emitió una nueva declaratoria, por cuanto esta ya había sido realizada previamente por la Corte Provincial respecto del juez de la Unidad Judicial que concedió la medida. Finalmente, en un caso la Corte optó únicamente por realizar un llamado de atención a los jueces intervinientes⁸⁴.

3. CONCLUSIONES

El problema jurídico propuesto en esta investigación consistió en determinar cuáles son las diferencias conceptuales y prácticas entre la desnaturalización, la improcedencia y la manifiesta improcedencia en las garantías jurisdiccionales. El análisis empírico de sesenta y dos sentencias, con un enfoque mixto cualitativo y cuantitativo, permitió identificar patrones jurisprudenciales y evaluar los efectos prácticos de estas categorías.

El análisis evidencia que los conceptos de “desnaturalización”, “improcedencia” y “manifiesta improcedencia” carecen de una delimitación conceptual

⁸³ Sentencia n.º 224-23-JP/24, párr. 75.

⁸⁴ Sentencia n.º 28-23-JC/24.

clara en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador, así como de criterios uniformes sobre sus consecuencias para peticionarios, abogados y operadores judiciales. Durante el período 2019-2022, la Corte utilizó de forma indistinta los términos “desnaturalización” e “improcedencia” para referirse a acciones constitucionales presentadas en contraposición a su objeto o en incumplimiento de las causales legales de procedencia. En contraste, la conformación 2022-2025 ha intentado diferenciar ambos conceptos e incorporar la categoría de manifiesta improcedencia, aunque esta distinción no se ha consolidado de forma precisa en la práctica.

Si bien algunos votos particulares sostienen que la desnaturalización corresponde al uso de garantías en contravención de su objeto y que causa un daño al sistema de justicia, mientras que la improcedencia se limita a verificar causales legales, los datos demuestran que la Corte ha fundamentado la desnaturalización en causales de improcedencia sin clarificar si constituye un fenómeno autónomo o una consecuencia de la primera. Esta indefinición se agrava al carecer de parámetros claros sobre qué constituye un daño al sistema de justicia constitucional, ya que la presentación de garantías en contravención de las causales de improcedencia también podría considerarse una afectación al sistema si se lo asume como un fenómeno sistémico y no individual.

Tampoco resulta consistente la tesis de ciertos votos particulares respecto de que la declaratoria jurisdiccional previa constituye un elemento diferenciador de la desnaturalización y la improcedencia, dado que, de treinta y cuatro casos de desnaturalización analizados en el período 2022-2025, solo en quince se emitió dicha declaratoria, mientras que en un caso de improcedencia (2038-23-EP/24) la Corte sí la realizó. La categoría de manifiesta improcedencia tampoco cuenta con una definición consolidada en sentencias de mayoría. Aunque ciertos votos particulares la vinculan con la existencia evidente de otra vía adecuada y eficaz, esta interpretación no se aplica de manera uniforme.

Lo que sí se evidencia en este estudio es que, en la práctica, la manifiesta improcedencia ha permitido a la Corte dejar sin efecto procesos constitucionales sin pronunciarse sobre el fondo, es decir, sin efectuar un análisis de mérito del proceso, lo que ha generado cuestionamientos sobre sus límites. Sin embargo, en realidad, parece ser que este es el criterio distintivo más estable de este concepto respecto de los otros dos; en síntesis, esta es la razón de ser de que exista esta categoría: habilitar a la Corte el dejar sin efecto un proceso de garantías jurisdiccionales sin entrar al mérito del caso.

Una conclusión relevante para los operadores judiciales consiste en que, en aquellos casos en los que la Corte Constitucional haya identificado improcedencia o manifiesta improcedencia de una acción y, al mismo tiempo, se alegue la vulneración al derecho a la motivación, los jueces deben prescindir

del análisis del tercer elemento de la motivación. No obstante, la dificultad radica en la falta de parámetros uniformes que permitan diferenciar claramente entre improcedencia, manifiesta y desnaturalización. Ante esta ambigüedad, resulta indispensable que los jueces de instancia acudan a la jurisprudencia de la Corte Constitucional como referente interpretativo, a fin de evitar decisiones contradictorias.

De igual manera, a pesar de que no existe una definición concreta, los datos analizados sugieren que: la desnaturalización se ha entendido como un supuesto de gravedad y daño a la administración de justicia; la improcedencia, como la verificación de las causales legales que impiden que la garantía prospere; y la manifiesta improcedencia, como un escenario en el que la improcedencia resulta tan evidente que justifica prescindir del análisis de fondo. No obstante, si la gravedad constituye el criterio diferenciador, este no se refleja en el tratamiento de los casos, pues, de los treinta y cuatro casos de desnaturalización analizados, en solo diez se sancionó a abogados por abuso del derecho y en únicamente en quince se realizó la declaratoria jurisdiccional previa.




En suma, persiste una falta de uniformidad en las consecuencias prácticas que la Corte asigna a cada figura, lo que constituye una limitación a la seguridad jurídica y a la coherencia del sistema de justicia constitucional. Por ello, la Corte Constitucional del Ecuador enfrenta la necesidad urgente de establecer criterios unificados sobre la desnaturalización, la improcedencia y la manifiesta improcedencia de las garantías jurisdiccionales. Una delimitación clara de estas categorías no solo contribuiría al fortalecimiento de la seguridad jurídica, sino que también ofrecería a jueces, peticionarios y abogados parámetros objetivos para orientar su actuación. Como línea de investigación futura, resulta pertinente dar seguimiento a la evolución jurisprudencial de estos conceptos y desarrollar estudios comparados que permitan contrastar la experiencia ecuatoriana con otras cortes constitucionales.






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





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.

Regulación del arresto domiciliario como medida cautelar en el proceso penal ecuatoriano

Regulation of House Arrest as a Precautionary Measure in Ecuadorian Criminal Proceedings

JHONY MARCELO TOAQUIZA DÍAZ*

Recibido / Received: 11/06/25

Aceptado / Accepted: 21/10/25

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3910>

Citación:

Toaquiza, Jhony. “Regulación del arresto domiciliario como medida cautelar en el proceso penal ecuatoriano”. *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 2. (noviembre de 2025): <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3910>.

* Flasco Ecuador, estudiante de la maestría en Sociología Política, casilla postal 17-11-06362, Quito 170518, Pichincha, Ecuador. Abogado por la Universidad Central del Ecuador, especialista en Garantías Jurisdiccionales y Reparación Integral por el Instituto de Altos Estudios Nacionales IAEN, y magíster en Derecho Procesal Penal por la Universidad de Otavalo. Correo electrónico: toaquiza586@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0001-8401-6055>.

RESUMEN

En el sistema penal ecuatoriano, las medidas cautelares desempeñan un papel esencial al asegurar la eficacia de la investigación, el correcto desenvolvimiento del proceso penal y la protección de los derechos de las víctimas hasta la emisión de una sentencia definitiva. Por ello, el Código Orgánico Integral Penal contempla diversas medidas, tanto de carácter real como personal. Entre estas últimas —que inciden directamente en la situación jurídica del procesado— se encuentra el arresto domiciliario, concebido como una limitación a la libertad personal, cuyo cumplimiento se realiza en el domicilio del imputado, en lugar de un centro de privación de libertad.

A partir de esta perspectiva, países como España, Colombia y Perú han reconocido el arresto domiciliario como una modalidad atenuada de prisión preventiva, independientemente del lugar de ejecución. Las máximas cortes de estos Estados han establecido que esta medida implica jurídicamente una privación de libertad, razón por la cual definen requisitos de procedencia claros, orientados a prevenir vacíos normativos, decisiones judiciales dispares y afectaciones a la seguridad jurídica. En contraste, Ecuador no cuenta con criterios normativos que sustenten la dictación del arresto domiciliario.

Esta omisión normativa configura una situación regresiva en relación con el desarrollo institucional de la prisión preventiva, generando riesgos para la garantía del debido proceso. En ese marco, la investigación se orienta a examinar esos vacíos y destacar la urgencia de establecer requisitos legales específicos para aplicar el arresto domiciliario en Ecuador, a fin de asegurar su correcto uso y evitar arbitrariedades judiciales.

PALABRAS CLAVE

Procedimiento penal; medida cautelar; arresto domiciliario; privación de libertad; reforma; requisitos

ABSTRACT

In the Ecuadorian criminal justice system, precautionary measures play an essential role in ensuring the effectiveness of investigation, proper conduct of criminal process, and the protection of victims' rights until a final judgment is issued. Therefore, the Comprehensive Organic Criminal Code provides for various measures of both a real and personal nature. Among the latter—which directly impacts the legal status of the accused—is house arrest, conceived as a limitation on personal liberty, which is carried out at the defendant's home, rather than in a detention center.

From this perspective, countries such as Spain, Colombia, and Peru have recognized house arrest as a mitigated form of pretrial detention, regardless of the place of

issuance. The highest courts of these States have established that this measure legally entails a deprivation of liberty, which is why they define clear requirements for admissibility, aimed at preventing regulatory gaps, disparate judicial decisions, and impacts on legal certainty. In contrast, Ecuador lacks regulatory criteria to support the issuance of house arrest.

This regulatory omission constitutes a regressive situation in relation to the institutional development of pretrial detention, putting the guarantee of due process at risk. Within this framework, this research aims to examine these gaps and highlight the urgent need to establish specific legal requirements for the application of house arrest in Ecuador, to ensure its proper use and avoid judicial arbitrariness.

KEYWORDS

Criminal proceedings; precautionary measures; house arrest; deprivation of liberty; reform; requirement

1. INTRODUCCIÓN

Las medidas cautelares personales juegan un rol fundamental dentro del proceso penal ecuatoriano con el objeto de garantizar el cumplimiento íntegro del juicio y evitar la impunidad, respetando el principio de presunción de inocencia de las personas procesadas por haber cometido algún delito. En el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), se encuentran las siguientes: (i) prohibición de ausentarse del país, (ii) obligación de presentación periódica, (iii) arresto domiciliario, (iv) dispositivo de vigilancia electrónica, (v) detención y (vi) prisión preventiva. Cada una de ellas está ordenada cronológicamente de la más simple a la más gravosa en cuanto a la afectación al derecho de libertad.

Con relación al arresto domiciliario, es una medida que consiste en “la imposición coactiva de la obligación de permanecer en el propio domicilio con el fin de asegurar la sujeción del imputado al proceso penal”¹ y, al mismo tiempo, evade su ingreso en un centro de privación de libertad (en adelante CPL). En Ecuador se presenta como alternativa menos gravosa que la prisión preventiva y está contemplado en los artículos 522.3 y 537 del COIP. Sin embargo, “el hecho de que la medida se ejecute en el domicilio del imputado no empaña su esencia”². En palabras de Asencio:

independientemente de que se le califique como sustitutiva o alternativa, debe quedar claro que el arresto domiciliario es una medida cautelar personal y que, si se le compara con la prisión preventiva, es verdad que acarrea importantes diferencias en su ejecución, pero forzoso es concluir que no es una situación de restricción de libertad, sino una privación de libertad³.

Desde la perspectiva constitucional española, el arresto domiciliario es una forma de privación de libertad atenuada, mientras que la prisión preventiva es rigurosa, no obstante, se encuentran en la misma situación jurídica⁴. Postura que fue recogida por la Corte Constitucional de Colombia:

las personas que se acogen a las reglas correspondientes a la detención domiciliaria están, desde el punto de vista jurídico, privadas de libertad, y no puede entenderse que pierdan ese carácter por el hecho de que el lugar de detención no sea el edificio en que funciona el establecimiento

1 José Miguel de la Rosa, “La nueva prisión atenuada domiciliaria: ¿Una alternativa a la prisión provisional ordinaria?”, *La Ley*, n.º 5 (2004): 1595.

2 Gonzalo del Río Labarthe, “Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano”, tesis doctoral, Universidad de Alicante (enero de 2016): 333.

3 José María Asencio, “Reforma de la prisión provisional: El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad”, *La Ley*, n.º 2 (2005): 1.

4 Sentencia n.º 56/1997, Tribunal Constitucional de España, 17 de marzo de 1997, párr. 9.

carcelario, sino su domicilio o el sitio de trabajo⁵.

Incluso la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE) menciona que “antes de preferir la medida del arresto domiciliario, las o los juzgadores agotarán el análisis de otras medidas cautelares no privativas de la libertad”⁶. Por consiguiente, esta medida implica una restricción cautelar a la libertad de segundo grado de severidad, por lo que exige requisitos análogos a los de la prisión preventiva. Su finalidad es proporcionar al juzgador elementos suficientes para motivar adecuadamente su decisión al momento de ordenar la medida⁷.

El artículo 522 del COIP establece que los jueces podrán aplicar medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva, entre ellas el arresto domiciliario, que se presenta como medida distinta a la privación de libertad⁸. Esta disposición otorga al juzgador discrecionalidad para su elección. De manera similar, el artículo 537 del mismo cuerpo normativo regula situaciones especiales en las que los jueces pueden sustituir libremente la prisión preventiva por arresto domiciliario⁹. Del análisis del COIP se desprende que, en ambos supuestos, no existen disposiciones jurídicas complementarias que establezcan criterios específicos para que el juzgador fundamente y determine la procedencia del arresto domiciliario.

Al ser una medida cautelar que implica una restricción parcial de la libertad personal, el arresto domiciliario requiere la definición de presupuestos normativos y parámetros claros que orienten su aplicación judicial. La ausencia de tales directrices puede conducir a decisiones arbitrarias, comprometiendo los principios de proporcionalidad, uniformidad y respeto al debido proceso. En este contexto, la presente investigación analiza la regulación del arresto domiciliario en el proceso penal ecuatoriano, con énfasis en la existencia —o ausencia— de requisitos que determinen su procedencia, a partir del estudio de la doctrina, la legislación comparada, la normativa interna y la jurisprudencia. La revisión del COIP revela un vacío legal que permite una discrecionalidad judicial excesiva, poniendo en riesgo el derecho a la seguridad jurídica de la persona procesada.

2. DESARROLLO

Para comprender la medida cautelar de arresto domiciliario y abordar su estudio en el contexto del proceso penal ecuatoriano, resulta necesario iniciar

5 Sentencia n.º C-1510/00, Corte Constitucional de Colombia, 8 de noviembre de 2000, párr. 34.

6 Sentencia n.º 116-12-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de diciembre de 2021, párr. 101.

7 José Bedón, “Aplicabilidad de la caducidad de la prisión preventiva al arresto domiciliario”, tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar (2023): 5, <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/9775>.

8 Artículo 522, Código Orgánico Integral Penal [COIP], R. O. Suplemento 180 del 10 de febrero de 2024.

9 Artículo 537, COIP.

con la identificación de ciertas particularidades propias de esta institución jurídica, que se detallan a continuación.

2.1. ASPECTOS GENERALES

El arresto domiciliario ha sido considerado como una medida cautelar de carácter personal que busca la “restricción de la libertad de movimiento de la persona procesada, pero, en lugar de estar recluida en un centro de detención, se encuentra bajo vigilancia en su propio domicilio”¹⁰. Al ser una obligación ordenada directamente a la persona procesada para asegurar la participación en el proceso penal, exige al “acusado permanecer en el interior de su morada, pues tan solo se trata de una modalidad menos gravosa de detención”¹¹. También “se define como la privación de la libertad de movimiento y comunicación de un acusado que se cumple fuera de los establecimientos penitenciarios, bien en el propio domicilio o en otro fijado por el Tribunal sentenciador a propuesta del afectado”¹².

De esta manera, su naturaleza es que la ejecución sea en un entorno social habitual a la esfera familiar o similar de la persona procesada mientras perdure el proceso penal. Lo que significa que la salud (física y mental) y el proceso de reintegración social en el caso de ratificación del estado de inocencia está garantizado. Según la conceptualización desarrollada por Machuca, “el arresto domiciliario implica el confinamiento de una persona en su hogar, en lugar de un centro de detención”¹³. De modo semejante, Castillo ha ilustrado que:

El arresto domiciliario, por su naturaleza, sus propósitos y los requisitos para su implementación resulta similar a la detención preventiva [prisión preventiva] que por su material ejecución resulta ser más rigurosa y perjudicial, sin embargo, en ambas situaciones hay privación de libertad de locomoción, sujeta a vigilancia permanente¹⁴.

Como se muestra, a diferencia de las otras medidas alternativas a la prisión preventiva, el arresto domiciliario limita la libertad de movimiento del individuo y prohíbe salir del lugar establecido como residencia de cumplimiento, por lo que requiere presupuestos rígidos para su concesión. Además, restringe derechos conexos como el de participar en actividades públicas y podría afectar incluso al trabajo de la persona, sobre todo si necesita realizar tareas que no puede desde el hogar.

10 María Ochoa, “Regulación de las medidas alternativas a la prisión preventiva contenidas en el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano”, tesis de grado, Universidad de Loja (25 de octubre de 2012): 34.

11 Christian López et al., “Arresto domiciliario como restricción del derecho a la libertad de tránsito: Un análisis desde el principio de igualdad”, *Revista Tribunal* 4, n.º 7 (enero-junio 2024): 41.

12 *Ibid.*

13 César Machuca, “El arresto domiciliario como medida alternativa a la prisión: El caso peruano”, tesis de grado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos (15 de agosto de 2009): 5.

14 Adolfo Castillo, “Comentarios a la Resolución de la Sala especial B del 10 de agosto de 2004-exp. n.º 019-01-d3”, *El cómputo*, n.º 1 (21 de febrero de 2017): 19.

La jurisprudencia española ha hecho un significativo aporte a esta institución y lo ha ubicado dentro de la prisión preventiva, pero caracterizándole por ser de nivel atenuado:

El hecho de que la medida se ejecute en el domicilio del imputado no empaña su esencia. Se debe trasladar en bloque la doctrina del TC español sobre los límites y fines legítimos que debe perseguir la privación cautelar de libertad, así como los requisitos formales que debe complementar la resolución que adopte el arresto domiciliario. Y ello porque desde la perspectiva constitucional, lo decisivo no son tanto las diferencias de la prisión preventiva atenuada con la prisión preventiva rigurosa, cuanto las diferencias de la prisión preventiva atenuada con la situación de libertad¹⁵.

Del texto anterior se deduce que, en otros ordenamientos jurídicos, la falta de regulación legal específica obliga al juzgador, al imponer el arresto domiciliario, a motivar su decisión según los parámetros exigidos para la prisión preventiva, por el riesgo que esa medida representa para la libertad del procesado. Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana (en adelante CCC) ha aclarado su legislación penal mediante la jurisprudencia e instaura que las personas sometidas a esta medida:

desde una perspectiva legal, están en una situación de privación de libertad, y no se puede interpretar que pierdan esta condición simplemente porque el lugar de detención no sea el edificio del centro penitenciario, sino su hogar o su lugar de trabajo¹⁶.

En este sentido, el arresto domiciliario constituye una forma de privación cautelar de la libertad personal, cuya naturaleza ha sido reconocida por la CCE al señalar que se trata de “la medida cautelar privativa de libertad más gravosa que puede imponerse a las personas procesadas adultas mayores”¹⁷. Incluso la propia doctrina ha señalado que “ocupa el segundo lugar en términos de intensidad entre las medidas cautelares personales del proceso penal”¹⁸, lo cual es fundamental para determinar la procedencia de un marco legal que evalúe la proporcionalidad de la medida. Asimismo, este segundo orden de restricción puede traer grandes ventajas frente a la de primer orden (prisión preventiva):

- (a) constituye una afectación menos severa del derecho a la libertad;
- (b) la posibilidad de que el imputado en muchos casos pueda seguir desempeñando un trabajo remunerado;
- (c) supone un enorme alivio para la superpoblación carcelaria;
- (d) menores gastos para el Estado en

15 Sentencia n.º 56/1997, párr. 9.

16 Sentencia n.º C-1510/00, párr. 35.

17 Sentencia n.º 360-19-JH/25 (Jurisdicción penal ordinaria y *habeas corpus* en casos de prisión preventiva), Corte Constitucional del Ecuador, 23 de enero de 2025, párr. 168.

18 Del Río Labarthe, “Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano”, 335.

construcción de prisiones, atención y mantenimiento de los internos, y personal de vigilancia; (e) posibilidad de establecer contacto con una pluralidad de personas; (f) aminoración de las consecuencias, que importa para los familiares; (g) evita los graves efectos criminógenos que acarrea la privación cautelar de libertad en un Centro Penitenciario; entre otros¹⁹.

De la cita anterior se advierte que, al ser una medida cautelar personal en el proceso penal, el arresto domiciliario restringe la libertad, pero presenta ventajas significativas en comparación con la prisión preventiva; es sustitutiva o, en su defecto, alternativa dependiendo de la regulación en cada país. Con estos aspectos, un dato incauto para el análisis posterior es que gran parte de los ordenamientos jurídicos del mundo le dan diferentes nomenclaturas al arresto domiciliario. Suelen denominarlo detención domiciliaria, prisión atenuada, permanencia con vigilancia en el propio domicilio, prisión preventiva de segundo orden, etc., no obstante, siempre hacen referencia a la naturaleza de la institución desarrollada.

2.2. DERECHO COMPARADO

Una vez examinados los aspectos generales del arresto domiciliario, resulta indispensable efectuar un análisis preliminar de su regulación en la legislación comparada, en tanto ello permite contrastar su eficacia en diversas jurisdicciones frente al contexto ecuatoriano. Conforme al enfoque adoptado por cada ordenamiento jurídico, es posible identificar modelos amplios, restringidos o mixtos. El modelo amplio concibe el arresto domiciliario como una alternativa a la prisión preventiva, otorgando al juez la facultad discrecional para su aplicación. Es decir, en palabras de los juristas Mortera et al., basta con demostrar las siguientes características para su aplicación:

(a) debe ser flexible: El arresto domiciliario puede ser aplicado a cualquier persona, sin restricciones específicas; (b) puede ajustarse a circunstancias justificativas: Se flexibiliza por razones laborales, de salud o religiosas; y (c) reconocimiento legal: Generalmente la ley faculta al juez para conceder esta medida, lo que puede contravenir la seguridad jurídica²⁰.

Es común en países como Bolivia, Chile y Costa Rica, donde prefieren el término arresto domiciliario para evitar confusiones con la detención preventiva

19 Flavio Álvarez, Andrés Queralt, "La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general y la vigencia de la ley de 10 de septiembre de 1930", *Diario La Ley* (13 de mayo de 2017): 37

20 María Soledad Mortera, Juan Pablo Cavada, Pedro Guerra, "Prisión preventiva y arresto domiciliario: Observaciones al Boletín n.º 17.182-07 y legislación extranjera", *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*, n.º 143465 (noviembre de 2024): 12.

y proyectarle en el ámbito amplio. Aquí el individuo puede cumplir la medida con permisos para salir a realizar actividades esenciales, como trabajar o atender asuntos médicos, siempre bajo ciertas condiciones y supervisión. Este enfoque busca equilibrar la necesidad de control judicial con el respeto a los derechos del procesado.

A diferencia del modelo amplio, el modelo restringido es más estricto y está regulado en las leyes de cada país. Sus características principales son (a) la sustitución es obligatoria (se impone obligatoriamente cuando no se puede ejecutar la prisión provisional); (b) contiene condiciones específicas (diseñado para personas en situaciones vulnerables, como mujeres embarazadas o personas mayores, pues no es posible su aplicación a todas las personas procesadas); y (c) la regulación es tasada (se basa en supuestos específicos establecidos por la ley, asegurando peligros como la fuga u obstrucción de la justicia). En este modelo, las libertades del individuo están más limitadas, como en el caso de Colombia. Postula “un control riguroso sobre sus movimientos, permitiendo solo salidas muy específicas y bajo autorización judicial”²¹. Se utiliza en casos en que se considera que el riesgo de fuga o de obstaculización del proceso es mayor.

Finalmente, el modelo mixto integra elementos de los enfoques amplio y restringido, caracterizándose por una flexibilidad moderada, permite al juez aplicar el arresto domiciliario bajo condiciones específicas y contempla supuestos obligatorios como en casos de personas mayores o con enfermedades. Este modelo se adapta a contextos excepcionales, equilibrando la protección de la seguridad pública con las necesidades del individuo. Aunque admite salidas controladas —por ejemplo, para trabajar o estudiar— impone restricciones estrictas, como horarios definidos y vigilancia, tal como ocurre en la regulación peruana.

Una vez abordados de manera sintética los modelos de arresto domiciliario, es admisible conocer el tratamiento de esta medida en otras legislaciones para identificar buenas prácticas, deficiencias y posibles reformas en la legislación ecuatoriana. A continuación, se abordará un perezoso estudio de los países seleccionados.

2.2.1. EL ARRESTO DOMICILIARIO EN ESPAÑA

En España, el arresto domiciliario sigue un modelo restringido. Está regulado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El artículo 224 dispone que “son medidas cautelares personales, entre otras, la obligación de mantenerse en

21 Christian López et al., “Arresto domiciliario como restricción del derecho a la libertad de tránsito”, 40-51.

su propio domicilio o en el de otra persona”²². Por su parte, el artículo 231 instaura que:

El Juez de Garantías o el Tribunal de Juicio podrá ordenar al imputado el deber de no alejarse de su propia casa, habitación o establecimiento de salud o de asistencia donde se encuentre recluso.

Cuando sea indispensable para los fines del proceso, podrán ordenarse limitaciones o prohibiciones al derecho del imputado de comunicarse con personas distintas de las que con él cohabiten o lo asistan.

Si el imputado no puede proveerse para sus necesidades económicas o las de su familia, o si está en situación de indigencia o especiales, podrá autorizarse su salida del domicilio durante la jornada laboral, durante el tiempo necesario para satisfacer esas exigencias. Igualmente, se le podrá otorgar permiso escolar. Esta medida cautelar surtirá los mismos efectos legales de una detención provisional en establecimiento carcelario²³.

En este país, el arresto domiciliario se denomina formalmente localización permanente y constituye una medida cautelar, como se desprende de la cita previa. Sin embargo, dicha figura puede prestarse a confusión, dado que también puede imponerse como sanción penal en determinados casos. Ambas modalidades restringen la libertad ambulatoria del individuo, circunscribiéndola al domicilio o al espacio previamente determinado por la autoridad judicial. Por tal razón, es utilizado principalmente como alternativa a la prisión, promoviendo la reintegración social del procesado y consiente su vinculación con el entorno familiar y laboral, mientras asegura la protección de la comunidad.

Como mecanismo de ejecución penal —aunque no constituye el objeto del presente estudio—, la localización permanente requiere una delimitación conceptual precisa y cuenta con una regulación específica en el Código Penal español. Pese a ser objeto de diversas reformas, su esencia no ha cambiado, se trata de una opción menos gravosa que la prisión. Conforme al artículo 35, la medida puede ser impuesta en diversas circunstancias:

Pena principal: Se aplica en delitos como amenazas (artículo 171.1), coacciones (artículo 172.3) e injurias (artículo 173.4). En estos casos, el arresto domiciliario se convierte en una medida preventiva para evitar nuevos delitos.

En delitos leves: Puede ser utilizada para aquellos acusados de delitos menores, incluyendo violencia de género, donde se requiere mantener una distancia del afectado²⁴.

En términos generales, aunque procesalmente se establecen como figuras

²² Artículo 224, Ley de Enjuiciamiento Criminal [LEC], G. J. Suplemento 356 del 21 de noviembre de 1882.

²³ Artículo 231, LEC.

²⁴ Artículo 35, Código Penal [CP], J. E. Boletín Oficial del Estado del 1 de mayo de 1995.

distintas, las condiciones materiales de ejecución del arresto domiciliario son las mismas. En efecto, la persona sujeta a esta medida o sanción debe permanecer en su domicilio de forma continua, salvo autorización judicial expresa para salir, pudiendo estar sometida a control electrónico o supervisión institucional. La duración de la medida depende de la naturaleza y gravedad del delito imputado o sancionado. En “delitos leves dura hasta tres meses y en delitos menos graves hasta seis meses”²⁵. El incumplimiento de estas condiciones lleva a sanciones severas, incluyendo penas adicionales de prisión. Esto plantea desafíos relevantes para la implementación efectiva del control legal. Aunque el juez puede disponer el uso de dispositivos electrónicos para supervisar a los procesados o condenados, su aplicación es limitada en la práctica por restricciones de recursos y personal. En consecuencia, el monitoreo suele realizarse mediante llamadas telefónicas y visitas presenciales.

En la doctrina y la jurisprudencia española ha existido un debate sobre si el arresto domiciliario es una medida alternativa o sustitutiva a la prisión preventiva. En suma, concluyen que sigue “un modelo restringido porque el juez solo puede otorgarlas si cumple con los presupuestos establecidos en la ley, esto es aplicar a un determinado grupo”²⁶. Empero, el Tribunal Constitucional de España considera irrelevante la denominación del tipo de modelo porque la medida siempre implicará una forma de privación de libertad. Además de ser una herramienta legal con alternativa de ofrecimiento de una opción distinta a la prisión tradicional, con enfoque en rehabilitación y reintegración social, enfrenta desafíos significativos en términos de control y supervisión efectiva, y a la par menoscaba la libertad de cada individuo.

En síntesis, se considera una medida cautelar y una pena restrictiva de libertad de movimiento de un individuo, permitiéndole cumplir la disposición o condena en su hogar o en un lugar designado por el juez. Esta figura, regulada en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aplica solo en situaciones específicas determinadas expresamente en la ley cuando la prisión tradicional no resulta adecuada.

2.2.2. ARRESTO DOMICILIARIO EN COLOMBIA

En Colombia, estudiar la institución del arresto domiciliario implica seguir un modelo amplio que se conoce como *detención* o *prisión domiciliaria*. Permite a los procesados cumplir la medida en su lugar de residencia bajo ciertas condiciones reguladas por el Código Penal colombiano y la Ley de Ejecución Penal. Está sujeto a criterios específicos para equilibrar la justicia penal con la reintegración social. El artículo 38 del Código Penal lo define como “la privación

²⁵ Artículo 33, CP.

²⁶ Elder Miranda, *Prisión preventiva, comparecencia restringida y arresto domiciliario: En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema* (Lima: Gaceta Jurídica, 2014): 292.

de libertad en el domicilio del procesado o en un lugar determinado por el juez²⁷, medida que puede ser solicitada durante el proceso penal, dependiendo de las circunstancias del caso.

Para acceder a la prisión domiciliaria, hay que cumplir ciertos requisitos establecidos por el artículo 38, que incluyen: (a) pena mínima, cuando la conducta delictiva tiene una pena de máximo ocho años; (b) exclusiones, en la medida que debe tratarse de delitos excluidos por el artículo 68.a, incluye delitos graves como homicidio, violencia intrafamiliar o delitos sexuales; (c) arraigo familiar y social, por cuanto el condenado debe demostrar vínculos familiares y sociales que justifiquen esta medida; y (d) reparación a la víctima, garantizando la indemnización de los daños causados en delitos patrimoniales²⁸. Una vez verificados los requisitos, la solicitud de prisión domiciliaria es presentada ante un juez, quien evalúa la procedencia de estos. Si es concedida, el procesado permanece en su domicilio y puede estar sujeto a vigilancia electrónica o control por parte de las autoridades. La duración varía según el caso, pero generalmente concurre un marco temporal claro. Durante el cumplimiento de la medida, existe un control judicial fundamental para asegurar todas las condiciones de la prisión domiciliaria. Incluye visitas regulares por parte de las autoridades y mecanismos de verificación del cumplimiento de las situaciones impuestas.

Esta institución está regulada procesalmente en los artículos 307 y 314 del Código de Procedimiento Penal. Sus características principales son:

- a. Naturaleza cautelar: Se utiliza para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y evitar la obstrucción de la justicia.
- b. Imposición previa a la sentencia: Aplica antes de que se haya dictado una condena, lo que significa que el individuo aún no ha sido declarado culpable.
- c. Flexibilidad en su aplicación: Puede ser impuesta por un juez de control de garantías y no requiere un mínimo de pena para su aplicación²⁹.

De este modo, “busca asegurar el proceso penal sin recurrir a la privación total de libertad en un establecimiento carcelario, consintiendo al imputado permanecer en su hogar bajo vigilancia”³⁰.

El contexto analizado faculta concluir que el arresto domiciliario, en este país, constituye una alternativa a la prisión tradicional que busca conciliar la sanción penal con la reintegración social. Sin embargo, desde el punto de vista legal, quienes se acogen a esta medida continúan privados de libertad. Así lo

27 Artículo 38, Código Penal de Colombia [CPC], R. N. Gestor Normativo del 13 de agosto de 2000.

28 Artículo 38.b, CPC.

29 Artículo 307, Código de Procedimiento Penal [CPP], D. A. F. P. Gestor Normativo del 15 de noviembre de 2004.

30 Eduardo Herrera, “La Detención domiciliaria”, *Derecho & Sociedad*, n.º 21 (2021): 123.

ha establecido la CCC, al señalar que el cambio de lugar de detención —del centro penitenciario al domicilio o lugar de trabajo— no implica la pérdida de dicha condición³¹.

2.2.3. ARRESTO DOMICILIARIO EN PERÚ

En Perú, el arresto domiciliario es conocido como *detención domiciliaria* y está regulado por el Código Procesal Penal (en adelante CPP) y el Código Penal peruano. El artículo 522 del CPP describe que es “considerada una forma de coerción personal menos gravosa que la detención preventiva”³², pero sigue siendo una restricción significativa de la libertad del individuo. Implica que el acusado debe permanecer en su hogar o en un lugar determinado por el juez y el cumplimiento puede ser verificado por agentes policiales.

Al ser un modelo mixto —restringido-amplio —, tiene las siguientes características:

- a. Naturaleza cautelar: Asegurar la presencia del imputado durante el proceso judicial.
- b. Condiciones de aplicación: Exige el cumplimiento de ciertos requisitos:
- c. El imputado no debe haber sido condenado por delitos graves.
- d. Poseer arraigo familiar y social.
- e. Evaluación sobre la existencia de riesgos procesales como la posibilidad de fuga o de obstrucción a la justicia.
- f. Duración: Es variada, pero generalmente se establece por un período específico según las circunstancias del caso, revisada y modificada por el juez a lo largo del proceso.
- g. Control y vigilancia: Las autoridades deben garantizar el cumplimiento mediante vigilancia policial constante o dispositivos electrónicos de monitoreo. Esto asegura que el imputado no abandone su domicilio sin autorización judicial.

En este país, el arresto domiciliario tiene sus presupuestos de aplicación en el artículo 290 del CPP y es una herramienta legal de equilibrio entre la necesidad de restricción de libertad con el respeto a los derechos humanos, permitiendo a los condenados mantener conexión con su entorno familiar mientras cumplen con obligaciones legales. Con todo lo esbozado, en el siguiente acápite existe una comparación del arresto domiciliario en España, Colombia y Perú, analizando características, requisitos y condiciones de aplicación.

COMPARACIÓN DEL ARRESTO DOMICILIARIO EN ESPAÑA, COLOMBIA

31 Sentencia n.º C-1510/00, párr. 35

32 Artículo 522, Código Procesal Penal, C. R. C. Decreto Legislativo n.º 957 del 1 de diciembre de 2006.

Y PERÚ

Aspecto	España	Colombia	Perú
Marco legal	Código Penal Ley de Enjuiciamiento Criminal	Código Penal y Código Procesal Penal	Código Procesal Penal y Código Penal
Naturaleza	Medida cautelar y ejecución de cumplimiento de pena	Medida cau- telar para procesados y condenados	Medida cau- telar para procesados
Requisitos	Delitos me- nos graves o circunstancias atenuantes	Pena mínima de 8 años o menos; arraigo familiar	No haber sido condenado por delitos graves; arraigo familiar
Control y supervisión	Supervisión judicial y po- sible vigilancia electrónica	Supervisión por la Policía Nacional	Supervisión por la Policía Nacional
Duración	Determinada por el juez, variable	Establecida por el juez, revisable	Variable y revisable según circunstancias
Implicaciones sociales	Facilita la rein- tegración social, pero puede ha- ber desafíos de control efectivo	Busca reinte- gración social, pero enfrenta críticas sobre desigualdad en el acceso	Permite man- tener vínculos familiares du- rante el proceso judicial
Desafíos comunes	Control in- adecuado, desigualdad en aplicación	Desigualdad en requisitos, estigmatización social	Falta de recur- sos para super- visión efectiva

Tabla 1. Elaboración propia.

Finalmente, España, Perú y Colombia utilizan el arresto domiciliario como una medida cautelar para garantizar el cumplimiento de la ley y la comparencia ante la justicia, pero cada país adapta esta figura a su contexto legal y social. Los modelos mixtos implementados permiten cierto grado de flexibilidad y adaptación a las circunstancias individuales, aunque siempre bajo un marco de control judicial para proteger tanto los derechos del procesado como

los intereses de la sociedad.

2.3. EL ARRESTO DOMICILIARIO A LA LUZ DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DE LA REGIÓN

Las medidas cautelares en el proceso penal deben respetar los criterios que han emitido los instrumentos internacionales de derechos humanos (en adelante IIDH). En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), el artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) reza que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personal —la privación de libertad solo puede ocurrir bajo causas y condiciones establecidas por las Constituciones o leyes de los Estados³³— y también prohíbe el arresto o detención arbitrario. A su vez, el citado artículo tiene fundamento en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), ergo, los criterios fundamentales a cumplirse para que cualquier privación de libertad sea considerada legal se originan en el artículo 7.1 de la CADH y la interpretación jurisprudencial desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), definiéndola de la siguiente manera:

Según la primera de estas disposiciones, nadie puede privarse de su libertad personal excepto por razones, casos o circunstancias definidas explícitamente en la legislación (aspecto material) y, además, sujeto al estricto cumplimiento de los procedimientos establecidos en dicha legislación (aspecto formal). La segunda disposición aborda el tema de que nadie puede ser detenido o encarcelado por motivos y métodos que, aun calificados como legales, pueden ser incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad³⁴.

No obstante, el artículo 7.2 de la CADH está más detallado en cuanto a las razones de justificación de privación de libertad física. Por estas razones, en el caso de *Yvon Neptune c. Haití*, la Corte IDH aprovechó la ocasión para establecer una serie de medidas no arbitrarias, basándose en su propia jurisprudencia. En particular, consideró que una medida no será considerada arbitraria si cumple con ciertos criterios específicos:

1. Cuando el propósito de las medidas que privan o restringen la libertad es legítimo³⁵.
2. Cuando las medidas adoptadas son las indicadas para lograr el objetivo propuesto.

33 Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 11 de febrero de 1978.

34 Caso *Gangaram Panday c. Surinam*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de enero de 1994, párr. 47.

35 Caso *Servellón García y otros c. Honduras*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de septiembre de 2006, párr. 90.

3. Cuando las medidas son necesarias en el sentido de ser absolutamente imprescindibles para alcanzar el objetivo señalado y no haya otra alternativa que implique menos carga sobre el derecho afectado; entre todas las opciones que son igualmente adecuadas para lograr el objetivo planteado³⁶.
4. Cuando las medidas son estrictamente proporcionales, de modo que el sacrificio asociado a la limitación del derecho a la libertad no sea excesivo o desmedido en relación con los beneficios obtenidos a través de dicha restricción y el logro del objetivo establecido³⁷.

Simultáneamente, la Corte IDH concluyó que “cualquier restricción a la libertad que no incluya suficientes causales para evaluar si se adapta a estas condiciones será arbitraria. En consecuencia, violará el artículo 7.3 de la CADH”³⁸. En general, respecto a las medidas cautelares, ha establecido que:

Las que afectan, entre otras, las libertades personales del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática³⁹.

Una de las aristas del respeto a la presunción de inocencia consiste en imponer medidas restrictivas de libertad, pero el Estado está obligado a justificar y demostrar la existencia de requisitos establecidos por la CADH, que debieran estar incluidos en las Constituciones y leyes internas de cada país. En el caso particular del arresto domiciliario, la Corte IDH ha señalado que “constituye una modalidad y alternativa excepcional de cumplimiento de pena privativa de libertad o del encarcelamiento preventivo”⁴⁰. El uso de esta herramienta normativa permite a una persona cumplir la pena o medida cautelar en un entorno diferente, evitando así las repercusiones del encarcelamiento. En este aspecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en el año 2008 expidió la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, en la que abordó las medidas alternativas o sustitutivas, instaurando que:

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán incorporar, por disposición de la ley, medidas alternativas o sustitutivas a la privación de libertad, para aplicar los estándares internacionales sobre derechos humanos en esta materia⁴¹.

36 Caso Palamara Iribarne c. Chile, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 2005, párr. 106.

37 Caso Yvon Neptune c. Haití, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 6 de mayo de 2008, párr. 98.

38 Id.

39 Caso Palamara Iribarne c. Chile, párr. 197.

40 Caso Ximenes Lopes c. Brasil, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de julio de 2006, párr. 89.

41 Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas 2008, Informe, Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008, OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26, 3 de marzo de 2008.

La aplicación requiere de la participación de la sociedad y la familia para perfeccionar la intervención del Estado, que deberá proveer de recursos adecuados para garantizar su eficacia. Por lo indicado, según lo demostrado por los IIDH, los Estados tienen la obligación de implementar medidas alternativas a la prisión en cada territorio, indicando los motivos o condiciones de diligencia. Por su parte, el SIDH garantiza que toda persona privada de libertad sea tratada con respeto a su dignidad y derechos fundamentales, incluyendo la obligación estatal de garantizar condiciones mínimas compatibles con la dignidad humana, así como la protección contra tratos crueles, inhumanos o degradantes.

2.4. EL ARRESTO DOMICILIARIO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

El sistema constitucional ecuatoriano está compuesto por normas de mayor jerarquía —Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) y los tratados internacionales—, así como por normas de menor jerarquía, que abarcan todas las leyes del ordenamiento jurídico en coherencia con las anteriores. En el siguiente acápite se realiza un estudio de la institución del arresto domiciliario con base en la jerarquía normativa.

2.4.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

La CRE, al ser suprema, obliga a las demás leyes a guardar armonía con su contenido formal y material. Con relación a las medidas cautelares —arresto domiciliario—, parte de la protección que el Estado dota a las personas mediante creación de políticas públicas. Surge con visión garantista de derechos. El artículo 11 determina que, para garantizar una verdadera materialidad en la práctica, las personas pueden ejercer, promover y exigir de manera individual o colectiva su cumplimiento, observando que “el contenido se desarrolle de manera progresiva a través de las normas, jurisprudencia y políticas públicas”⁴². En otras palabras, el Estado tiene la responsabilidad de crear y asegurar las condiciones necesarias para el reconocimiento y ejercicio pleno de los derechos.

Mientras que el artículo 66 perfeccionó el derecho a la libertad a la luz del contenido desarrollado por los IIDH. Es el derecho de toda persona para gozar de tal condición y excepcionalmente puede ser privado o restringido parcialmente bajo estándares estrictos, establecidos en las leyes del ordenamiento jurídico vigente. Por lo mismo, en función de la naturaleza garantista, el artículo 77 ratifica las garantías básicas del proceso penal cuando se prive de la libertad a una persona. De hecho, considera que cualquier escenario de

⁴² Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R. O. Tercer Suplemento 568 del 30 de mayo de 2018.

restricción de libertad opera en función de las garantías fijadas en los numerales del artículo antedicho:

- a. La privación de libertad se aplica de manera excepcional a la norma general y se utiliza para (i) asegurar la presencia del acusado en el proceso, (ii) garantizar el derecho de la víctima a una justicia rápida y efectiva, y (iii) asegurar el cumplimiento de la pena.
- b. Siendo excepcional, la privación de libertad es total cuando aplica la figura de la prisión preventiva que no podrá superar los seis meses en los casos de delitos penados con prisión, ni el año en aquellos sancionados con reclusión.
- c. Siendo excepcional, la privación de libertad es parcialmente cuando se aplica una de las medidas alternativas a la prisión, pero en estricta observancia a los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos por la ley⁴³.

Desde luego, la CRE no regula de manera expresa la institución del arresto domiciliario. No obstante, contempla una excepción vinculada al principio de trato diferenciado, al establecer una garantía específica para las personas adultas mayores, quienes, en caso de prisión preventiva, deben ser sometidas obligatoriamente al régimen de arresto domiciliario⁴⁴. En virtud de ello, dicha disposición debe ser interpretada desde una perspectiva integradora de las medidas cautelares alternativas, toda vez que ofrece un bosquejo normativo sobre la prisión preventiva en el marco del proceso penal. Por ende, conlleva una eventual privación de la libertad y la ley definirá taxativamente los casos, plazos, condiciones y requisitos para su procedencia con el objetivo de prevenir vulneraciones a derechos constitucionales. En tal sentido, resulta lógico verificar la regulación del arresto domiciliario en el COIP.

2.4.2. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

El COIP es la norma encargada de regular los tipos penales y establecer las reglas de juego del proceso penal (segundo libro). El título V describe las medidas cautelares y de protección, diseñadas para garantizar la presencia del procesado en el proceso penal, proteger los derechos de las víctimas y asegurar la efectividad de la justicia, aunque el juez puede elegir una o varias medidas. Ahora bien, el artículo 520 del COIP plantea las reglas generales para el tratamiento de las medidas, en donde el juzgador podrá asignar tanto las cautelares como las de protección conforme a las siguientes disposiciones:

1. Se pueden ordenar medidas cautelares y de protección en delitos, pero en contravenciones solo medidas de protección. Además, hay

⁴³ Artículo 77, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁴⁴ Artículo 38.7, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

- que considerar la obligatoriedad de dictar medidas en los casos de los numerales 9 y 10.
2. En delitos, el juez puede dictarlas únicamente a petición fundada del fiscal, pero en contravenciones puede hacerlo a solicitud de parte o de oficio.
 3. El juzgador debe resolver de manera motivada en una audiencia pública y contradictoria sobre la concesión o no de las medidas con las excepciones que establece la ley.
 4. El juzgador debe observar los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida.
 5. Se cumplen de manera inmediata después de haber sido ordenadas y notificadas a los sujetos procesales, no obstante, en caso de incumplimiento se puede pedir la sustitución por otra medida más eficaz.
 6. Son de efecto no suspensivo, por lo tanto, la interposición de los recursos no suspende su ejecución.
 7. El juzgador con apoyo de la policía nacional debe vigilar el cumplimiento de las medidas cautelares de manera permanente.
 8. Si concurren nuevos hechos, uno de los sujetos procesales podrá solicitar audiencia de sustitución, revisión, revocatoria o suspensión de medida cautelar y protección conforme a lo señalado por el artículo 521⁴⁵.

Por su parte, el artículo 522 del COIP pone en contexto los tipos de medidas cautelares para asegurar la certeza del proceso penal y plantea el sistema mixto, amplio y restringido de la institución del arresto domiciliario, como lo abordado en los ordenamientos jurídicos de otros países.

2.4.2.1. DEL MODELO AMPLIO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

El artículo 522 del COIP señala que “el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad”. Entre ellas:

1. Prohibición de ausentarse del país.
2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe.
3. Arresto domiciliario.
4. Dispositivo de vigilancia electrónica.
5. Detención.
6. Prisión preventiva⁴⁶.

45 Artículo 520, COIP.

46 Artículo 522, COIP.

Para esta disposición normativa, la prisión preventiva conlleva restricción de libertad en conjunto con la detención. Mientras que las tres primeras son alternativas y el juez está obligado a priorizarlas. Además de ordenar el uso del dispositivo electrónico como mecanismo complementario para supervisar el cumplimiento.

Dentro de este orden de ideas, sobre el arresto domiciliario, el artículo 525 indica:

El control del arresto domiciliario estará a cargo de la o del juzgador, quien puede verificar su cumplimiento a través de la Policía Nacional o por cualquier otro medio que establezca. La persona procesada no estará necesariamente sometida a vigilancia policial permanente; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica y obligatoriamente deberá disponer el uso del dispositivo de vigilancia electrónica⁴⁷.

Los artículos citados son los únicos desarrollados por el COIP con relación al arresto domiciliario. Se plantea entonces el primer problema sobre la figura de un modelo amplio de esta institución en la legislación ecuatoriana, reuniendo características como: "(i) naturaleza alternativa a la prisión preventiva; (ii) facultativa para el juzgador; (iii) beneficia a cualquier persona; y (iv) puede flexibilizarse a las necesidades de la persona procesada"⁴⁸. Con relación a la naturaleza alternativa cabe hacer una precisión. El artículo 522 del COIP fue diseñado por el constituyente para dar la calidad alternativa a la prisión preventiva porque, al instaurar la palabra *podrá*, deja en facultad del juez la concesión. Desde este punto de vista, en legislaciones comparadas como la peruana, probablemente existe mayor rigor terminológico al hablar de una medida alternativa, ya que se considera también discrecional, libre o sistemática, usada para contrarrestar el riesgo procesal.

Sin embargo, no existe fundamento válido para clasificar el arresto domiciliario dentro de los numerales que contemplan medidas alternativas a la prisión, dado que toda forma de restricción de la libertad, por su naturaleza, no puede ser considerada como una alternativa a la privación de libertad. Por el contrario, el legislador debería configurarlo como una medida cautelar similar a la más gravosa, pero en modalidad atenuada. Afirmación que ha sido rescatada por la CCE, al reconocer implícitamente que:

antes de preferir la medida de arresto domiciliario, las o los juzgadores agotarán el análisis de otras medidas cautelares no privativas de la libertad, distintas al arresto domiciliario, evaluando los principios de necesidad, gradualidad, razonabilidad y proporcionalidad. Así, dictarán la medida correspondiente tras agotar el respectivo análisis, que

47 Artículo 525, COIP

48 Del Río Labarthe, "Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano", 337.

se realizará caso por caso, considerando las circunstancias particulares de la o el procesado y no de manera generalizada⁴⁹.

La CCE, de forma categórica, integra el arresto domiciliario al catálogo de medidas restrictivas de la libertad, imponiendo a los jueces el deber de efectuar un análisis previo a su imposición, conforme al marco constitucional vigente. Por otro lado, lo analizado tiene relación con la segunda característica, es decir, es facultativa para el juez, por cuanto de la revisión de la norma no existen requisitos o presupuestos claros para entender su procedencia⁵⁰. Por ejemplo, la prisión preventiva tiene un espectro amplio de tratamiento en el COIP. El artículo 534 reúne un conjunto de requisitos para saber cuándo dictar esta medida y cómo el juez motiva la providencia (explicando las razones de insuficiencia de las otras medidas cautelares), por otra parte, los artículos 535 a 542 describen la revocatoria, sustitución (casos especiales que se analizará más adelante), suspensión, improcedencia, caducidad e incumplimiento. Adicionalmente está la Resolución 14-2021, expedida por la Corte Nacional de Justicia (en adelante CNJ) en 2021, y la jurisprudencia de la CCE. En conjunto hacen un estudio a profundidad de la prisión preventiva y logran mejorar su aplicación.

Como se puede dilucidar en el párrafo anterior, el marco legal de la prisión preventiva es completo, cosa que no sucede con el arresto domiciliario. A pesar de su denominación en el COIP como “medida cautelar alternativa, sus efectos, configuran una privación cautelar de libertad (en el domicilio)”⁵¹. Por lo tanto, son necesarios requisitos y presupuestos para determinar la procedencia, motivación de la resolución, sustitución, caducidad y la implementación de los recursos; olvidados por el legislador y las demás entidades con potestad normativa. Si se apela a un símil, los únicos presupuestos existentes son los que están en las reglas generales de las medidas cautelares y de protección; el artículo 519.4 del COIP menciona que el juzgador está obligado a motivar su decisión bajo los “criterios de necesidad y proporcionalidad”⁵², sumando los de gradualidad y razonabilidad emitidos por la CCE⁵³. Sin embargo, en la práctica no existe tal motivación porque el juzgador solo cumple con este criterio cuando se trata de dictar una medida cautelar de prisión preventiva.

A la vez, yace la tercera característica, lo que significa que puede aplicarse en beneficio de cualquier persona investigada en un proceso penal. El COIP contempla esta posibilidad cuando resulte viable prevenir el riesgo procesal con igual eficacia que la prisión preventiva, y cuando las medidas menos

49 Sentencia n.º 116-12-JH/21, párr. 101.

50 En el COIP solo existen dos artículos relacionados de manera escueta sobre el arresto domiciliario. Empero, otras legislaciones comparadas tienen un abordaje y alcance mucho más amplio.

51 Del Río Labarthe, “Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano”, 345.

52 Artículo 519.4, COIP.

53 Sentencia n.º 116-12-JH/21, párr. 101.

restrictivas que ambas no sean suficientes para alcanzar dicho objetivo. En palabras de Del Río Labarthe, al ser “una medida facultativa que no está sometida a presupuestos humanitarios específicos puede ser aplicable a cualquier persona. Lo relevante es que, en el caso concreto, sea la medida idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto”⁵⁴. No obstante, en la práctica esto no ocurre por la falta (i) de requisitos de procedencia, (ii) de personal policial para la vigilancia, (iii) de grilletes electrónicos que, en suma, constituyen un vacío normativo por la deficiencia de recursos en el país.

Por último, la cuarta característica abre la posibilidad para que la medida del arresto domiciliario sea flexibilizada, como alude la doctrina, por circunstancias de salud, laborales, educativas, etc. Exprofeso, el COIP no regula estas situaciones, por cuanto la deficiencia normativa opera en toda la institución jurídica abordada. Por todo lo dicho, la figura de un modelo abierto en Ecuador podría aplicarse en la práctica, pero con una posible reforma, estableciendo criterios como el sistema cautelar de Colombia. Así, los jueces de las unidades de garantías penales podrían optar por el arresto domiciliario cuando se pueda prevenir el riesgo procesal con la misma efectividad que la prisión preventiva en todos los casos, sin restricciones. Lo importante es que, en cada situación particular, la medida sea adecuada, necesaria y proporcional, formalizando con los requisitos de procedencia y motivación para evitar vulnerar el derecho a la seguridad jurídica y debido proceso de las personas procesadas.

2.4.2.2. DEL MODELO RESTRINGIDO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

El primer párrafo del artículo 537 del COIP regula los casos especiales de prisión preventiva para sustituirla por arresto domiciliario y uso del dispositivo de vigilancia electrónica. De este modo recoge la distinción de un modelo restringido, caracterizado por ser:

- (a) una medida sustitutiva de la prisión preventiva; (b) se impone de manera obligatoria en defecto de la aplicación de la prisión preventiva, esto es, cuando no puede ejecutarse la prisión carcelaria; (c) se regula de manera tasada para personas valetudinarias (madres gestantes, mayores de 65 años, enfermos graves, entre otros); (d) excepcionalmente, admite su flexibilización mediante permisos en casos de urgencia...⁵⁵.

En relación con estas características, la doctrina ha sido enfática al señalar que, cuando el arresto domiciliario no es regulado como medida alternativa a la prisión, sino como sustitutiva, se configura una forma de cumplir la prisión.

⁵⁴ Del Río Labarthe, “Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano”, 345.

⁵⁵ Mortera et al., “Prisión preventiva y arresto domiciliario: Observaciones al Boletín n.º 17.182-07 y legislación extranjera”, 16.

Por ello, en la legislación de España se habla más bien de una prisión atenuada⁵⁶. En esta misma línea, el COIP describe los casos especiales, en los que “[...]”⁵⁷ la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario y el uso del dispositivo de vigilancia electrónica, en los siguientes casos”⁵⁸:

1. Ser una mujer embarazada y puede beneficiarse hasta 90 días posteriores al parto con una prórroga de 90 días adicionales, si el hijo nace con enfermedades de cuidados especiales de la madre.
2. Ser una persona mayor a 65 años.
3. Ser una persona con una enfermedad incurable en etapa terminal, una discapacidad severa o una enfermedad catastrófica, de alta complejidad, rara o huérfana que no le permita valerse por sí misma, acción justificada con certificado médico.
4. Ser miembro activo de la Policía Nacional, Fuerzas Armadas, del Cuerpo de Seguridad y Vigilancia Penitenciaria o personal de otras entidades de seguridad ciudadana y el hecho investigado se relaciona exclusivamente con su deber legal.

En Ecuador, al verificar el cumplimiento de los requisitos para la prisión preventiva, el juzgador debe remitirse al artículo 537 del COIP y constatar si el procesado se encuentra en alguno de los supuestos allí establecidos. Esta disposición permite atenuar la prisión preventiva mediante su ejecución excepcional en el domicilio, configurando una medida menos gravosa que la privación ordinaria e incomunicada. En este marco, el juez evalúa factores subjetivos y las condiciones personales del imputado para determinar la pertinencia de la sustitución. Dado que el arresto domiciliario opera únicamente como medida sustitutiva en los casos expresamente previstos, su aplicación responde a un modelo restringido. Por tanto, el artículo 534 del COIP constituye un requisito *sine qua non* previo a dicha sustitución. La implementación del artículo 537 exige una motivación judicial que contemple tanto los elementos habilitantes como los excluyentes de la medida, bajo un enfoque positivo y negativo de aplicación.

Desde un enfoque positivo, el juzgador acepta la petición de sustitución, pero solo cuando ha calificado la procedencia de la prisión preventiva. En segundo orden, requiere de parámetros claros para tener su pleno convencimiento de que, al dictar la medida del arresto, no exista un peligro procesal. Supone entonces “establecer las medidas (obligaciones), que controlen el riesgo procesal”⁵⁹, de modo que responde a criterios adicionales. En oposición a esta idea, el legislador omitió regular en el COIP requisitos para establecer condiciones

56 Asencio, “Reforma de la prisión provisional”

57 Se omite el párrafo “sin perjuicio de la pena con la que se sancione la infracción” ya que el artículo 536 prohibía la sustitución en penas superiores a cinco años. Sin embargo, la CCE, mediante sentencia n.o -20-CN/21, declaró dicha restricción inconstitucional, eliminando el límite temporal para la sustitución.

58 Artículo 537, COIP.

59 Luis Rodríguez, “La prisión preventiva y los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2 (1983): 67.

cuando la sustitución del arresto domiciliario evitará el riesgo procesal. Pero como el artículo 537 sistematiza que en la sustitución no importa la pena sancionada, sino, más bien, el juzgador es quien “podrá” a su libre discreción elegir o no la solicitud de los sujetos procesales, entonces no existe valoración de suficiencia en torno a esta medida.

Desde un enfoque negativo, el juez puede negar la solicitud de sustitución. Esto sucede cuando aprueba la prisión preventiva, pero explica las razones por las que considera que la persona procesada en casos especiales no puede acogerse al arresto domiciliario, señalando que la medida es insuficiente. Por lo tanto, Del Río Labarthe, expresa:

Si esta decisión no se fundamenta en una justificación razonable, se infringe el propósito por el cual se incorpora la detención domiciliaria al sistema procesal peruano. Este propósito es proporcionar a la autoridad judicial una herramienta que permita reducir los efectos de la prisión preventiva, cuando existan razones que demuestren, desde un análisis estricto de proporcionalidad, que, aunque el proceso penal requiere una privación cautelar de libertad para garantizar su desarrollo y resultado, también es evidente que el internamiento en un centro penitenciario no siempre es el entorno más adecuado para lograr ese objetivo en el caso de ciertos individuos⁶⁰.

Sin duda alguna, en este enfoque el juez buscará dar una motivación suficiente con base en los parámetros fijados por la CCE en la sentencia 1158-17-EP/21, pero no va a encontrar la fundamentación normativa en el COIP que le permita justificar la relación con los otros criterios rectores de la motivación por el vacío normativo, como lo comentado en el enfoque positivo. Por ello, la jurista Gallegos señala que “el arresto domiciliario es una medida aplicable a mujeres embarazadas, personas con enfermedades graves, discapacidades severas, así como a militares y policías, sin embargo, en Ecuador no se aplica un criterio uniforme para juzgar a todos con la misma vara”⁶¹. Verosímilmente, resulta más ilustrativo entender los dos enfoques planteados con una explicación mediante un ejemplo tomado de los casos resueltos por el grupo de la población de esta investigación:

ENFOQUE POSITIVO

En el proceso penal 15123-2023-00726, el 08/12/2023, en contra del señor Daniel García Escobar, la Fiscalía General del Estado formuló cargos en audiencia de flagrancia por el delito establecido en el artículo 362, inciso

⁶⁰ Del Río Labarthe, “Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano”, 353.

⁶¹ María del Mar Gallegos, “Arresto domiciliario en Ecuador es cuestionado por el Ejecutivo: ¿Se usa adecuadamente?”, *El Comercio* (junio de 2024).

primero del COIP (tráfico ilícito de armas de fuego). Consideró que se han reunido los presupuestos del artículo 534 y pidió prisión preventiva en contra de dicho ciudadano y otro procesado, conforme consta en el expediente electrónico del SATJE⁶². No obstante, el procesado García Escobar solicitó medida sustitutiva de arresto domiciliario por ser una persona de 69 años, lo cual implica cumplir con el segundo presupuesto de los casos especiales del artículo 537. Pedido que fue aceptado por la Unidad Judicial de Garantías Penales con sede en el cantón Tena a cargo del Dr. Marcos Vinico Guerrero Fuentes.

Por ende, en la providencia emitida por escrito con fecha 20/12/2024, el juez realiza una motivación profunda acerca de la procedencia de la prisión preventiva, indicando los IIDH, la CRE, el COIP y la resolución 14-2021 de la CNJ, pero cuando otorga la medida cautelar solicitada por García señala que: “en mérito de lo expuesto y habiéndose cumplido con todos los presupuestos de la prisión preventiva, se concede la medida cautelar de arresto domiciliario a su favor”⁶³, olvidando realizar un análisis de necesidad y proporcionalidad. Este es un ejemplo práctico en donde el juez no está obligado o no cuenta con requisitos para considerar la procedencia o no de la medida cautelar tratada.

ENFOQUE NEGATIVO

El proceso penal de ejemplificación es el 22303-2020-00301, al cual se accedió por motivos académicos y se hará uso de datos ficticios por la confidencialidad del caso. Así, el día 04/02/2024, José María Apolo Romero es detenido por la Policía Nacional por orden del Dr. Guillermo Cela Sarmiento, juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales con sede en el cantón Tena, por presunto delito de abuso sexual. Previo a la detención, de los recaudos procesales se tiene que, en un primer momento, se ordenó la medida cautelar de presentaciones periódicas, incumplida por el procesado dada la rusticidad y baja comprensión de la situación jurídica, ya que no entendió las razones del proceso ni la razón de presentarse ante un juez. Por lo que la Fiscalía, en la audiencia preparatoria de juicio, solicitó sustitución de medidas por prisión preventiva. No obstante, el juzgador, al considerar la situación del adulto mayor, ordenó señalar una vivienda en la que cumpliría el arresto domiciliario, previniéndole que, de no hacerlo, correspondería la medida cautelar de prisión preventiva⁶⁴.

Seguidamente, el procesado señaló un domicilio, pero un informe técnico policial determinó que dicho inmueble carecía de condiciones mínimas de seguridad: no contaba con protección adecuada, presentaba vulnerabilidades

62 Juicio n.º 15123-2023-00726 2023, Unidad Judicial de Garantías Penales con sede en el cantón Tena, 15 de marzo de 2024, párr. 01.

63 Id.

64 Juicio n.º 22303-2020-00301, Unidad Judicial de Garantías Penales con sede en el cantón Tena, 5 de febrero de 2024, párr. 12.

para ejecutar un arresto domiciliario, no disponía de protocolos de control para el ingreso y salida de visitantes, ni de depósitos de seguridad física que mitigar riesgos. Ante esta situación, el juez pidió fijar un nuevo domicilio. Sin embargo, el procesado no cumplió con esta disposición, alagando que se trataba de su única vivienda. Ante el incumplimiento, el juez dictó orden de prisión preventiva y fue trasladado al centro de rehabilitación social de varones de Archidona, aun cuando la persona procesada se encontraba dentro de los casos especiales del artículo 537 del COIP⁶⁵.

En este ejemplo, la ley deja en discrecionalidad del juez la sustitución de la prisión preventiva por el arresto domiciliario, convirtiéndole en ineficaz porque, a pesar de estar inmersos como casos especiales, el juzgador está facultado a dar un enfoque negativo a la solicitud. En el mismo caso se revirtió la decisión mediante una acción constitucional de *habeas corpus* signado con proceso 15111-2024-00002, ordenando sustituir el arresto domiciliario según las potestades del Estado para dotar de un domicilio adecuado a este grupo de personas. Antagónicamente, la falta de criterios claros en algunos casos en que el arresto domiciliario sería adecuado no se aplica y en otros se reemplaza la prisión preventiva por esta medida, convirtiéndose en una de las formas de corrupción presentes en el país.

En definitiva, el juzgador debe realizar un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, valorando los beneficios y perjuicios de la medida restrictiva para asegurar un equilibrio razonable. Paralelamente, el legislador, aunque no intervenga en casos concretos, puede fortalecer la institucionalidad mediante normas orientadoras que delimiten su aplicación. Por ello, resulta imperativo reformar el COIP a fin de incorporar presupuestos claros y específicos para la aplicación del arresto domiciliario, tanto en casos especiales como en beneficio de cualquier persona procesada. Esta medida debe ser regulada con criterios objetivos que garanticen su correcta utilización, reservando la prisión preventiva exclusivamente para situaciones verdaderamente excepcionales. Tal reforma contribuiría significativamente a la reducción del hacinamiento carcelario y al fortalecimiento de un sistema penal más proporcional y garantista.

2.4.3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

La CCE es el máximo órgano de interpretación constitucional de Ecuador y tiene la obligación de supervisar que todas las normas que integran el ordenamiento jurídico guarden coherencia formal y material con la norma suprema. Por ende, el artículo 436, numerales 3 y 6, de la CRE señala que tiene capacidad para “declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas

⁶⁵ Id.

y expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones constitucionales⁶⁶. Pese a la vigencia del COIP desde 2014, el organismo no ha abordado la ambigüedad normativa del arresto domiciliario. Las intervenciones realizadas han surgido en el contexto de la facultad de revisión, donde se han abordado dificultades específicas relacionadas con su implementación en casos especiales.

En la sentencia 103-19-JH/21, la CCE analiza un caso especial de una persona adulta mayor con orden de medida cautelar personal, esto es, arresto domiciliario, pero nunca se hizo efectiva ya que permaneció en una unidad de vigilancia comunitaria (en adelante UVC). En resumen, el caso trata lo siguiente:

- El 29 de noviembre de 2018, Úrsulo Guillermo Ortiz Rojas fue detenido por el presunto delito de receptación y se le dictó prisión preventiva.
- Posteriormente, el 21 de diciembre de 2018, se aceptó su culpabilidad en un procedimiento abreviado, imponiéndole pena privativa de libertad de 60 días; cumplió el 29 de enero de 2019.
- A pesar de haber cumplido la pena, Ortiz fue trasladado a una UVC debido a una orden judicial que dictaba arresto domiciliario en un caso separado por robo. Esta orden requería que permaneciera en la UVC hasta justificar su comercio.
- El 1 de febrero de 2019, Ortiz presentó un *habeas corpus* argumentando que era un adulto mayor con discapacidad y que no se había hecho efectiva la orden de arresto domiciliario.
- La Corte Provincial rechazó esta acción el 28 de marzo de 2019, alegando que Ortiz no había justificado su edad ni el domicilio donde debería cumplir la medida⁶⁷.

Con los hechos, la CCE comienza justificando que bajo ningún criterio una UVC califica como domicilio para cumplir la medida cautelar del arresto domiciliario. De tal suerte, se desprende la regla constitucional: “cuando los jueces requieran dictar medidas cautelares en contra de personas procesadas adultas mayores y concluyan que es obligatorio la prisión preventiva para asegurar la comparecencia al proceso, automáticamente estas deben someterse al arresto domiciliario”⁶⁸. Criterio confirmado en la sentencia 360-19-JH/25, al sostener que, “en caso de que el juzgador requiera dictar una medida cautelar privativa de la libertad en contra de adultos mayores, estas se someterán al arresto domiciliario”⁶⁹. En estos casos la CRE garantiza que “el Estado establecerá regímenes especiales para medidas privativas de libertad. Si no se

66 Artículo 436, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

67 Sentencia n.º 103-19-JH/21, Corte Constitucional del Ecuador, 1 de diciembre de 2021, párr. 05.

68 Id., párr. 31.

69 Sentencia n.º 360-19-JH/25, párr. 168.

aplican alternativas, la condena se cumplirá en centros adecuados, y en casos de prisión preventiva se aplicará el arresto domiciliario⁷⁰. Por lo tanto, no es posible imponer prisión preventiva porque el arresto domiciliario representa la medida cautelar personal más severa aplicada a los adultos mayores.

Con relación a este grupo de personas, el arresto domiciliario constituye el marco de régimen especial para la aplicación de medidas cautelares conforme a lo que estipula la CRE. Garantiza un tratamiento diferenciado, considerando dos aspectos clave: primero, asegurar la presencia del procesado para el adecuado desarrollo del proceso y, segundo, salvaguardar los derechos constitucionales de este colectivo.

Pero, una vez ordenada la medida, en la práctica “existe una serie de obstáculos institucionales y estructurales que impiden que el arresto domiciliario se haga efectivo [...] incluso en contravención expresa del artículo 38.7 de la CRE”⁷¹. Por eso, la CCE instauró parámetros mínimos para garantizar el cumplimiento efectivo del arresto domiciliario y proteger los derechos fundamentales relacionados con la libertad. Como esta medida no da derecho a la persona procesada al libre tránsito, entonces:

el domicilio que sirva para cumplir esta medida debe tener condiciones mínimas para asegurar su integridad personal. Además, la persona procesada deberá ser capaz de cubrir sus necesidades básicas. Estas condiciones son evaluadas y constan en un informe técnico que realiza la Policía⁷².

La situación socioeconómica de la persona adulta mayor constituye un factor determinante para el otorgamiento de esta medida. Pues, si el juzgador concluye que no existe peligro de fuga, pero la persona no tiene una vivienda con condiciones mínimas para salvaguardar la integridad y carece de recursos para satisfacer necesidades básicas, la medida se convierte en inejecutable. De ocurrir aquello, los dos escenarios vulneran el derecho a la no discriminación frente a otras personas que sí están en capacidades de acceder a esta medida. Frente al caso planteado, el Estado es el encargado de dotar mecanismos y medidas adecuadas para que este grupo de personas pueda acceder a la medida cautelar de arresto domiciliario en igualdad de condiciones.

Por otro lado, la sentencia 116-12-JH/21 aborda un caso especial de una persona de nacionalidad dominicana con discapacidad y sin domicilio para cumplir la medida sustitutiva del arresto domiciliario. En resumen, el caso trata lo siguiente:

⁷⁰ Artículo 38.7, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

⁷¹ Sentencia n.º 103-19-JH/21, párr. 36.

⁷² Sentencia n.º 103-19-JH/21, párr. 39.

- Pedro Guzmán fue detenido al encontrarse con sustancias prohibidas en su silla de ruedas. La Fiscalía solicitó arresto domiciliario debido a la discapacidad, lo cual fue concedido por el juez.
- Sin embargo, no se estableció un lugar para que cumpliera esta medida, generando complicaciones en su situación. Por lo tanto, el 22 de junio de 2012, Guzmán fue trasladado al Centro de Rehabilitación Social de Varones n.º 04 en Quito sin orden judicial válida, lo que llevó a presentar una acción de *habeas corpus* el 26 de julio.
- Durante la audiencia de *habeas corpus*, argumentó que la privación de libertad en este centro no cumplía con la naturaleza del arresto domiciliario y no era adecuado para su tratamiento.
- A pesar de las irregularidades en su traslado y la falta de lugar definido para el arresto domiciliario, la Corte Provincial desestimó la acción de *habeas corpus*. Posteriormente, se dictó un auto de llamamiento a juicio en agosto de 2012, donde reconocieron las irregularidades en el proceso⁷³.

En el caso se concedió la medida del arresto domiciliario por padecer de discapacidad física, pero, al no contar con domicilio en Ecuador, para los jueces de instancia era inejecutable. Argumentaron la inexistencia de regulación normativa en la ley penal (artículo 537.3 COIP), al no prever “en el supuesto que una persona cumpla con los requisitos para solicitar arresto domiciliario, carezca de un lugar donde cumplir esa medida”⁷⁴. En este contexto, no es pertinente distinguir si la persona con discapacidad sin domicilio para cumplir el arresto domiciliario es extranjera o no. La condición de persona en movilidad humana no es impedimento para registrar un domicilio en Ecuador. Por lo que no hay razón para tratar diferenciadamente a extranjeros y nacionales, dado que la situación que impide el cumplimiento de la medida es precisamente la falta de un domicilio. Como dice la CCE:

en tales casos no resultaría factible en principio el arresto domiciliario, debido a que la persona procesada no tendría un domicilio donde cumplirlo y este último es un presupuesto elemental de la naturaleza de dicha medida cautelar. No obstante, debe considerarse necesariamente el carácter excepcional de la prisión preventiva, esto es, que no constituya la regla general, sino una medida personal de ultima ratio⁷⁵.

Una interpretación favorable a los derechos de las personas en estas condiciones de vulnerabilidad significa que, tanto la prisión preventiva como el arresto domiciliario, no son medidas para asegurar la comparecencia en el proceso

73 Sentencia n.º 116-12-JH/21, párr. 07.

74 Id., párr. 91.

75 Sentencia n.º 116-12-JH/21, párrs., 93-4.

penal. Por el contrario, los jueces deberán optar por medidas alternativas a la privación de libertad. Así, la CCE ha fijado la obligación de “antes de preferir la medida de arresto domiciliario, agotar el análisis de otras medidas cautelares no privativas de la libertad, evaluando los principios de necesidad, gradualidad, razonabilidad y proporcionalidad”⁷⁶. En el caso del grupo especial analizado, si no tienen domicilio, son procedentes otras medidas que aseguren la comparecencia al proceso, considerando todas las circunstancias particulares. En síntesis, la jurisprudencia de la CCE evidencia un compromiso con la protección de los derechos fundamentales de personas en situación de vulnerabilidad, subrayando la necesidad de considerar sus condiciones particulares al aplicar el arresto domiciliario y preservar su dignidad en el proceso judicial. Sin embargo, dicha jurisprudencia omite abordar la posibilidad de extender esta medida a todas las personas procesadas, lo que limita su alcance garantista y su potencial como alternativa real a la prisión preventiva. Como consecuencia de este enfoque, el Consejo de la Judicatura (en adelante CJ) expidió la Resolución 274-2022, destinada a regular la ejecución de dicha medida en casos especiales.

2.4.4. RESOLUCIÓN 274-2022 DEL PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA

En cumplimiento de la sentencia 103-19-JH/21 de la CCE, el Pleno del CJ, conforme a sus atribuciones establecidas en el artículo 181 de la CRE y el artículo 264.10 del Código Orgánico de la Función Judicial, expidió la Resolución 274-2022, denominada Reglamento para la Implementación de la Medida Cautelar de Arresto Domiciliario. Este instrumento establece un marco normativo para aplicar el arresto domiciliario mediante dispositivos de vigilancia electrónica como alternativa a la prisión preventiva. Sus disposiciones, de carácter obligatorio para las instituciones competentes, se sustentan en los principios de legalidad, debido proceso, necesidad, gradualidad, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad, eficacia y eficiencia, garantizando una aplicación respetuosa de los derechos humanos y conforme a estándares de justicia y equidad.

76 Id., párr. 101.

PARÁMETROS DE EJECUCIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR DEL ARRESTO DOMICILIARIO EN CASOS ESPECIALES

	Temática	Descripción
Objeto y principios	Regulación	El reglamento tiene como objetivo regular la implementación y ejecución del arresto domiciliario, utilizando dispositivos de vigilancia electrónica como alternativa a la prisión preventiva. Además, se definen los principios que guiarán su aplicación.
Naturaleza de la medida	Características	Es una medida cautelar menos restrictiva que la prisión preventiva, destinada a proteger la salud y seguridad de grupos vulnerables como adultos mayores y mujeres embarazadas. Debe ser justificada por el juez y puede incluir el uso de dispositivos de vigilancia electrónica para su control.
Coordinación interinstitucional	Roles y responsabilidades	Detalla las instituciones involucradas en la implementación del arresto domiciliario, incluyendo jueces, el SNAI, el Ministerio de Salud Pública, la Policía Nacional y el Consejo de la Judicatura. Se especifican las atribuciones y responsabilidades de cada entidad en el proceso de evaluación, seguimiento y control del cumplimiento de la medida cautelar.

<p>Procedimientos de implementación</p>	<p>Proceso judicial y vigilancia</p>	<p>Se establecen los procedimientos que deben seguir los jueces para dictar arresto domiciliario, incluyendo la solicitud de análisis de riesgo y estudios de seguridad del domicilio. El SNAI es responsable de instalar y monitorear los dispositivos de vigilancia electrónica, garantizando que se cumplan las condiciones establecidas por el juez para la medida cautelar.</p>
<p>Información y cambio de medida</p>	<p>Comunicación entre entidades</p>	<p>Regula cómo las entidades deben comunicarse sobre cambios en las medidas cautelares. El SNAI debe informar al juez sobre las condiciones que podrían justificar un cambio en la medida, asegurando una respuesta rápida ante situaciones que afecten al procesado o al cumplimiento del arresto domiciliario.</p>
<p>Parámetros para el cumplimiento</p>	<p>Condiciones del domicilio</p>	<p>Se definen los parámetros mínimos que debe cumplir el domicilio donde se ejecute el arresto domiciliario, como acceso a servicios básicos y condiciones adecuadas para asegurar la salud y dignidad del procesado. Si no hay un domicilio adecuado, se pueden considerar lugares alternativos dentro de entidades estatales o casas de confianza para cumplir con la medida cautelar.</p>

Tabla 2. Elaboración propia.

El cuadro diseñado aborda un resumen del Reglamento 264-2022, aclarando objetivos, principios y procedimientos en Ecuador. Empero, lo más relevante son los parámetros fijados para el cumplimiento de la medida en casos de personas procesadas sin viviendas con condiciones mínimas para salvaguardar su integridad y dignidad humana. En síntesis, el Capítulo IV aborda:

1. Condiciones mínimas del domicilio: El lugar debe asegurar la integridad personal, salud y dignidad de la persona procesada, incluyendo acceso a servicios básicos, accesibilidad para personas con discapacidad y servicio de Internet.
2. Alternativas de vivienda: Si la persona procesada no tiene una vivienda adecuada, el juez puede disponer un lugar dentro del catastro de entidades estatales o de organizaciones de la sociedad civil.
3. Separación de la víctima: La persona procesada no puede cumplir la medida en el mismo lugar donde reside la víctima de violencia sexual o de género, o donde residen personas con medidas de protección vigentes.
4. Cobertura de telefonía e Internet: El lugar debe contar con cobertura de telefonía celular e Internet para el seguimiento del dispositivo de vigilancia electrónica.
5. Informe de análisis de riesgo y seguridad: La Policía Nacional debe elaborar un informe de análisis de riesgo del procesado y un estudio de seguridad del domicilio.
6. Disponibilidad operativa de servidores policiales: La Policía Nacional debe emitir un informe sobre la disponibilidad operativa de servidores policiales para la vigilancia y verificación del cumplimiento de la medida cautelar.

La Resolución 274-2022 del CJ establece el reglamento para la implementación del arresto domiciliario como medida cautelar, promoviendo su uso como alternativa a la prisión preventiva, bajo los principios de legalidad, debido proceso y proporcionalidad. El instrumento busca proteger a grupos vulnerables —como adultos mayores y mujeres embarazadas— mediante procedimientos claros para la evaluación de riesgos, condiciones del domicilio y uso de dispositivos de vigilancia electrónica. Asimismo, contempla la necesaria coordinación interinstitucional entre entidades como el SNAI y el Ministerio de Salud Pública para garantizar su ejecución efectiva. Si bien este reglamento representa un paso hacia la humanización y equidad del sistema penal, el análisis en cuestión no aborda las falencias estructurales que lo rodean. El arresto domiciliario continúa sin una regulación procedimental robusta, enfocándose exclusivamente en su ejecución, sin desarrollar los presupuestos jurídicos que deben preceder su imposición.

2.5. CONSIDERACIONES FINALES

El arresto domiciliario, en el contexto penal ecuatoriano, se configura como una medida cautelar que restringe la libertad de tránsito del procesado, imponiendo su permanencia en un domicilio determinado. Aunque se presenta como una alternativa o sustitución de la prisión preventiva, su aplicación exige justificación en casos de vulnerabilidad, como edad avanzada, embarazo, problemas de salud o vínculos familiares sólidos. Esta medida, por tanto, no implica una liberación plena, sino una forma atenuada de privación de libertad.

La legislación comparada ofrece modelos diversos —amplios, restringidos y mixtos— que reflejan distintos grados de flexibilidad y control judicial. Estos enfoques permiten identificar buenas prácticas que podrían orientar la implementación de un modelo más coherente en Ecuador. A nivel internacional, los instrumentos de derechos humanos subrayan la necesidad de aplicar el arresto domiciliario con criterios claros, respetando la presunción de inocencia y evitando decisiones arbitrarias. Sin embargo, Ecuador aún no ha incorporado plenamente estas observaciones en su normativa interna.

Aunque la Constitución no menciona explícitamente el arresto domiciliario, sí consagra principios fundamentales como la presunción de inocencia, la proporcionalidad y el respeto a los derechos humanos, que deben guiar su aplicación. El COIP, por su parte, reconoce esta medida como una alternativa a la prisión preventiva, pero carece de requisitos específicos para su dictación, lo que genera vacíos legales y decisiones judiciales desiguales. Ante esta situación, se propone una reforma al COIP que establezca parámetros claros para la aplicación del arresto domiciliario. Entre ellos, se sugiere definir su carácter excepcional, subordinado al principio de última ratio, y establecer requisitos como la gravedad del delito, la existencia de elementos de convicción suficientes, la necesidad de la medida, la afectación al proceso penal y el incumplimiento de medidas menos gravosas. Además, se debe regular su ejecución, revocatoria, caducidad y consecuencias del incumplimiento, así como reformar el artículo 537 para eliminar la discrecionalidad judicial y adoptar los lineamientos de la Resolución 274-2022 del CJ.

La jurisprudencia constitucional ha sido clara al señalar que, antes de optar por el arresto domiciliario, los jueces deben considerar otras medidas cautelares no privativas de libertad. Esta medida, al involucrar una restricción parcial de la libertad, debe aplicarse con criterios específicos y justificados. En este sentido, la Resolución 274-2022 establece un marco normativo para su ejecución en casos especiales, promoviendo un sistema más humano y respetuoso de los derechos fundamentales.

3. CONCLUSIONES

El arresto domiciliario constituye una medida cautelar de especial relevancia dentro del sistema penal ecuatoriano, orientada a garantizar la comparecencia del imputado en el proceso sin vulnerar su derecho fundamental a la presunción de inocencia. Esta figura se presenta como una alternativa menos gravosa que la prisión preventiva, contribuyendo además a mitigar la sobrepoblación carcelaria. No obstante, al ejecutarse en el domicilio del imputado, el arresto domiciliario implica una restricción sustancial de la libertad ambulatoria, lo que evidencia su carácter de privación de libertad y exige, por tanto, una regulación rigurosa y criterios de aplicación claramente definidos.

La necesidad de establecer parámetros normativos precisos se refuerza al considerar los modelos de regulación existentes en la legislación comparada, los cuales se clasifican en amplios, restringidos y mixtos. Cada uno de estos modelos responde a contextos jurídicos y sociales particulares, permitiendo adaptar la medida a las necesidades de cada sistema penal. Esta diversidad normativa, junto con la experiencia empírica de los operadores judiciales, ofrece elementos valiosos para repensar el diseño amplio del arresto domiciliario en Ecuador.

Sin embargo, en el contexto ecuatoriano, la implementación efectiva del arresto domiciliario como medida cautelar enfrenta serias limitaciones. La ausencia de requisitos específicos en el COIP ha generado un vacío legal que habilita una amplia discrecionalidad judicial en su aplicación. A pesar de sus ventajas frente a la prisión preventiva —como la posibilidad de conservar el empleo, mantener vínculos familiares y evitar los efectos nocivos del encarcelamiento— el arresto domiciliario plantea desafíos significativos en cuanto a su aplicación uniforme y su compatibilidad con los principios constitucionales. En este sentido, resulta imperativo que el COIP aborde con mayor precisión el tratamiento de las medidas cautelares, instando al Poder Legislativo a emprender una reforma integral que subsane las deficiencias normativas actuales.

Para evitar que persista la discrecionalidad judicial en la aplicación del arresto domiciliario, se recomienda que la CCE, en conjunto con la ciudadanía, asuma un rol más activo en la interpretación de las leyes, verificando su coherencia formal y material con la CRE y con los estándares del SIDH. Cabe destacar que, desde la vigencia del COIP, no se han presentado acciones de inconstitucionalidad respecto a esta figura, ni se han revisado sentencias de *habeas corpus* que cuestionen su inaplicabilidad derivada del vacío legal.

Si bien existen sentencias de la CCE y una resolución emitida por el pleno del CJ, su contenido se limita a abordar únicamente la fase de ejecución del arresto domiciliario. Sin embargo, lo que esta figura cautelar requiere es un desarrollo normativo integral que contemple no solo su ejecución, sino también

los presupuestos de procedencia y el procedimiento aplicable. Solo así podrá garantizarse su aplicación efectiva y equitativa en beneficio de todas las personas procesadas, más allá de situaciones excepcionales o de vulnerabilidad.

Finalmente, se propone exhortar al CJ a que, en ejercicio de la iniciativa legislativa en materia penal, remita a la Asamblea Nacional un proyecto de reforma al COIP que contemple un análisis integral del arresto domiciliario. Dicho proyecto deberá abordar tanto su carácter alternativo como sustitutivo, incorporando los criterios jurídicos desarrollados en este estudio para garantizar una implementación efectiva, equitativa y respetuosa de los derechos fundamentales.



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





Luzuriaga & Castro

A b o g a d o s

luzuriagacastro.com



RANKED IN



Luzuriaga&CastroAbogados

¿Existe la responsabilidad penal de las sociedades pantalla? Un estudio comparado entre España y Ecuador

Does criminal liability of shell companies exist? A comparative study between Spain and Ecuador

JUAN NICOLÁS CEVALLOS VALLEJO*

Recibido / Received: 02/06/25

Aceptado / Accepted: 07/10/25

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3899>

Citación:

Cevallos, Nicolás. “¿Existe la responsabilidad penal de las sociedades pantalla? Un estudio comparado entre España y Ecuador”. *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 2. (noviembre de 2025): <https://doi.org/10.18272/ulr.v12i2.3899>.

* Antonio Egas Abogados, abogado en libre ejercicio, Quito 170516, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: nicolascevallos17@gmail.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-7414-7118>.

RESUMEN

Este artículo revisa la jurisprudencia y doctrina española sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su aplicabilidad en Ecuador. En concreto, sobre las sociedades pantalla y su inimputabilidad. De igual manera, el objetivo de este trabajo es llevar la doctrina y jurisprudencia española sobre este tema al ámbito penal ecuatoriano con el fin de aportar al estudio del régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en este país. El análisis permite determinar que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ecuador es similar al de España y, por lo tanto, el desarrollo de este concepto en España puede ser utilizado en Ecuador. Adicional a este estudio dogmático, con un enfoque práctico, se analiza el concepto de una sociedad pantalla en una sentencia de un tribunal ecuatoriano. La investigación ha revelado que aplicar el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas a las sociedades pantalla sería una desnaturalización de su propósito original. Finalmente, se concluye con una propuesta legislativa aplicable a las sociedades pantalla en Ecuador.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad penal de las personas jurídicas; España; Ecuador; sociedades pantalla; inimputabilidad

ABSTRACT

This article reviews jurisprudence and doctrine from Spain regarding the criminal liability of legal entities and its applicability in Ecuador. Specifically, it focuses on shell companies and their non-imputability. Likewise, the objective of this work is to bring Spanish doctrine and jurisprudence on this topic into the Ecuadorian criminal law sphere to contribute to the study of the regime of criminal liability of legal entities in this country. The analysis determines that the regime of criminal liability of legal entities in Ecuador is similar to that of Spain and, therefore, the development of this concept in Spain can be utilized in Ecuador. In addition to this doctrinal study, from a practical perspective, the concept of a shell company is analyzed in a judgment from an Ecuadorian court. Research revealed that applying the regime of criminal liability for legal entities to shell companies would be a distortion of its original purpose. Finally, the study concludes with a legislative proposal applicable to shell companies in Ecuador.

KEYWORDS

Criminal liability of legal entities; Spain; Ecuador; shell companies; non-imputability

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal de las personas jurídicas (en adelante RPPJ) constituye uno de los debates más relevantes del derecho penal contemporáneo. En España, a raíz de la publicación de la Ley Orgánica 5/2010, se implementó por primera vez la RPPJ en el ordenamiento jurídico penal. Por otro lado, en Ecuador sucedió lo mismo con la promulgación del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) en 2014. Sin embargo, a pesar de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha estado presente en ambos países por un lapso similar, el desarrollo, tanto jurisprudencial como doctrinal, es diametralmente distinto.

Por un lado, en España, la doctrina ha desarrollado ampliamente este concepto, contribuyendo a que el mismo pueda ser aplicado por los diferentes órganos jurisdiccionales existentes en su ordenamiento legal. Asimismo, la RPPJ ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia española. Esto no implica que el uso y desarrollo de este concepto en España sea perfecto, pero lo que no se puede negar es la amplia discusión que existe en torno a la RPPJ, algo que no sucede en Ecuador.

Si bien la RPPJ ya tiene más una década en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, su empleo en la jurisprudencia nacional ha sido casi nulo y la discusión doctrinaria en torno al mismo es casi inexistente. Esto ha ocasionado que, cuando este concepto es aplicado por los distintos órganos jurisdiccionales que componen la justicia penal en Ecuador, haya sido mal utilizado o utilizado como un concepto superfluo y prescindible. Una sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Manta, dentro del proceso penal número 13284-2021-11352 del 13 de octubre de 2023 por el delito de lavado de activos, aplicó la RPPJ respecto de una “empresa fachada”. La aplicación por este tribunal de la RPPJ en la sentencia, acerca de lo que en España se conoce como “sociedad pantalla”, a juicio del autor, evidencia la desnaturalización que la RPPJ podría sufrir si no existe un correcto empleo del concepto por parte de los distintos jueces penales del país.

En este contexto, surge la interrogante central de este estudio: ¿es posible atribuir responsabilidad penal a las denominadas sociedades pantalla en Ecuador, bajo el régimen previsto en el artículo 49 del COIP? Para responder a esta pregunta se parte de la hipótesis de que las sociedades pantalla, al ser meros instrumentos creados para delinquir, no cumplen con los presupuestos estructurales exigidos para fundamentar la RPPJ. En consecuencia, al igual que en la jurisprudencia española que las ha considerado inimputables, en Ecuador tampoco debería atribuírseles responsabilidad penal, debiendo optarse por un tratamiento diferenciado.

El análisis se realiza a través de un enfoque comparado entre España y Ecuador, limitado a tres ejes. En primer lugar, se expone la distinta doctrina y jurisprudencia española sobre la estructura y los requisitos de la RPPJ en dicho país, así como lo referente a las “sociedades pantalla”. Posteriormente, se analiza la aplicabilidad de esas ideas al ordenamiento jurídico ecuatoriano con el fin de que contribuyan al desarrollo del concepto de RPPJ en Ecuador. Finalmente, se aborda la respuesta a la pregunta desde el análisis de la ya referida sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Manta. Este análisis es realizado con énfasis en las “sociedades pantalla” y la existencia o no de la responsabilidad penal de las mismas en Ecuador. De esta forma, el propósito del trabajo es doble: por un lado, aportar a la discusión teórica sobre los límites de la RPPJ frente a las sociedades pantalla; y, por otro, proponer un tratamiento normativo adecuado en el contexto ecuatoriano, evitando la desnaturalización de la figura de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El presente estudio adopta un enfoque comparado entre España y Ecuador. No se trata de asumir que los supuestos españoles son directamente subsumibles en el ordenamiento ecuatoriano; al contrario, se reconoce que cada sistema responde a contextos históricos, normativos y jurisprudenciales distintos. Sin embargo, dado que, como se analiza más adelante, el artículo 49 del COIP reproduce en gran medida los criterios de imputación contenidos en el artículo 31 *bis* del Código Penal español (en adelante CP) y que en Ecuador el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de la RPPJ es todavía incipiente, la experiencia española se utiliza aquí como parámetro interpretativo. El objetivo es extraer, de la construcción dogmática y jurisprudencial española, ciertos elementos que puedan orientar la discusión y aplicación de la RPPJ en Ecuador, sin perder de vista las particularidades propias del sistema penal ecuatoriano.

2. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN ESPAÑA

La RPPJ en el CP se encuentra regulada desde el artículo 31 *bis* a 31 *quinquies*. En el artículo 33.7 se recogen las penas aplicables a las personas jurídicas y el artículo 66 *bis* prescribe la forma de aplicación de estas penas. Ahora, como el objetivo de este trabajo es analizar la existencia, o no, de responsabilidad penal de las “sociedades pantalla”, corresponde únicamente realizar un breve análisis sobre la regulación de la RPPJ contenida en el numeral 1, literales a y b, del artículo 31 *bis*. Esto con el fin de plasmar ciertas bases que sirvan para posteriormente responder a la interrogante planteada en la introducción de este estudio.

2.1. ARTÍCULO 31 *BIS* DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

Tomando en consideración que el objeto del presente trabajo es realizar un estudio comparado entre España y Ecuador, y teniendo en cuenta que el lector podría no estar familiarizado con la legislación española, corresponde citar textualmente el numeral 1, literales a y b, del artículo 31 *bis* del CP:

1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso¹.

Del artículo citado se desprende que existen dos “títulos de imputación”² o “criterios de imputación”³ que se distinguen el uno del otro dependiendo de qué calidad ostenta la persona natural que ha cometido el delito. Es importante tener en cuenta que el delito que es cometido por la persona natural debe ser entendido como el hecho de conexión que conecta a la persona física con la persona jurídica a efectos de determinar la existencia de la RPPJ⁴.

El primer criterio de imputación es aquel que se encuentra recogido en el literal a del artículo citado y que corresponde a las conductas ilícitas que son cometidas por aquellas personas que forman parte de la alta dirección de la persona jurídica⁵. En otras palabras, son quienes tienen el poder de control dentro de la estructura de la sociedad. Ahora, el segundo criterio de imputación es el que recoge el literal b, del numeral 1, del artículo 31 *bis*, que se refiere a aquellas personas naturales que cometen el delito y forman parte de

1 Artículo 31 *bis*, Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal Español [CP]. BOE 281 del 23 de noviembre de 1995.

2 Álvaro Mendo Estrella, “El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Análisis a través de aportaciones doctrinales y de la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 70, n.º 1 (diciembre de 2017): 115, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6930584>.

3 Julio Ballesteros Sánchez, *Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo en la pequeña y gran empresa* (Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021), 351.

4 *Ibid.*, 352.

5 *Ibid.*

los mandos medios y están sujetas al control de las personas descritas en el literal a del artículo aludido⁶. Es importante anotar que estos dos criterios de imputación que se recogen en el CP se asemejan en gran medida a los títulos de imputación prescritos en el artículo 49 del COIP.

2.2. ¿CUÁNDO EXISTE RPPJ EN ESPAÑA?: BREVE ANÁLISIS DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL

Ahora bien, ha quedado claro que el primer punto de partida para determinar si existe RPPJ es que una persona natural, que forma parte de alguno de los dos criterios de imputación, cometa un delito. Pero ¿basta con que la persona natural cometa un delito? Sobre esto, el profesor Álvaro Mendo Estrella considera que si fuese suficiente probar la comisión de un delito por una de las personas detalladas en el numeral 1 del artículo 31 *bis*, se estaría ante un sistema de “responsabilidad por el hecho ajeno que la propia exposición de motivos de la Ley descarta”⁷. Situación que, de ser así, sería contraria al principio de culpabilidad en materia penal e implicaría atribuir los hechos de otros, sin más, a la persona jurídica.

Por lo tanto, para atribuir de responsabilidad penal a la persona jurídica no basta con constatar la comisión de un delito por una de las personas mencionadas en el artículo 31 *bis*, numeral 1. Sino que, además, a juicio de Álvaro Mendo Estrella, se debe probar que la comisión del delito por la persona física ha sido posible como consecuencia del incumplimiento de los deberes de vigilancia y control por parte de la persona jurídica⁸.

Sobre esto, el Tribunal Supremo de España, en la sentencia número 154/2016 del 29 de febrero, ha dicho que se debe analizar si el delito ejecutado por la persona natural “ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho”⁹. De igual manera, en la misma sentencia, el Tribunal afirma que el “[n]úcleo de la responsabilidad de la persona jurídica que, como venimos diciendo, no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos”¹⁰.

Queda claro entonces que, para atribuir de responsabilidad penal a la persona jurídica, el delito cometido por la persona física debe tener como origen un defecto en la organización de la sociedad. A este defecto en la organización se lo debe entender como la falta de aplicación de controles o mecanismos, dentro de la persona jurídica, para prevenir que las personas mencionadas

6 Ibid., 354.

7 Mendo Estrella, “El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, 118.

8 Ibid., 119.

9 Sentencia n.º 154/2016, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, 29 de febrero de 2016, pág. 55.

10 Id., 57.

en el artículo 31 *bis*, numeral 1, adecúen su actuar a una conducta delictiva. Para efectos del tema tratado en el presente trabajo, es significativo tener en mente que, al hablar de un defecto de organización o ausencia de medidas de control, se presupone la existencia de una persona jurídica con un mínimo de organización o de una estructura empresarial. Es decir, no se puede hablar de un defecto de organización en una persona jurídica en la que no existe ningún tipo de estructura empresarial.

Entonces, si una persona física de las mencionadas en el artículo 31 *bis*, numeral 1, comete un delito, y la comisión de este delito se ha dado como consecuencia de la ausencia de medidas de control dentro de la empresa, ¿se puede atribuir de responsabilidad penal a la persona jurídica? La respuesta a esta interrogante es no, pues como se desprende de la lectura del numeral 1 del artículo 31 *bis*, existe un requisito o elemento adicional y común a cada uno de los criterios de imputación contenidos, esto es, que el delito cometido por la persona natural sea ejecutado “en beneficio directo o indirecto” de la persona jurídica.

Sobre el beneficio directo, el profesor Julio Ballesteros ha dicho que este no debe ser entendido únicamente como un beneficio económico, sino que puede abarcar otro tipo de conductas que no necesariamente traigan consigo un beneficio económicamente apreciable¹¹. Ahora, es necesario tener en cuenta que, cuando la conducta delictiva es ejecutada por la persona física con el único propósito de beneficiarse a sí misma o a terceros, esta no puede ser considerada como un actuar realizado para beneficiar a la persona jurídica¹² y, por lo tanto, no se puede atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica.

En resumen, para poder atribuir de responsabilidad penal a una persona jurídica es necesario que se cumplan tres requisitos. El primero es la existencia de un delito cometido por una de las personas detalladas en el numeral 1 del artículo 31 *bis*. El segundo es que este delito haya ocurrido como consecuencia de la falta de controles o mecanismos de prevenciones dentro de la persona jurídica. Finalmente, el tercer requisito es que el ilícito sea cometido en beneficio propio de la persona jurídica.

Ahora, corresponde analizar si, en el caso de que se cometa un delito dentro de una sociedad pantalla, se encuentran presentes estos tres requisitos. En otras palabras, si se puede atribuir o no responsabilidad penal a las sociedades pantalla.

11 Ballesteros, *Responsabilidad penal y eficacia de los programas de cumplimiento normativo*, 355.

12 Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, Fiscalía General del Estado, 22 de enero de 2016, 10.

3. SOCIEDADES PANTALLA

Previo a analizar la existencia o no de la responsabilidad penal de las sociedades pantalla, es menester definir qué son estas sociedades. Fernández Teruelo señala que este tipo de sociedad es aquella que tiene como actividad o finalidad cometer delitos y que es creada por una persona natural para utilizarla como una herramienta para cometer o posibilitar la comisión de uno o varios delitos¹³.

Es fundamental acotar que en las sociedades pantalla es usual que, con el objetivo de conseguir su finalidad, exista una actividad económica que sea utilizada para encubrir un delito¹⁴. De la misma manera, la Fiscalía General del Estado de España, en su Circular 1/2016, ha dicho que en este tipo de sociedades la actividad lícita es únicamente aparente¹⁵. Esto quiere decir que la actividad lícita es utilizada para esconder la o las actividades delictivas que realizan las personas físicas a través de, la mal llamada, “persona jurídica”.

Para entender de mejor manera qué es una sociedad pantalla, es pertinente hacer alusión a un ejemplo práctico, en específico, a la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Manta dentro del proceso penal número 13284-2021-11352. En este proceso penal fueron sentenciadas dos personas físicas y una persona jurídica por el delito de lavado de activos.

Este fallo reviste especial importancia, ya que, en este, el Tribunal define la sociedad pantalla como aquella compañía que es constituida cumpliendo los requisitos legales y que cuenta con una aparente actividad lícita, pero que es únicamente utilizada con el fin de incorporar al sistema financiero nacional dinero de origen delictivo¹⁶. Si bien es una definición realizada con base en el delito de lavado de activos, por cuanto esta era la conducta típica objeto del proceso penal, es una definición bastante acertada de lo que es una sociedad pantalla. Más aún cuando en Ecuador son casi inexistentes las sentencias en las que se analizan estas figuras relacionadas con la RPPJ.

13 Javier Fernández Teruelo, “Personas jurídicas inimputables a las que les resulta inaplicable el régimen del art. 31 bis CP: Respuesta penal a través de la figura del decomiso”, en *Cuestiones penales a debate*, ed. Alfredo Abadías Selma, Miguel Bustos Rubio y Pere Simón Castellano (Barcelona: JM Bosch Editor, 2021), 141.

14 Laura Zúñiga Rodríguez, “Tratamiento jurídico penal de las sociedades instrumentales: Entre la criminalidad organizada y la criminalidad empresarial”, en *Criminalidad organizada transnacional: Una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos*, ed. Laura Zúñiga Rodríguez y Julio Ballesteros Sánchez (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 222.

15 Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, 31.

16 Causa n.º 13284-2021-11352, Tribunal de Garantías Penales de Manta, 13 de octubre de 2023, pág. 150.

3.1. EL ARTÍCULO 31 *BIS* DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y LAS SOCIEDADES PANTALLA

Como se analizó en el acápite 2 de este trabajo, el CP exige la presencia de tres requisitos para poder atribuir de responsabilidad penal a la persona jurídica. Entonces, una vez que se ha recogido distintas definiciones de las sociedades pantalla, corresponde analizar si dichos requisitos se pueden aplicar en las sociedades pantalla.

Primero, los títulos de imputación son dos. Las sociedades pantalla son creadas o constituidas con el objetivo de utilizarlas para delinquir. Por lo tanto, estas no cuentan con la suficiente estructura organizativa, por ejemplo, con empleados o trabajadores. Esto hace que sea, en muchas ocasiones, casi imposible que dentro de la sociedad existan aquellas personas naturales que cometen el delito y forman parte de los mandos medios.

Por tanto, es muy probable que la sociedad pantalla únicamente cuente con personas que supuestamente forman parte de la alta dirección de la sociedad, quienes en realidad son los beneficiarios o perpetradores de las actividades delictivas para las cuales la sociedad fue creada. Esto evidencia que, en los títulos de imputación existentes para hablar de RPPJ, ya existen dificultades para que estos se encuentren presentes en las sociedades pantalla.

Se debe añadir que, en la sentencia número 154/2016, el Tribunal dijo que, adicional al título de imputación, para atribuir de responsabilidad penal a una persona jurídica se debe analizar si el delito ejecutado por la persona física fue posible porque dentro de la empresa no existe una cultura de respeto al orden jurídico¹⁷. Con relación a esto, en la sentencia 4116/2022, el Tribunal dijo que en las sociedades pantalla:

no cabe estimar que concurra en ella el elemento de culpabilidad, en la medida que es incompatible con su naturaleza hablar de mecanismos internos de control y, en consecuencia, de cultura de respeto a la norma, a partir de la cual se residencia su capacidad de culpabilidad¹⁸.

La ausencia de mecanismos de control y de una cultura de respeto al orden jurídico en las sociedades pantalla se debe a que no existe una estructura organizativa mínima, oficinas, empleados, patrimonio o la verdadera realización de una actividad legal. Por lo tanto, de acuerdo con el Tribunal en el fallo 4116/2022, al no existir en las sociedades pantalla la “posibilidad de establecer mecanismos de control, no puede surgir el fundamento de su

17 Sentencia n.º 154/2016, pág. 55.

18 Sentencia n.º 4116/2022, Tribunal Supremo de España, Sala de lo Penal, 11 de noviembre de 2022, pág. 9.

responsabilidad”¹⁹. A juicio del autor, este es un criterio acertado, puesto que no tendría sentido alguno realizar una valoración respecto de la existencia de mecanismos de control a una sociedad que, precisamente, fue constituida con el propósito de facilitar u ocultar la comisión de actos delictivos.

Por otra parte, sobre el requisito de que el delito cometido por la persona física sea ejecutado en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, no es posible que esta exigencia esté presente en una sociedad pantalla que comete un delito porque, como Fernández Teruelo ha dicho, la sociedad “es un mero instrumento en manos del autor”²⁰. Esto sucede porque no se puede hablar de un beneficio directo o indirecto para la persona jurídica cuando esta es una simple herramienta utilizada por la persona física detrás para poder beneficiarse de manera ilícita.

Ahora, se debe tomar en consideración que el fundamento de la RPPJ es la presencia de un:

defecto estructural en los mecanismos de prevención y control que le fueran exigibles por razón de su organización tendentes a los fines a que se orienta su actividad, y ello porque la responsabilidad penal de la persona jurídica gira en clave de complejidad organizativa²¹.

Ergo, no es posible tratar de hacer un juicio de valor sobre la existencia de un defecto en los mecanismos de control dentro de una persona jurídica que fue creada con el único designio de ser utilizada como una herramienta delictiva²². Hacerlo sería desnaturalizar la figura de la RPPJ y deconstruir un concepto que ha costado construir e ignorar que detrás de una sociedad pantalla existen personas físicas que deben ser perseguidas por los delitos cometidos.

Adicionalmente, atribuir de responsabilidad penal a una sociedad pantalla acarrearía consigo desconocer los elementos legales (numeral 1 del artículo 31 *bis*) que configuran la RPPJ y la necesidad de que estos sean probados por la acusación fiscal²³. De esta manera, con lo expuesto en este acápite, es razonable afirmar que las exigencias o los requisitos necesarios para atribuir de responsabilidad penal a una persona jurídica no se encuentran presentes en las sociedades pantalla. Por las razones expuestas en este título, el Tribunal Supremo español, en su jurisprudencia, ha determinado que las sociedades pantalla no pueden ser consideradas dentro de lo prescrito por el artículo 31 *bis* del CP²⁴. Es por esto que, en España, las sociedades pantalla han llegado a ser catalogadas como inimputables.

¹⁹ Id., 9-10.

²⁰ Fernández, “Personas jurídicas inimputables a las que les resulta inaplicable el régimen del art. 31 *bis* CP”, 143.

²¹ Sentencia n.º 4116/2022, pág. 9.

²² Sentencia n.º 154/2016, pág. 68.

²³ Id., 91.

²⁴ Sentencia n.º 154/2016, pág. 68.

Ahora, a pesar de que los argumentos que sustentan que no es posible atribuirles responsabilidad penal a las sociedades pantalla, existen autores que no coinciden con este criterio. Es el caso de José León Alapont, quien argumenta que la creación de la categoría personas jurídicas inimputables es contraria al artículo 31 *bis* del CP y que agrega o se refiere a requisitos inexistentes en la normativa penal para fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁵.

La necesidad de otorgar la categoría de inimputables a las sociedades pantalla radica en que se debe evitar, a toda costa, la desnaturalización del concepto de RPPJ y, como consecuencia, la eventual destrucción de un concepto que ha costado tanto construir. La RPPJ es un concepto que ha sido correctamente desarrollado y construido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo español con el fin de facilitar su aplicación en la práctica penal. Por lo que, a criterio de este autor, la exclusión de las sociedades pantalla del régimen de RPPJ no solo es correcto, sino necesario.

3.2. RESPUESTA DEL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL A LAS SOCIEDADES PANTALLA

En España existe una gran discusión en torno a las consecuencias que las sociedades pantalla deben recibir si se considera que a estas no les es aplicable el régimen de RPPJ. Primero, se debe tener en cuenta que la sociedad pantalla se encuentra al margen del régimen de RPPJ, esta no sería procesada dentro de un juicio penal, por lo que no se le podría aplicar una pena. Esto dado que las penas solo se aplican a quien es encontrado responsable de la comisión de un delito, mas no a aquellos instrumentos utilizados para cometer o facilitar el cometimiento de un delito. En la sentencia bisiesta n.º 154/2016, el Tribunal Supremo de España ha planteado como posible consecuencia para las sociedades pantalla, “el recurso a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo”²⁶, esto con el propósito de perseguir penalmente a las personas físicas que se encuentran detrás de la sociedad instrumental utilizada para el cometimiento del delito.

Ahora, en la misma sentencia, el Tribunal decide, respecto de una sociedad pantalla procesada, “por razones de utilidad, mantener la imposición de la pena de disolución”²⁷. Sin embargo, esta decisión es poco acertada si se tiene en cuenta que la sociedad pantalla está al margen del régimen de RPPJ y, por lo tanto, no se le puede aplicar una pena al no ser un sujeto procesal. Sobre

25 José León Alapont, “Personas jurídicas «imputables» e «inimputables» en el régimen de responsabilidad penal de los arts. 31 bis y ss. CP: Una breve divagación a raíz de la errática jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Diario La Ley*, n.º 10191 (diciembre de 2022): 5, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8743890>.

26 Sentencia n.º 154/2016, pág. 69.

27 Id., 71.

esto, León Alapont correctamente señala que no se puede aludir a razones de utilidad para imponer una consecuencia jurídica, sino que estas deben ser aplicadas bajo el principio de legalidad²⁸. Situación que, sin duda, evidencia la dificultad que existe en España sobre la aplicación de consecuencias jurídicas a este tipo de sociedades.

Por otro lado, el artículo 129 del CP recoge las consecuencias accesorias que son aplicables a empresas que carecen de personalidad jurídica, pero que han sido utilizadas como medio para cometer delitos²⁹. Si bien esta podría, en principio, parecer una posible solución a las sociedades pantalla, el autor Fernández Teruelo considera que estas no son aplicables a las sociedades instrumentales por cuanto estas, a su juicio, a pesar de ser instrumentales, están legalmente constituidas y, por lo tanto, gozan de personalidad jurídica³⁰. El autor también señala que la aplicación de las consecuencias accesorias establecidas en el artículo 129 del CP está condicionada a la existencia de una pena para la persona física³¹. Entonces esto “impediría también acudir a esta fórmula, cuando dicha condena del sujeto individual no se produzca”³². Empero la exclusión de las sociedades pantalla del régimen de RPPJ tiene como propósito, entre otras cosas, la persecución de las personas físicas detrás de estas empresas fachada. Por tanto, la falta de sanción a la persona jurídica no debería representar un problema, ya que el ministerio público debe concentrar sus esfuerzos en perseguir penalmente a las personas físicas responsables de estructurar esquemas delictivos mediante sociedades pantalla.

El mismo autor propone el decomiso como figura jurídica más acertada a ser aplicada a modo de consecuencia jurídica a las sociedades pantalla. Esto lo hace con base en el artículo 127 del CP y señala que este precepto jurídico:

[...] dispone que toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo a la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. La persona jurídica inimputable utilizada en la ejecución del delito (por ejemplo, para realizar y dotar de opacidad a operaciones de blanqueo de dinero) podría ser considerada medio o instrumento, pues estos son «los útiles empleados para la ejecución del delito», sin que necesariamente quepa atribuirles un carácter material³³.

28 León Alapont, “Personas jurídicas «imputables» e «inimputables» en el régimen de responsabilidad penal”, 3.

29 Artículo 129, CP.

30 Fernández, “Personas jurídicas inimputables a las que les resulta inaplicable el régimen del art. 31 bis CP”, 151.

31 Artículo 129, CP.

32 Fernández, “Personas jurídicas inimputables a las que les resulta inaplicable el régimen del art. 31 bis CP”, 151.

33 *Ibid.*, 152.

Este criterio es sumamente acertado y plenamente concordante con la idea plasmada en este trabajo: las sociedades pantalla están al margen del régimen de RPPJ y, por lo tanto, deben ser tratadas como meros instrumentos del delito. El comiso es efectivo para combatir la criminalidad organizada y, como será analizado en la parte final de este trabajo, la figura del comiso es plenamente aplicable al régimen penal existente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

Una vez que se ha analizado la institución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España, así como la aplicabilidad de esta a las sociedades pantalla, corresponder analizar los mismos aspectos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La RPPJ se encuentra recogida en el artículo 49 del COIP que, en la parte pertinente, prescribe lo siguiente:

Art. 49.- Responsabilidad de las personas jurídicas.- En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente, o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas.

La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales que intervengan con sus acciones u omisiones en la comisión del delito. La responsabilidad penal de la persona jurídica subsistirá aun cuando no haya sido posible identificar a la persona natural infractora.

No hay lugar a la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuando el delito se comete por cualquiera de las personas naturales indicadas en el inciso primero, en beneficio de un tercero ajeno a la persona jurídica [...]³⁴.

34 Artículo 49, Código Orgánico Integral Penal, [COIP]. R. O. Suplemento 180 del 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R. O. Suplemento 38 del 14 de mayo de 2025.

El artículo citado es, en gran medida, similar al numeral 1, del artículo 31 *bis*, del Código Español. Como se observa, el artículo 49 del COIP recoge, al igual que el CP, dos títulos de imputación. El primero abarca una amplia lista de personas naturales que ejercen actividades de gestión o control dentro de la persona jurídica. Similar a las personas detalladas en el literal a, del numeral 1, del artículo 31 *bis*. Asimismo, el COIP se refiere a un segundo grupo de personas que actúan o siguen órdenes de las personas ya citadas. Este grupo abarca aquellos sujetos que forman parte de los mandos medios, al igual que el literal b, del numeral 1, del artículo 31 *bis*.

De igual manera, el artículo 49 del COIP exige, para responsabilizar penalmente a una persona jurídica, que el delito cometido por cualquiera de las personas enlistadas sea perpetrado en beneficio propio de la persona jurídica o de sus socios. Exigencia que es casi idéntica a la plasmada en el artículo 31 *bis* cuando este se refiere a un beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. Ahora, cuando se habló de la RPPJ en España, salió a la luz la idea de que, para atribuir de responsabilidad penal a una persona jurídica, es necesario probar la existencia de un defecto de organización o ausencia de medidas de control que facilitaron la comisión del delito por parte de la persona física.

En relación con este punto, el COIP no es tan expreso como lo es el CP; sin embargo, a criterio de este autor, cuando el COIP establece que la persona jurídica será responsable también por omisión, la única interpretación posible sobre esto es que la persona jurídica sería responsable penalmente cuando, a través de sus mandos jerárquicos, omite implementar medidas de control y crear una correcta organización empresarial. Esto, sumado a que el COIP en el artículo 49 prescribe que la RPPJ es independiente de la responsabilidad penal de la persona física, demuestra que, en Ecuador, de manera similar a España, rige un modelo mixto inclinado hacia la autorresponsabilidad³⁵.

Con relación a esto, la Corte Constitucional del Ecuador, en el dictamen 027-13-DTI-CC del 25 de septiembre de 2013, dijo que con la incorporación del régimen de RPPJ:

se abre paso la corriente que demanda el establecimiento de responsabilidad penal a las personas jurídicas, pero en consideración a conductas o actuaciones que puedan ser atribuibles a aquellas, en virtud de su gestión y —de ninguna manera— respecto de acciones delictivas ejecutadas por sus integrantes a título personal, aún en el supuesto de ejercer cargo de representación o dirección de las personas o entidades jurídicas, pues, en tal evento, la responsabilidad sería estrictamente

35 Alfredo Liñán Lafuente y José Roberto Pazmiño Ruiz, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Nueva era *compliance* en Ecuador? Un diálogo con España”, *JurisDictio*, n.º 28 (diciembre de 2021): 78, <https://doi.org/10.18272/iu.v28i28>.

personal, conforme el principio que rige en nuestro actual ordenamiento jurídico³⁶.

Si bien este pronunciamiento de la Corte Constitucional tuvo lugar antes de que entre en vigencia el COIP, es un dictamen sobre la constitucionalidad del Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Relacionados con la Aviación Civil Internacional, el cual, en su artículo 4, se refiere a la posibilidad de que los Estados, en este caso Ecuador, implementen la RPPJ en sus ordenamientos³⁷. Por lo tanto, este pronunciamiento de la máxima autoridad jurisdiccional en materia constitucional de Ecuador aporta elementos sobre la forma en que el concepto de RPPJ debe ser entendido y aplicado en el país. Con lo expuesto en este título, queda en evidencia que el régimen de RPPJ en el ordenamiento jurídico ecuatoriano es similar al régimen del CP; razón por la cual la experiencia jurisprudencial española constituye un parámetro útil que puede guiar el desarrollo y la aplicación de la RPPJ en Ecuador, respetando las particularidades de su ordenamiento

4.1. ¿AUTORRESPONSABILIDAD, HETERORRESPONSABILIDAD O UN MODELO MIXTO?

Si bien el objetivo de este trabajo no es ahondar en la identificación del modelo de RPPJ plasmado en el COIP, para efectos prácticos y para facilitar el entendimiento del tema analizado en este artículo al lector, es menester dar una breve respuesta a una de las interrogantes más importantes que surgen cuando la RPPJ en el COIP es discutida. ¿Prevé el artículo 49 del COIP un modelo de autorresponsabilidad o heterorresponsabilidad respecto a la RPPJ?

El modelo de heterorresponsabilidad, también conocido como modelo de responsabilidad penal vicarial, es aquel en el que la persona jurídica responde penalmente por las conductas ejecutadas por “la persona física que actúe en su nombre o representación”³⁸. Páez señala que responsabilidad vicarial “consiste en la transferencia de la responsabilidad basada en una relación de agencia, dependencia o subordinación”³⁹. En este modelo, la fundamentación de la RPPJ no recae en la participación de la persona jurídica en la comisión del delito, sino en la mera ejecución de un delito por una persona que actué en representación de aquella y que beneficie a la persona jurídica. En otras palabras, existe una transmisión de la responsabilidad penal de la persona física hacia la persona jurídica en la que no existe un análisis sobre la participación de la persona jurídica en la ejecución del delito.

36 Dictamen n.º 027-13-DTI-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de septiembre de 2013, pág. 24.

37 Id., 23.

38 Santiago Mir Puig, *Derecho penal parte general* (Barcelona: Reppertor, 2016), 839.

39 Pedro Martín Páez Bimos, “Los problemas en la imputación penal de las personas jurídicas en el Ecuador”, *Revista Electrónica Iberoamericana* 11, n.º 1 (mayo de 2017): 9, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6493928>.

Este modelo acarrea consigo varias aristas que hacen que su adopción sea contraria a la Constitución ecuatoriana y al principio de culpabilidad en materia penal. Primero, si se acepta que este es el modelo aplicable en el régimen de RPPJ, se estaría presumiendo la culpabilidad de la persona jurídica por el simple hecho de que una persona física, que actúa en representación de esta, ha ejecutado una conducta típica que beneficie a la persona jurídica. Algo que, sin duda alguna, sería contrario al estado de inocencia, garantizado en el artículo 76, numeral 2, de la Constitución del Ecuador⁴⁰ y en el artículo 4, numeral 4, del COIP⁴¹. Incluso, se estaría adoptando un derecho penal de autor en el que la persona jurídica sería responsable penalmente por el simple hecho de serlo y no por actos atribuibles a su participación en la ejecución del delito cometido por la persona física.

A esto se debe añadir que, al aceptar que el modelo de RPPJ previsto en el COIP es un modelo vicarial, se estaría renunciando al principio de culpabilidad, principio rector en materia penal que tiene como objetivo la limitación del *ius puniendi*, específicamente en su vertiente de principio de personalidad de las penas; esto es, que “no se haga responsable al sujeto por delitos ajenos”⁴². Además, el modelo de responsabilidad vicarial traería consigo una flagrante violación del debido proceso, puesto que la persona jurídica no podría ejercer su derecho a la defensa de manera independiente, ya que la conducta que le sería atribuida sería aquella ejecutada por la persona física y, por lo tanto, su defensa dependería netamente de la presentada por la persona física. Como si esto no fuera suficiente, el artículo 49 del COIP, analizado en su numeral 4, expresamente señala que la responsabilidad penal de la persona física es independiente de la RPPJ, dejando en claro que no es un modelo de heteroresponsabilidad.

Sobre el modelo de autorresponsabilidad, es aquel que prescinde totalmente de la responsabilidad penal de la persona física para fundamentar la RPPJ. O, en otras palabras, un modelo de “culpabilidad de la empresa por los propios actos”⁴³. Ahora bien, podría sostenerse que, conforme a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 49 del COIP, el cual establece la independencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de la persona natural, el modelo adoptado por el COIP es el de la autorresponsabilidad. Sin embargo, si bien la RPPJ es independiente de la persona física, esto no quiere decir que se puede prescindir de la participación de una persona física en la ejecución del delito. Al contrario, la participación de la persona física es un presupuesto necesario, mas no suficiente, para imputar la RPPJ. Razón por la cual, en el COIP, tampoco estamos frente a un modelo puro de autorresponsabilidad.

40 Artículo 76, numeral 2, Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R. O. Tercer Suplemento 568 del 30 de mayo de 2024.

41 Artículo 4, numeral 4, COIP.

42 Mir Puig, *Derecho penal parte general*, 134-5.

43 *Ibid.*, 839.

Entonces ¿qué modelo de RPPJ recoge el COIP? Como se desprende del análisis expuesto en párrafos anteriores, en el artículo 49 el COIP se encuentran elementos que corresponden tanto al modelo de autorresponsabilidad (independencia de la RPPJ de la responsabilidad penal de la persona física) como al de heterorresponsabilidad (actos ejecutados por empujados o directores de la persona jurídica). Agregando a lo anterior, la Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción, publicada el 17 de febrero de 2021, en su artículo 1⁴⁴, agregó el numeral 7 al artículo 45 del COIP, el mismo que en su literal d prevé la implementación de un programa de cumplimiento como atenuante a la RPPJ:

7. Se considerarán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las siguientes: [...]

d) Haber implementado, antes de la comisión del delito, sistemas de integridad, normas, programas y/o políticas de cumplimiento, prevención, dirección y/o supervisión, a cargo de un departamento u órgano autónomo en personas jurídicas de mayor dimensión, o una persona responsable en el caso de pequeñas y medianas empresas, cuyo funcionamiento se incorpore en todos los niveles directivos, gerenciales, asesores, administrativos, representativos y operativos de la organización⁴⁵.

La inclusión de esta atenuante en el COIP hace que, de manera indirecta, el legislador haya incluido un elemento más del modelo de autorresponsabilidad, esto es el deber de la persona jurídica de velar por el control de los riesgos de la empresa. En otras palabras, la implementación de la “autoorganización de la persona jurídica es un elemento esencial para analizar el injusto propio, para que la misma tenga cierta posición de garante sobre el ámbito propio de su autogestión”⁴⁶.

Lo analizado hasta aquí lleva a concluir que, como bien han señalado Alfredo Liñán Lafuente y José Roberto Pazmiño Ruiz, en el COIP estamos frente a un modelo mixto, inclinado hacia la autorresponsabilidad. Si bien se incluyen elementos del modelo de heterorresponsabilidad, como la necesidad de que un directivo o empleado ejecute un delito en beneficio de la persona jurídica, el legislador profundiza más en el modelo de autorresponsabilidad al considerar a la persona jurídica obligada a garantizar el control de los riesgos inherentes a la empresa e implementar mecanismos de control dentro de la misma, a fin de prevenir que las personas mencionadas en el artículo 49 del COIP ejecuten un delito.

44 Artículo 1, Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal. R. O. Segundo Suplemento 392 del 17 de febrero de 2021.

45 Artículo 47, numeral 7, COIP.

46 Páez Bimos, “Los problemas en la imputación penal de las personas jurídicas en el Ecuador”, 11.

El modelo mixto existente en el COIP no solo requiere que una de las personas descritas en el primer inciso cometa un delito en beneficio de la persona jurídica (elemento del modelo de heterorresponsabilidad), sino que, además, la persona jurídica haya incentivado o facilitado el cometimiento de conductas delictivas por la ausencia de mecanismos de control (ausencia de autoorganización como elemento del modelo de autorresponsabilidad). Por lo tanto, si el COIP requiere, en mayor medida, que la persona jurídica ejecute un acto propio para fundamentar la RPPJ, entendido este como la ausencia de implementar mecanismos de control, no sería jurídicamente correcto atribuirle responsabilidad penal a una sociedad que ha sido creada exclusivamente para ser utilizada como herramienta para el cometimiento de delitos. O, como lo explica de Fernández Teruelo, al señalar que “indudablemente carece de sentido la valoración de defectos estructurales de organización para prevenir delitos, cuando la persona jurídica se dedica precisamente a eso”⁴⁷.

Esto es así porque, como ya se mencionó, las sociedades pantalla son meras herramientas e instrumentos del delito, mas no entidades jurídicas que sean capaces de autoorganizarse con el fin de prevenir la comisión de delitos en su interior. Lo que, sin duda, es una razón más por la cual el régimen de RPPJ existente en el COIP no puede, ni debe, ser aplicado a las sociedades pantalla.

5. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS SOCIEDADES PANTALLA EN ECUADOR

A pesar de que el régimen de RPPJ en Ecuador existe desde el año 2014, a diferencia de España, nunca se ha hablado sobre la responsabilidad penal de las sociedades pantalla en Ecuador. Por lo tanto, en esta parte del trabajo, se busca encontrar una solución al tratamiento que deben recibir las sociedades pantalla en el régimen de la RPPJ en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

El régimen de RPPJ en Ecuador es similar al régimen en el CP. Esto quiere decir que los requisitos exigidos para atribuir responsabilidad penal a una empresa en Ecuador son similares a los exigidos en España. A las sociedades pantalla no se les puede exigir estos requisitos y, por lo tanto, tampoco se puede atribuir responsabilidad penal a este tipo de sociedades en Ecuador. Se debe advertir que el COIP, en el inciso final del artículo 317 que tipifica el delito de lavado de activos, prevé una posible solución o tratamiento que las sociedades pantalla deberían recibir en el ordenamiento jurídico ecuatoriano⁴⁸. Esta disposición legal será analizada de manera más profunda a continuación.

⁴⁷ Fernández, “Personas jurídicas inimputables a las que les resulta inaplicable el régimen del art. 31 bis CP”, 143.

⁴⁸ Artículo 317, inciso final, COIP.

5.1. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE MANTA (ECUADOR) DENTRO DEL PROCESO PENAL NÚMERO 13284-2021-11352

En Ecuador, la doctrina y la jurisprudencia sobre la institución de la RPPJ es casi inexistente. Hay muy pocas sentencias, de cualquier nivel, en las que se condene a las personas jurídicas por la comisión de delitos. A esto se debe añadir que, lastimosamente, en estas pocas sentencias no se realiza un análisis exhaustivo sobre los requisitos de la RPPJ en Ecuador.

Lo que usualmente ocurre es que simplemente se le atribuye responsabilidad penal a la persona jurídica en una aplicación directa del artículo 49 del COIP, sin que exista un cuestionamiento sobre si procede o no atribuir de responsabilidad penal a la persona jurídica en el caso concreto. Incluso, contrario al régimen taxativo de delitos que pueden acarrear responsabilidad penal de la persona jurídica existente en Ecuador, hay jueces que condenan a la persona jurídica por delitos que no se encuentran recogidos en dicho catálogo⁴⁹. Esto demuestra el poco conocimiento que existe en torno a la RPPJ, así como la inexistente jurisprudencia al respecto.

Por esta razón, es llamativa una sentencia en la que existe, aunque sea mínimamente, un análisis sobre la RPPJ. Este es el caso de la sentencia condenatoria dictada por un Tribunal de Garantías Penales en Manta dentro del proceso penal número 13284-2021-11352 que se sigue en contra de dos personas naturales y una jurídica por el delito de lavado de activos.

5.1.1. HECHOS RELEVANTES DEL PROCESO PENAL NÚMERO 13284-2021-11352

En este proceso penal, la Fiscalía acusó a Lisett Liliana Joza Ortega, Jacinto Daniel Joza Zambrano y a la persona jurídica Joally The Trio S. A. por el delito de lavado de activos, tipificado en el artículo 317 del COIP. La teoría del caso de la Fiscalía, aceptada por el Tribunal de Garantías Penales, fue que la persona natural Lisett Liliana Joza Ortega, junto con su pareja, Sean Alli, entre 2017 y 2019, cometieron un delito de hurto mayor en Estados Unidos (en adelante EE. UU.), en el estado de Nueva York. El delito que tuvo lugar en EE. UU. consistió en que estas dos personas hurtaron medicamentos del programa Medicaid del estado de Nueva York y procedieron a venderlo para obtener réditos económicos por más de un millón de dólares americanos. Como consecuencia de esto, la señora Lisett Liliana Joza Ortega suscribió un

⁴⁹ Este fue el caso de la sentencia condenatoria dentro del proceso penal número 17282-2016-06264, en la que se condenó a la persona jurídica por el delito de homicidio culposo, a pesar de que esta conducta delictiva está fuera del catálogo de delitos que pueden acarrear responsabilidad penal a la persona jurídica en Ecuador.

acuerdo de culpabilidad con la fiscal del estado de Nueva York⁵⁰.

Ahora, la Fiscalía General del Estado ecuatoriano, en su acusación, señaló que la señora Lisett Liliana Joza Ortega ingresó a Ecuador en mayo de 2019 y procedió a abrir cuatro cuentas bancarias en el sistema financiero ecuatoriano. En estas cuentas ella empezó a recibir dinero proveniente de empresas de EE. UU. presuntamente involucradas con el delito de hurto cometido en ese país. Luego, en mayo de 2021, la señora Joza Ortega regresa a Ecuador y suscribe tres promesas de compraventa por tres bienes inmuebles distintos valorados en 650 000, 550 000 y 640 000 dólares estadounidenses. En cada una de estas promesas de compraventa se indica que los pagos por los bienes inmuebles serían realizados desde cuentas en EE. UU⁵¹.

Luego, la señora Joza Ortega junto con su padre, el otro acusado, el señor Jacinto Daniel Joza Zambrano, constituyeron la compañía denominada Joally The Trio. La señora Joza Ortega era propietaria del 99 % de acciones de esta empresa y su padre, del restante 1% y fungía como representante legal de la misma. Cuando la acusada realizó el pago de los tres bienes que fueron referidos, estos inmuebles fueron inscritos a nombre de la compañía Joally The Trio para ocultar el origen del dinero ilícito, proveniente del hurto cometido en EE. UU., utilizado para pagar los bienes inmuebles. En otras palabras, de acuerdo con la acusación de la Fiscalía, la compañía Joally The Trio fue creada con el único objetivo de ocultar el origen ilícito de los fondos provenientes de la conducta delictiva perpetrada en EE. UU⁵².

Finalmente, el Tribunal de Garantías Penales de Manta condenó a Joza Ortega a trece años de pena privativa de libertad y al señor Joza Zambrano a diez años de pena privativa de libertad. Sobre la persona jurídica, Joally The Trio, con base en lo prescrito por el artículo 49 del COIP, el Tribunal determinó que es responsable penalmente por el delito de lavado de activos y, de acuerdo con lo dispuesto con el inciso final del artículo 317 del COIP, dispuso su disolución y liquidación⁵³.

5.2. LA PERSONA JURÍDICA EN EL PROCESO PENAL NÚMERO 13284-2021-11352

Previo a realizar una propuesta de tratamiento para las sociedades pantalla en Ecuador. Corresponde analizar y citar aquellos interesantes apuntes que realiza el Tribunal sobre esta compañía y su utilización como instrumento o herramienta para cometer el delito de lavado de activos, así como la decisión

⁵⁰ Causa n.º 13284-2021-11352, págs. 8-9.

⁵¹ Id.

⁵² Id.

⁵³ Id., 153-4.

del Tribunal de disolver y liquidar a la persona jurídica Joally The Trio.

Es muy interesante el enfoque que el Tribunal le otorga a la persona jurídica involucrada en el proceso penal. Sobre esta, el Tribunal explica que la persona jurídica Joally The Trio es una sociedad pantalla o, en palabras del tribunal, una “empresa fachada”⁵⁴, porque, de acuerdo con su punto de vista:

[F]ue constituida con la finalidad de confundir u ocultar dineros ilícitos producto de los delitos de hurto mayor y lavado de activos, delitos perpetrados en los Estados Unidos (lo cual ya fue analizado anteriormente), lo que se conoce como empresa fachada, ya que si bien es una empresa legalmente constituida y tiene igual actividad económica lícita, sin embargo también tiene montos que no puede justificar su procedencia⁵⁵.

Este análisis que realiza el Tribunal sobre la persona jurídica Joally The Trio es interesante porque entiende a la perfección cuál es, en el caso específico, el rol de la persona jurídica en la ejecución del tipo penal. Este rol no es más que servir como instrumento o herramienta para ocultar el proceder ilícito de determinados dineros obtenidos como réditos de conductas delictivas perpetradas en EE. UU. De igual manera, el Tribunal se refiere a varios elementos esenciales para entender cuándo existe una sociedad pantalla, por ejemplo, la apariencia de legalidad de las actividades económicas y su finalidad únicamente delictiva⁵⁶.

El Tribunal también se refiere a que la compañía fue constituida para ser utilizada como una herramienta, en la fase de integración del delito de lavado de activos, para comprar bienes inmuebles y, de esta manera, otorgar una apariencia de licitud a dinero ilícito⁵⁷. De igual forma, al referirse a esta compañía como herramienta para cometer el delito de lavado de activos, el Tribunal señala que:

su creación era imprescindible para la configuración del tipo porque solamente a través de dicha compañía los bienes salían del patrimonio de los acusados como personas naturales e ingresaban al patrimonio de la compañía como persona jurídica⁵⁸.

Como se observa, el Tribunal señala acertadamente que la compañía Joally The Trio es creada única y exclusivamente con el propósito de ser utilizada para blanquear dinero. En este caso concreto, la persona jurídica fue constituida

54 Id., 150.

55 Id.

56 Id.

57 Id., 151.

58 Id., 152.

para que los bienes adquiridos con dinero ilícito ingresen al patrimonio de la compañía y, de esta manera, encubrir a los verdaderos beneficiarios.

Ahora, una vez que se ha realizado un análisis sobre las consideraciones que el Tribunal de Garantías Penales de Manta hizo en la sentencia respecto de la persona jurídica, es necesario referirse al tratamiento jurídico que el Tribunal aplicó a la sociedad pantalla Joally The Trio. Lastimosamente, en Ecuador, cuando se atribuye responsabilidad penal a una persona jurídica, se lo hace con una aplicación directa del artículo 49 del COIP sin que exista de por medio un análisis de los elementos necesarios para hablar de RPPJ.

Esto es exactamente lo que sucede en la sentencia que analizada en este acápite. El Tribunal atribuye de responsabilidad penal a la persona jurídica Joally The Trio de la siguiente manera. Primero, señala que, desde la vigencia del COIP, el artículo 49 del cuerpo legal permite que las personas jurídicas respondan penalmente. Luego, el Tribunal cita textualmente el artículo 49 del COIP y señala que, en concordancia con el inciso final del artículo 317 del COIP, una vez que ha quedado probado que la persona jurídica fue constituida como una empresa pantalla para ocultar dinero de origen delictivo, dispone la disolución y liquidación de la compañía Joally The Trio⁵⁹.

La ausencia de un análisis sobre los requisitos del artículo 49 del COIP que, como ya se mencionó, son casi idénticos a las exigencias del artículo 31 *bis* del CP, causa que la figura de RPPJ en Ecuador sea desnaturalizada y utilizada de manera banal. Esto ocasiona que el concepto de RPPJ en Ecuador, a diferencia de España, sea un concepto vacío y utilizado por el simple hecho de estar tipificado en la norma penal, y no porque realmente exista un análisis profundo de la aplicación, o no, de este concepto en casos concretos.

5.3. ¿QUÉ HACER CON LAS SOCIEDADES PANTALLA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PENAL ECUATORIANO?

En la sentencia que ha sido analizada en el acápite anterior, el Tribunal se refirió, en su decisión, al inciso final del artículo 317 del COIP, el cual tipifica el delito de lavado de activos. Este artículo señala lo siguiente en su inciso final:

En los casos antes mencionados, el lavado de activos también se sanciona con una multa equivalente al triple del monto de los activos objeto del delito, comiso de conformidad con lo previsto en este Código, disolución y liquidación de la persona jurídica creada para la comisión del delito⁶⁰.

59 Id., 154.

60 Artículo 317, COIP.

Sobre este inciso del artículo 317 del COIP hay algunas cosas que comentar sobre la persona jurídica y su participación en la comisión del delito de lavado de activos. Como se puede ver en el artículo citado, el COIP se refiere a la persona jurídica que ha sido creada para cometer el delito. En opinión del autor, cuando el COIP habla de la persona jurídica que es creada para perpetrar un acto delictivo, no queda duda que el legislador ha querido referirse a una sociedad pantalla. Esto es así porque las sociedades pantalla son aquellas personas jurídicas que son creadas para ser utilizadas como herramienta o instrumento para delinquir.

Dicho de otro modo, el inciso citado del artículo 317 del COIP no regula la RPPJ en sentido estricto, sino que se refiere exclusivamente a aquellas entidades constituidas con el propósito de cometer el delito de lavado de activos. Se trata de sociedades pantalla, que no pueden ser sujetas a responsabilidad penal, pues no reúnen los presupuestos establecidos en el artículo 49 del COIP, esto es, la existencia de una persona jurídica real y legítima que actúe a través de sus representantes. Sin embargo, al haber sido creadas con una finalidad delictiva, dichas entidades deben ser disueltas y liquidadas.

Cuando el Tribunal de Garantías Penales de Manta ordena la disolución y liquidación de la sociedad pantalla Joally The Trio hace referencia al artículo 49 del COIP, en concordancia con el inciso final del artículo 317 del mismo, para señalar que la persona jurídica es responsable penalmente. Sin embargo, por parte del Tribunal no existe ningún tipo de análisis sobre los elementos o requisitos necesarios que el artículo 49 del COIP exige para poder atribuir de responsabilidad penal a una persona jurídica.

La falta de este análisis lleva a que el Tribunal, erróneamente, atribuya de responsabilidad penal a una sociedad pantalla que, como se ha reiterado en este trabajo, no cumple con los requisitos del artículo 49 del COIP. El inciso final del artículo 317 del COIP es claro, no habla de RPPJ, sino que únicamente dice que aquellas sociedades constituidas con el fin de cometer el delito de lavado de activos deben ser disueltas y liquidadas. Esta es una disposición normativa acertada, pues si una persona jurídica es creada como instrumento para blanquear dinero, no corresponde realizar un análisis de RPPJ, sino que dicha sociedad debe ser tratada como lo que es: una herramienta utilizada por personas físicas para blanquear dinero. A esto se debe agregar que el inciso final del artículo 317 del COIP habla de personas jurídicas creadas para cometer un delito, lo que desde el punto de vista del autor es diferente de aquellas personas jurídicas que no fueron creadas para cometer el delito, sino que ya existían antes de la comisión del delito y, como consecuencia de la falta de mecanismos de control y prevención, se les puede atribuir responsabilidad penal.

En otras palabras, el inciso final del artículo 317 del COIP es claro, se refiere únicamente a aquellas personas jurídicas creadas para ser utilizadas como herramientas delictivas y que, por lo tanto, no se les puede atribuir responsabilidad penal. En ninguna parte esta disposición normativa habla de responsabilidad penal, solo habla de la consecuencia que se le debe aplicar a una sociedad pantalla. Si el legislador hubiese querido hablar de RPPJ, lo habría hecho de manera expresa, como ocurre, por ejemplo, en el delito de tráfico de influencias, tipificado en el artículo 285 del COIP. En este artículo, el legislador expresamente dice que “[e]n caso de determinarse responsabilidad de la persona jurídica será sancionada con la disolución y liquidación”⁶¹.

Esto quiere decir que el legislador ecuatoriano hace una clara diferencia entre aquellas personas jurídicas constituidas para cometer un delito —es decir, una sociedad pantalla que es creada con el fin de facilitar la ejecución de una conducta delictiva— de aquellas personas jurídicas a las que, como consecuencia de un defecto de organización dentro de su estructura, sí se les puede atribuir responsabilidad penal. En este sentido, la disposición normativa recogida en el inciso final del artículo 317 del COIP es adecuada. La forma en la que está redactada permite que la persona jurídica creada para cometer un delito sea liquidada y disuelta sin más, es decir, no requiere que se pruebe su responsabilidad penal para ser aplicada, de acuerdo con el artículo 49 del COIP.

Empero, lo que sucedió en la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales de Manta, dentro del proceso penal número 13284-2021-11352, es que los jueces, erróneamente, consideraron que para poder aplicar la sanción prevista en el inciso final del artículo 317 del COIP, primero, es necesario atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica. Sin embargo, aunque esto fuera cierto, el Tribunal no realiza ningún tipo de análisis sobre la existencia de los requisitos del artículo 49 del COIP en ese caso concreto.

Si el Tribunal hubiese realizado un análisis profundo sobre la RPPJ, podría haber determinado que, por ejemplo, a la sociedad Joally The Trio, al haber sido creada con el único fin de blanquear dinero, no se le puede exigir la existencia de mecanismo de control y prevención en su estructura. Por lo tanto, lo correcto hubiera sido que la sociedad pantalla ni siquiera sea procesada por la Fiscalía, sino que, al ser una herramienta del delito, se le aplique directamente la consecuencia prevista en el artículo 317 del COIP con base en el análisis efectuado por el Tribunal de que dicha persona jurídica fue creada exclusivamente para cometer el delito de lavado de activos por el cual fueron sentenciadas las dos personas físicas.

61 Id., artículo 285.

Una vez que se ha realizado un análisis sobre el tratamiento jurídico que el Tribunal aplicó a la persona jurídica Joally The Trio S. A., es momento de determinar cuál sería una solución para sociedades pantalla en Ecuador. En otras palabras, ¿qué se debe hacer con las sociedades pantalla en Ecuador? Una posible respuesta sería que el legislador reforme el COIP y, en su parte general en el artículo 49, incluya una norma similar al inciso final del artículo 317, pero aplicable a todos los delitos, con el fin de proveer a los juzgadores con una herramienta clara y eficaz para liquidar y disolver aquellas personas jurídicas que son creadas para cometer distintos delitos (sociedades pantalla) y no cumplen con los requisitos del régimen de RPPJ del artículo 49. La propuesta de *lege ferenda*, que debería ser incluida en la parte final del artículo 49, como nuevo inciso, es la siguiente:

No serán parte de este régimen y, por lo tanto, no serán procesadas penalmente las personas jurídicas que sean creadas para ser utilizadas como herramienta para cometer o posibilitar la comisión de uno o varios delitos tipificados en este Código, a pesar de que cuenten con una actividad económica, siempre y cuando esta actividad sea utilizada para encubrir delitos. Cuando el Tribunal o Juez competente, dentro de un proceso penal, determine la existencia de este tipo de persona jurídica deberá ordenar, en sentencia, el comiso de las acciones de la persona jurídica creada para dicho fin, conforme las reglas de este Código, y su inmediata disolución y liquidación.

El juzgador competente, previa solicitud fundamentada de la Fiscalía, en la que se exponga —con sustento en indicios suficientes que han sido recabados en la fase de investigación previa— por qué no resulta aplicable el régimen de responsabilidad penal previsto en el artículo 49 de este Código a la persona jurídica objeto de la solicitud, podrá ordenar, mediante resolución motivada, la medida cautelar de incautación de las acciones de dicha persona jurídica cuando esta haya sido constituida con el propósito de ser utilizada como herramienta para la comisión o facilitación de delitos, conforme a lo establecido en los artículos 549 y 557 de este Código.

Esto sin perjuicio de que se proceda conforme lo prescrito por la Ley Orgánica de Extinción de Dominio.

La tipificación de esta norma, en la parte general del COIP, sería útil por tres razones. Primero, con su tipificación, la Fiscalía General del Estado ecuatoriano dejaría de acusar a las sociedades pantalla por el solo hecho de ser personas jurídicas con base en el artículo 49 del COIP, a pesar de que no se cumplan los requisitos. De esta manera se evitaría acusar y procesar a personas jurídicas que no cumplen con las exigencias del artículo 49. De modo que los esfuerzos de la Fiscalía estarán dirigidos a perseguir a aquellas personas físicas que son las verdaderas beneficiarias de los frutos de los diferentes delitos.

La segunda razón por la que la tipificación en la parte general del COIP del texto propuesto sería útil es porque llevaría a que fiscales y jueces se vean obligados a realizar un análisis profundo sobre la existencia o no de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. De una u otra manera, los jueces deberían determinar, ya sea al momento de escuchar la acusación de la Fiscalía en la etapa preparatoria o al momento de dictar sentencia, si la acusación de la Fiscalía respecto de la persona jurídica cumple con los requisitos del artículo 49 del COIP o que, por el contrario, se trata de una sociedad pantalla que no debe ser procesada, sino simplemente disuelta y liquidada por haber sido creada con el único objetivo de ser herramienta para cometer delitos. Por el lado de la Fiscalía, los agentes fiscales se verían obligados a profundizar sobre el mismo análisis y, de esta manera, únicamente procesar a aquellas personas jurídicas a las que sí aplique el régimen del artículo 49 del COIP.

La tercera razón de la utilidad de la tipificación de esta propuesta legislativa radica en la posibilidad de aplicar la medida cautelar de incautación a las acciones de las sociedades pantalla y, de esta manera, excluirlas del tráfico jurídico y encargar su administración —lo que implica el control de los bienes a su nombre— a la entidad estatal correspondiente. Esto ayudaría a evitar el ocultamiento de bienes muebles o inmuebles que se encuentren a nombre de la sociedad pantalla a través de, por ejemplo, su enajenación; y de esta manera garantizar el comiso de estos en el caso de que se determine la responsabilidad penal de las personas físicas detrás de la sociedad instrumental. A esto se debe añadir que se incluye, de manera expresa, la posibilidad de que, respecto de las acciones de estas sociedades pantalla y, por ende, los bienes a nombre de esta, se proceda conforme el procedimiento previsto en la Ley de Extinción de Dominio de Ecuador, proveyendo así a la Fiscalía General de una herramienta más para combatir la delincuencia organizada.

Sin embargo, la tipificación de la propuesta que se ha presentado solo puede tener éxito si, de la mano de su inclusión en la norma penal ecuatoriana, la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus facultades legales como máximo órgano de administración de justicia ordinaria en Ecuador, empieza a desarrollar jurisprudencia sobre el régimen de RPPJ. Lo cual permitiría a los jueces de menor nivel tener una base sobre la cual analizar la responsabilidad penal de las distintas personas jurídicas que son procesadas por la Fiscalía. De esta manera, jueces y fiscales del país podrían comenzar a desarrollar criterios diversos respecto de los requisitos previstos en el artículo 49 del COIP y la participación de las personas jurídicas en conductas delictivas.

6. CONCLUSIONES

El análisis de la doctrina y jurisprudencia española sobre la RPPJ y las sociedades pantalla que ha sido recopilada en este trabajo permite sentar una base sobre este concepto y su aplicabilidad en Ecuador. El desarrollo del régimen de RPPJ en Ecuador es casi inexistente. El número de personas jurídicas acusadas por la Fiscalía es mínimo, sin embargo, cuando sí son acusadas, los jueces que conocen esos procesos no realizan ningún análisis respecto de los requisitos del artículo 49 del COIP necesarios para atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica. Esto ha llevado a que el concepto de RPPJ sea un concepto mal utilizado o aplicado como un concepto banal y prescindible. Esto, sin duda, ha llevado a que en Ecuador no exista mayor discusión sobre la RPPJ, a pesar de ser un concepto incorporado en la legislación desde hace más de diez años.

Por esta razón, es necesario remitirse a la doctrina y jurisprudencia de otros países, en este caso España, donde sí existe un análisis y desarrollo profundos sobre el régimen de la RPPJ. Esto ha permitido determinar que el régimen de RPPJ en Ecuador es muy similar al régimen en España, razón por la cual se ha determinado que el desarrollo existente en España sobre este concepto es fácilmente aplicable en el ámbito ecuatoriano. De esta manera, se ha obtenido una base de doctrina y jurisprudencia a partir de la cual se puede iniciar la construcción del concepto de RPPJ en Ecuador. Sin embargo, esta construcción conceptual es imposible si los órganos que forman parte de la administración de justicia penal en Ecuador no empiezan a desarrollar este concepto desde sus competencias.

Por otro lado, sobre las sociedades pantalla, con el análisis realizado a lo largo de este trabajo se ha podido determinar que el régimen de RPPJ no es aplicable a este tipo de personas jurídicas que son constituidas, única y exclusivamente, con el fin de ser utilizadas como herramientas o instrumentos para facilitar y encubrir la comisión de delitos. Sin embargo, no es posible tolerar que las sociedades pantalla queden exentas de toda sanción. Por esta razón se analizó el inciso final del artículo 317 del COIP y se concluyó que una solución viable para el tratamiento de las sociedades pantalla en Ecuador es la tipificación de una norma que permita a los jueces, en sentencia, ordenar la disolución y liquidación de aquellas personas jurídicas que son creadas para cometer delitos y no forman parte del régimen de RPPJ del artículo 49.

Desde un punto de vista dogmático, la exclusión de las sociedades pantalla del régimen de RPPJ responde a la necesidad de salvaguardar el principio de culpabilidad en materia penal. Atribuir responsabilidad a un ente ficticio creado únicamente como instrumento del delito implica desnaturalizar el fundamento de la RPPJ, que presupone la existencia de una mínima organización

empresarial susceptible de ausencia de control interno. En consecuencia, el tratamiento procesal diferenciado no solo es más eficiente, sino también más coherente con los principios básicos del derecho penal. El derecho comparado, en particular la experiencia española, ofrece parámetros útiles para orientar la discusión ecuatoriana. No se trata de subsumir mecánicamente ambos regímenes, sino de reconocer que allí, donde el legislador ecuatoriano reprodujo criterios normativos similares, la interpretación jurisprudencial y doctrinal española puede servir como referencia para evitar errores y construir un desarrollo propio de la RPPJ en Ecuador.

Las sociedades pantalla, al ser meros instrumentos o herramientas del delito, en especial de delitos económicos relacionados con el crimen organizado transnacional, facilitan actividades ilícitas que acarrear enormes consecuencias negativas en los países democráticos. Por lo que, si bien a través de este trabajo se busca proveer de un mecanismo a los administradores de justicia para combatir una de las herramientas utilizadas por el crimen organizado para cometer y encubrir delitos, la lucha contra estos organismos delictivos también debe extenderse a los demás órganos administrativos de control. Por lo tanto, lo expuesto en este trabajo debe ser considerado como una propuesta que inicie la discusión del concepto de la RPPJ y las sociedades pantalla en Ecuador, tanto en el ámbito penal como en el administrativo, porque solo a través de un trabajo conjunto se puede combatir al crimen organizado transnacional y sus sociedades pantalla.

Great
Place
To
Work®

Certified

NOV 2024-NOV 2025

ECUADOR



ZION

ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A.



www.zion.com.ec

[in](#) [@](#) [@zionfondos](#)

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)





@usfqpress