

Junio 2026
ISSN 2631-2573
E-ISSN 1390-8014

USFQ LAW REVIEW

Volumen XIII. Núm. 1





VOLUMEN XIII, NÚM. I • JUNIO 2026



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 XIII, Número 1, junio 2026

DOI Núm. 1: <https://doi-org/10.18272/ulr.v13i1>

EQUIPO EDITORIAL

DIRECTORES EDITORIALES

Ruth Mariana Ponce Guillén

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0000-0009-4793-5747>

Kristhian Marcelo Guevara Tipán

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0000-0005-0823-0059>

COMITÉ EDITORIAL

Editores en Jefe

Ruth Mariana Ponce Guillén

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0000-0009-4793-5747>

Kristhian Marcelo Guevara Tipán

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0000-0005-0823-0059>

Editores Asociados

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>

Lelia Doménica Medina Rodríguez

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0004-2049-6178>

Isabella Garzón Campaña

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0006-3946-6811>

Andrés Regalado Mantilla

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0007-6217-8823>

Editores Junior

Estefanía Yusabeth Pico Torres

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0005-3047-4770>

Fernando Camilo Aguilar Cárdenas

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0008-9400-266X>

Dariana Valeria Coronel Ayala

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0004-3002-9792>

Doménica Gabriela Coello Cahuana

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0003-3385-8249>

Joaquín Eduardo Varela Nieto

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0005-3898-5575>

Juliana Andrea Naranjo Lasso

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0009-6687-6324>

Diego Xavier Estévez Landeta

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0009-1857-5316>

María Eduarda Calero Quintana

Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

<https://orcid.org/0009-0005-7962-9665>

REVISORES PARES EXTERNOS

Santiago Albán, Natalia Barona Martínez, Alberto Bonilla, Ana Carolina Donoso, Jaime Dousdebés, Ivanna Gaona, David Gonzalón, Sophia Lobato, Juan Francisco Marín, Andrés Mariño, María Paula Mesías, José Moya Valdivieso, María Gracia Naranjo, Paúl Noboa, Kevin Damián Ortiz, Verónica Regalado, Eduardo Regalado, Darío Vicuña, Miguel Ángel Zumba.

CONSEJO ASESOR

Xavier Andrade, PhD
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)

Juan Carlos Prado, 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. Ruth Mariana Ponce Guillén y Kristhian Marcelo Guevara Tipán,
Editores en Jefe Universidad San Francisco de Quito (USFQ)
Calle Diego de Robles y Vía Interocéánica, Campus Cumbayá
Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: lawreview@usfq.edu.ec

PRESENTACIÓN DE LA REVISTA

USFQ Law Review es la primera revista jurídica, académica, arbitrada e indexada del Ecuador, en ser íntegramente desarrollada y administrada por estudiantes de pregrado. Nació en el año 2012 como una iniciativa estudiantil de la Universidad San Francisco de Quito con publicación anual, convirtiéndose hoy en día en un proyecto editorial de publicación semestral y con apertura autoral. Su objetivo es brindar un espacio para que estudiantes, profesionales y académicos, publiquen trabajos de investigación jurídica en diversas áreas del Derecho a través del planteamiento de opiniones críticas sobre temas de relevancia actual.

Además, busca ser una fuente de investigación y consulta destacada por su contenido de alto nivel académico y propender siempre hacia la calidad de la discusión jurídica en Ecuador y en toda la región. El Comité Editorial de *USFQ Law Review* ha desplegado importantes esfuerzos por garantizar que el objetivo académico de la revista tenga un impacto integral. Por ello, desde el año 2023 se han desarrollado actividades mensuales como *webinars*, podcast y boletines que, sin duda, han sido un valor agregado del proceso editorial y una forma de retribuir a toda la comunidad que ha creído en el proyecto.

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

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

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

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

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

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

Correo electrónico: lawreview@usfq.edu.ec

Equipo Editorial

USFQ Law Review

Universidad San Francisco de Quito

PRESENTACIÓN DEL NÚMERO

La reflexión jurídica exige espacios que promuevan el análisis crítico de los desafíos que enfrentan los sistemas normativos contemporáneos. En este contexto, *USFQ Law Review* reafirma su compromiso con la difusión de investigación jurídica rigurosa y de alta calidad. La presente entrega no es la excepción. Tras un minucioso proceso editorial, tenemos el agrado de presentar el primer número del Volumen XIII, que se compone de cinco artículos destacados.

En materia de Derecho Administrativo y Contratación Pública, Félix Reyes Chévez y Carlos Correa García analizan la terminación unilateral de los contratos administrativos por “circunstancias técnicas o económicas imprevistas” regulado en la legislación ecuatoriana. Los autores sostienen que la configuración actual de esta figura genera incertidumbre respecto del alcance del deber de compensación al contratista y de los mecanismos adecuados para exigirla. A partir de un examen del principio de equilibrio económico-financiero y de las potestades exorbitantes de la Administración, el artículo advierte los riesgos de afectación al contratista y las limitaciones del sistema vigente de reclamación.

En el ámbito del Derecho Tributario, Ronald Sacoto Quinteros examina el tratamiento jurídico-tributario de los criptoactivos en Ecuador, particularmente en relación con el impuesto a la salida de divisas. A través de un análisis conceptual y comparado, el autor estudia si las operaciones con criptoactivos pueden configurar el hecho generador de este tributo, así como los límites impuestos por los principios de legalidad tributaria y realidad económica. El trabajo identifica los principales vacíos regulatorios existentes y propone criterios interpretativos orientados a preservar la seguridad jurídica.

Por su parte, en materia de Derecho Procesal, Gabriel Moncayo Grijalva realiza una revisión sistemática del régimen ecuatoriano de homologación de sentencias extranjeras a partir de la entrada en vigor del Código Orgánico General de Procesos. El autor contrasta el sistema actual con el régimen previsto en el derogado Código de Procedimiento Civil y examina las principales tensiones surgidas en la práctica judicial, especialmente en torno al control del orden público.

Con relación al área de Derecho Constitucional, Oswaldo Abalco Vizcaino y Jhony Toaquiza Díaz analizan la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador relativa a la procedencia de la acción de incumplimiento frente a medidas cautelares autónomas constitucionales. Los autores examinan la tensión existente entre el carácter provisional de estas medidas y la necesidad de garantizar su ejecución efectiva. A partir del estudio de las excepciones reconocidas por la Corte Constitucional, el trabajo concluye que una interpretación excesivamente

restrictiva de la acción de incumplimiento puede debilitar la tutela judicial efectiva, proponiendo una flexibilización de los criterios jurisprudenciales vigentes.

Finalmente, en materia de Derecho Bancario y Civil, Juan Javier Celi Ponce examina críticamente la figura del depósito bancario en el sistema financiero ecuatoriano. Mediante un análisis doctrinario y económico del derecho, el autor cuestiona si el depósito bancario, tal como se encuentra regulado y aplicado en la práctica, conserva realmente la naturaleza jurídica de un contrato de depósito. El artículo concluye que existe una incompatibilidad entre la estructura del depósito irregular y el funcionamiento del modelo bancario de encaje fraccionario reconocido en el ordenamiento ecuatoriano.

Para el Comité Editorial es un honor contar con los trabajos de articulistas comprometidos con el desarrollo de la academia en Ecuador. Por ello, extendemos nuestro más sincero agradecimiento a todos los profesionales y estudiantes que hacen posible la publicación de este primer número del Volumen XIII 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: Almeida Guzmán & Asociados, AVL, Bustamante Fabara, Cabezas Wray & Albán, Consulegis Abogados, Coronel y Pérez, Corral Rosales, Durini & Guerrero, ECIJA, Lexvalor, López Ribadeneira Mora, Pérez Bustamante & Ponce, Robalino, Santamaría Abogados, Santillán Abogados, Vivanco & Vivanco, ZION.

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 primer número del año 2026 sea de su agrado.

Quito, junio de 2026

Ruth Mariana Ponce Guillén
EDITORA EN JEFE

Kristhian Marcelo Guevara Tipán
EDITOR EN JEFE

ÍNDICE

La terminación del contrato administrativo por “circunstancias técnicas o económicas imprevistas”: equilibrio económico y el deber de compensación	1
FÉLIX IVÁN REYES CHÉVEZ Y CARLOS ELÍAS CORREA GARCÍA	
¿Hay salida de divisas sin divisas? Criptoactivos y el impuesto a la salida de divisas en Ecuador	45
RONALD VICENTE SACOTO QUINTEROS	
Homologación de sentencias extranjeras a la luz del Código Orgánico General de Procesos	80
GABRIEL ALEJANDRO MONCAYO GRIJALVA	
Criterios jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de incumplimiento en las medidas cautelares autónomas constitucionales en Ecuador	123
OSWALDO RAPHAEL ABALCO VIZCAINO Y JHONY MARCELO TOAQUIZA DÍAZ	
La desnaturalización del contrato de depósito de dinero en el sistema bancario ecuatoriano	152
JUAN JAVIER CELI PONCE	

La terminación del contrato administrativo por “circunstancias técnicas o económicas imprevistas”: equilibrio económico y el deber de compensación

Termination of Administrative Contracts on Grounds of “Unforeseen Technical or Economic Circumstances”: Economic Equilibrium and the Duty to Indemnify

FÉLIX IVÁN REYES CHÉVEZ*

CARLOS ELÍAS CORREA GARCÍA**

Recibido / Received: 26/01/2026

Aceptado / Accepted: 15/04/2026

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v13i.4193>

Citación:

Reyes, Félix y Carlos Correa. “La terminación del contrato administrativo por “circunstancias técnicas o económicas imprevistas”: equilibrio económico y el deber de compensación”. *USFQ Law Review*, vol. 13, n°. 1. (Junio de 2026): <https://doi.org/10.18272/ulr.v13i.4193>.

* Coronel & Pérez, Socio, Av. 9 de Octubre y Malecón, Edificio La Previsora, Guayaquil, Guayas, Ecuador. Abogado por la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: freyes@coronelyperez.com. ORCID ID: 0009-0002-8912-7499.

** Coronel & Pérez, Abogado, Av. 9 de Octubre y Malecón, Edificio La Previsora, Guayaquil, Guayas, Ecuador. Abogado por la Facultad de Derecho, Política y Desarrollo de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES). Correo electrónico: cecorreagarcia@gmail.com. ORCID ID: 0000-0002-4225-2447.

RESUMEN

El presente artículo examina el régimen ecuatoriano de terminación unilateral de los contratos administrativos relativo a “circunstancias técnicas o económicas imprevistas” de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, figura que resulta equiparable a la terminación “por razones de conveniencia” o “por interés público” reconocida en otros ordenamientos. El trabajo sostiene que dicho régimen, en su configuración actual, genera un riesgo significativo de producir un daño injusto al contratista, al no definir de manera clara ni el alcance del deber de compensación ni el cauce jurídico-procesal idóneo para hacerlo efectivo. Sobre esta base, el artículo analiza: (i) la noción de contrato administrativo conforme al derecho ecuatoriano y el principio de equilibrio económico-financiero, esencial en la contratación pública; (ii) las potestades exorbitantes de la Administración, en particular aquella que le permite dar por terminado unilateral y anticipadamente un contrato administrativo —con especial atención a la causal antes mencionada y a los fundamentos del deber indemnizatorio destinado a compensar al contratista frente a la activación de dicha causal—; y (iii) las principales vías de reclamación actualmente disponibles para el contratista, poniendo de relieve la incertidumbre que caracteriza al sistema vigente y los obstáculos a los que se enfrenta cada alternativa.

PALABRAS CLAVE

Contratos administrativos; potestades exorbitantes; terminación unilateral; terminación por conveniencia; equilibrio económico-financiero

ABSTRACT

This article examines the Ecuadorian legal regime governing the unilateral termination of administrative contracts concerning “unforeseen technical or economic circumstances” of the Organic Law of the National Public Procurement System, a provision comparable to termination on grounds of “convenience” or “public interest” as recognized in other legal systems. This article argues that this regime, in its current design, entails a significant risk of causing unjust harm to the contractor, as it fails to clearly define either the scope of the State’s duty to compensate or the appropriate legal-procedural mechanism to make such compensation effective. On this basis, the article analyzes: (i) the notion of an administrative contract under Ecuadorian law and the principle of economic-financial equilibrium, which is essential in public procurement; (ii) the Administration’s exorbitant prerogatives and, in particular, the one that allows it to unilaterally and prematurely terminate an administrative contract—with special attention to the aforementioned ground and to the foundations of the indemnification duty aimed at compensating the contractor when such ground is invoked—and (iii) the main avenues of claim currently available to the contractor, highlighting the uncertainty that characterizes the existing system and the obstacles each alternative faces.

KEY WORDS

Administrative contracts; exorbitant prerogative; unilateral termination; termination on grounds of convenience; economic-financial equilibrium

1. INTRODUCCIÓN

Es uno de los principios más básicos del derecho patrimonial ecuatoriano que todo daño injusto debe ser reparado por quien lo provoca¹. En el ámbito de la responsabilidad contractual, este principio se traduce en que el deudor debe responder por los daños ciertos y directos que sean la consecuencia inmediata de su incumplimiento². Así, si una de las partes decide terminar de forma prematura e injustificada un contrato, sin estar facultada para ello, será responsable por los perjuicios derivados de esa decisión.

Sin embargo, a la luz de la legislación ecuatoriana en materia de contratación pública, ese principio —que responde a exigencias elementales de la justicia conmutativa— no parece aplicarse en todos los casos, o al menos no con la claridad necesaria. En este artículo académico identificamos ciertas situaciones en las que, cuando la Administración termina unilateral y anticipadamente un contrato público, podría no responder por los daños que cause a su contraparte privada.

Esto ocurre, en concreto, frente al numeral 7 del artículo 108 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante LOSNCP)³, que permite a la Administración “declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato”⁴. La primera parte de esta causal, que se refiere al acaecimiento de “circunstancias técnicas o económicas imprevistas”, se asemeja —a criterio nuestro— a lo que en otras

1 Ese principio, conocido como principio de reparación integral (o *restitutio in integrum*) suele derivarse en el derecho ecuatoriano, tradicionalmente, del artículo 2229 del Código Civil, que dispone: “[p]or regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”. Ver Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, artículo 2229.

2 En general, bajo el derecho ecuatoriano, la responsabilidad contractual se produce cuando el daño se ha originado como consecuencia del incumplimiento de una obligación establecida en un contrato. Para que proceda la obligación de indemnizar por responsabilidad contractual deben cumplirse cuatro requisitos: (i) debe existir el incumplimiento doloso o culpable de una obligación contractual; (ii) el deudor debe estar constituido en mora; (iii) debe haber un daño; y (iv) debe haber una relación o nexo de causalidad entre el incumplimiento de la obligación y el daño. En el ámbito contractual, la culpa se presume. Esto quiere decir que no es necesario que el acreedor demuestre la negligencia del deudor, sino que es este quien debe probar que actuó con la diligencia debida y que no incurrió en ninguna conducta culpable. De esta manera, una vez incumplida una obligación contractual, es el demandado el que tiene que acreditar que obró con la debida diligencia. Ver Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, y Antonio Vodanovic, *Tratado de las obligaciones*, volumen II (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2015), 264.

3 En el derecho ecuatoriano, los contratos (i) celebrados por entidades estatales, así como aquellos celebrados por entidades privadas cuya composición accionaria es mayoritariamente pública o que, en su caso, administran fondos públicos y (ii) cuyo objeto consiste en la adquisición o arrendamiento de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios están regidos por la LOSNCP. Esta ley, junto con su Reglamento y la normativa secundaria que la desarrolla, establece el marco jurídico aplicable al ejercicio de la actividad de la Administración en el contexto de la contratación pública.

4 Ver LOSNCP, Registro Oficial n.º 395, 4 de agosto de 2008, artículo 108.7.

jurisdicciones se conoce como “terminación por razones de conveniencia” o “por interés público” y constituye el objeto esencial de nuestra investigación.

Bajo la LOSNCP, las partes contractuales disponen, en primer lugar, de un mecanismo prelitigioso destinado a procurar que, cuando concurren tales circunstancias, se alcance una terminación de “mutuo acuerdo” del contrato⁵. De llegar a un acuerdo, las partes deben además llevar a cabo la liquidación de los valores correspondientes, de modo que cualquier deuda quede saldada; es decir, que, al liquidarse el contrato, la Administración pague al contratista los valores a los que este último tenga derecho, en caso de que aquella haya decidido activar la terminación conforme a la causal prevista en el artículo 108.7.

Sin embargo, la LOSNCP no contempla un mecanismo de remediación sustantiva que garantice que, si no se alcanza un acuerdo mutuo —escenario que, dicho sea de paso, es bastante plausible dada la asimetría de poder que normalmente existe entre la Administración y el contratista—, se preserve el equilibrio económico-financiero del contrato aun frente a la decisión de terminarlo; ello implica, fundamentalmente, que se asegure una reparación completa y adecuada a favor del contratista.

Si se acude supletoriamente al régimen general del derecho administrativo o, tratándose de una relación cuyo origen es contractual, al derecho común —regido principalmente por el Código Civil—, creemos que las alternativas disponibles para que el contratista privado exija una remediación por los daños que hubiera sufrido presentan algunos riesgos significativos, al punto de que dicho contratista podría quedar sin la reparación debida. A nuestro juicio, ello constituiría una consecuencia social y económicamente indeseable, además de injusta desde el plano jurídico.

Por tal razón, sostenemos que es necesario construir, desde el derecho de la contratación pública, una solución —ya sea normativa o jurisprudencial— que garantice la indemnidad del contratista afectado por la terminación unilateral y anticipada de un contrato sometido a la LOSNCP bajo la causal de “circunstancias técnicas o económicas imprevistas”.

Con eso en mente, la estructura de este artículo se organiza en tres secciones:

- i. La primera, dedicada a analizar, por un lado, el concepto de contrato administrativo conforme al derecho ecuatoriano y, por otro, el principio de equilibrio económico-financiero, esencial para los contratos públicos regidos por la LOSNCP y que, además, servirá como parámetro para examinar la juridicidad del derecho del contratista privado a reclamar por los daños que la terminación

5 Id., artículo 107.

- unilateral y anticipada pudiera haberle ocasionado.
- ii. La segunda, examina la potestad exorbitante de la Administración para terminar unilateral y anticipadamente un contrato administrativo, en particular la causal que hemos comentado previamente: la terminación por “circunstancias técnicas o económicas imprevistas”.
 - iii. La última sección, explora las vías actualmente disponibles para que el contratista privado reclame una reparación en caso de que la terminación decidida por la Administración, bajo la causal antes indicada, le haya ocasionado un daño; así como los riesgos y problemas que advertimos en cada una de ellas y que, en nuestra opinión, podrían conducir en última instancia a que el contratista no quede indemne, sino que deba cargar —de manera injusta, a nuestro criterio— con las consecuencias lesivas de una terminación motivada en circunstancias, técnicas o económicas, que resultan de conveniencia para la Administración.

Al final hemos incorporado también una brevísima sección propositiva que contiene una propuesta de solución jurídica a la problemática identificada —la cual debe entenderse, desde luego, como una opinión de los autores abierta a discusión, a un análisis riguroso por parte de la doctrina administrativista y a su mejora continua a través de un proceso dialógico— junto con una sección de conclusiones en la que se sintetizan los principales hallazgos de este trabajo académico.

2. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO EN EL DERECHO ECUATORIANO

2.1. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO COMO INSTRUMENTO PARA LA SATISFACCIÓN DE LAS NECESIDADES PÚBLICAS

El Estado moderno depende, en gran medida, de la contratación administrativa. A través de ella colabora con actores privados para asegurar la prestación de bienes y servicios públicos. De este modo, el sector privado puede asumir funciones que el Estado no está en capacidad de emprender por sí mismo o que realizaría de manera menos eficiente. Puede afirmarse, por ello, que la contratación administrativa es, ante todo, una herramienta económica destinada a promover el uso eficiente de los recursos públicos. Sin contratos administrativos, el Estado simplemente no podría atender las necesidades de una sociedad contemporánea compleja o lo haría de manera ineficiente a un mayor costo para los administrados —lo cual, bajo la lógica económica y el sentido común, es una consecuencia altamente indeseable—.

Dicho lo anterior, es preciso preguntarse: ¿qué se entiende, bajo la ley ecuatoriana, por contrato administrativo? Según el artículo 125 del Código Orgánico Administrativo (en adelante COA), nos encontramos ante un contrato administrativo cuando existe un “acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa”⁶. De manera prácticamente idéntica, el artículo 75 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante ERJAFE) señala que un contrato administrativo “[e]s todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”⁷.

A partir de estas definiciones podemos identificar con claridad dos elementos comunes a los contratos administrativos según la ley ecuatoriana: (i) por un lado, la existencia de un “acuerdo de voluntades” o una “declaración de voluntad común”, productora de efectos jurídicos; (ii) por otro, la intervención de una entidad que actúa en virtud del ejercicio de una “función administrativa”.

El primero de estos elementos permite corroborar que, bajo el derecho ecuatoriano, los contratos administrativos son auténticos contratos. Esto implica que constituyen actos jurídicos bilaterales que reflejan un “curso real de voluntades” entre las partes intervinientes y que, en consecuencia, generan obligaciones para ellas⁸. El segundo elemento de la definición —la exigencia de que uno de los intervinientes ejerza funciones administrativas— no resulta suficiente, al menos por sí solo, para determinar con certeza que estamos frente a un contrato administrativo. Ello se explica porque la doctrina ha reconocido la existencia de otras modalidades contractuales empleadas por la Administración y las entidades que la conforman que, sin embargo, no ostentan la naturaleza de contratos administrativos en sentido estricto. Nos referimos a los denominados contratos de derecho privado celebrados por la Administración; esto es, aquellos contratos suscritos por entidades que ejercen funciones administrativas, pero que, en atención a su objeto y naturaleza, no pueden calificarse como contratos administrativos propiamente dichos —razón por la cual se rigen por las normas del derecho común y no por el régimen especial de la contratación administrativa—⁹.

6 Ver COA, Segundo Registro Oficial Suplemento n.º 31, 7 de julio de 2017, artículo 125.

7 Ver Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial 536, 18 de marzo de 2002, artículo 75.

8 En ese sentido, el artículo 1453 del Código Civil ecuatoriano establece que “[l]as obligaciones [pueden nacer] [...] del curso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones [...]”. Ver Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, artículo 1453.

9 Al respecto, el jurista Juan Alfonso Santamaría Pastor explica que, en España, “[e]l sistema legal se encuentra asentado sobre una [...] cuestión básica, la distinción entre contratos administrativos y privados de las Administraciones públicas”. A su vez, el administrativista argentino Juan Carlos Cassagne dice que “[l]a existencia de contratos de la Administración parcialmente regidos por el derecho privado es, por lo general, propugnada por la doctrina nacional y extranjera”. Ver Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Principios de derecho administrativo general*, tomo II (Madrid: Lustel, 2016), 178; ver también Juan Carlos Cassagne, *El contrato administrativo* (Buenos Aires: LexisNexis / Abeledo-Perrot, 2005), 38.

A la luz de tal insuficiencia, la doctrina ha desarrollado criterios adicionales para identificar cuándo nos encontramos, efectivamente, ante un contrato administrativo. Uno de los más aceptados es el que pone el acento en el objeto o en la finalidad del contrato celebrado por la entidad que ejerce funciones administrativas: este debe orientarse a la “satisfacción de necesidades públicas” (v. gr., la ejecución de una obra pública o la prestación de un servicio público)¹⁰. Desde esta perspectiva, los contratos administrativos se conciben como instrumentos que facilitan la colaboración entre la Administración pública y los particulares con miras a cumplir directamente los “fines públicos” del Estado; es decir, a satisfacer los intereses de la colectividad a la que sirve. Esta perspectiva resulta, por todo lo demás, plenamente coherente con el ordenamiento jurídico ecuatoriano. La Constitución del Ecuador concibe a la administración pública como un “servicio a la colectividad”¹¹, y establece como deber primordial del Estado garantizar los derechos¹², entre ellos el acceso a bienes y servicios de calidad, prestados con eficiencia, eficacia y buen trato¹³. En esa misma línea, la LOSNCP orienta la contratación pública a la satisfacción de necesidades ciudadanas y del interés general y califica expresamente a los contratos celebrados por las entidades contratantes como contratos administrativos¹⁴.

De este modo, no cabe duda de que, en el derecho ecuatoriano, los contratos administrativos tienen tal calidad no solo en virtud de que uno de los contratantes ejerza funciones administrativas, sino, primordialmente, porque su *raison d'être* se encuentra incardinada en la consecución de los fines públicos del Estado; esto es, el servicio a la colectividad y la satisfacción de necesidades de la ciudadanía y del interés general. Ello se manifiesta especialmente en los contratos sometidos a la LOSNCP.

Ahora bien, la naturaleza particular de la contratación administrativa, orientada a la satisfacción de necesidades públicas, justifica la existencia de un régimen jurídico especial.

10 En esa línea, Miguel Marienhoff, uno de los tratadistas más reconocidos en la materia, sostiene que existe un contrato administrativo cuando la prestación a cargo del contratista se vincula directa e inmediatamente con alguno de los fines públicos propios del Estado. A su turno, Cassagne señala que “[e]n el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo [...]”. Ver Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, tomo III (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978); ver también Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, tomo IV (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978); ver también Cassagne, *El contrato administrativo*, 21.

11 En efecto, el artículo 227 de la Constitución reconoce de manera expresa que “[l]a administración pública constituye un servicio a la colectividad [...]”. Ver Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, artículo 227.

12 Id., artículo 11.9

13 Id., artículo 66.25.

14 En efecto, en cuanto al ámbito de aplicación de la LOSNCP —cuyo artículo 1 señala que su finalidad es la “adquisición de] bienes, obras, servicios y consultorías, para la satisfacción de necesidades de la ciudadanía y del interés general”— el artículo 74 de la misma ley aclara que “[l]os contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes son contratos administrativos”. Ver LOSNCP, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, artículo 74.

En efecto, los contratos administrativos se diferencian de los contratos regidos por el derecho común principalmente porque están sometidos a un régimen caracterizado por la existencia de prerrogativas unilaterales a favor de la Administración, las cuales son abiertamente contrarias al principio de igualdad que normalmente rige en las relaciones contractuales privadas. Estas prerrogativas se conocen como potestades exorbitantes. Dichas potestades confieren a la Administración facultades que exceden aquellas que corresponderían a una parte privada en un contrato regido por el derecho común.

En Ecuador, la Corte Nacional de Justicia ha manifestado que estas prerrogativas son inherentes a las relaciones contractuales administrativas y se derivan directamente de la prevalencia del interés público en este tipo de vínculos, así como del hecho de que una de las partes es siempre una entidad que actúa en ejercicio de una función administrativa y que, por lo mismo, dispone de poderes que exceden los de un contratante privado. Por ejemplo, en *Duchi Brito c. GAD Municipal de Tiwintza*, la Corte Nacional reconoció que “[u]n contrato administrativo presenta caracteres que le son propios: desigualdad de las partes, prerrogativas especiales correspondientes a la administración durante el lapso de ejecución y vigencia del contrato, finalidad propia de la administración pública, y otros”¹⁵.

Bajo el derecho ecuatoriano, existen dos mecanismos de fijación de las potestades exorbitantes. Por un lado, en ciertos casos, la ley confiere a las entidades administrativas estas prerrogativas de manera directa y expresa, determinando su alcance y contenido de forma clara. Y, por otro, en el resto de los casos, la ley puede reconocer la existencia de prerrogativas adicionales, pero deja su configuración concreta a lo que las partes pacten en el respectivo contrato administrativo. Esto último se materializa mediante la inclusión de las denominadas cláusulas exorbitantes, que la jurisprudencia nacional ha identificado como uno de los elementos característicos de los contratos administrativos. Así, por ejemplo, en *Consorcio Urbanizaciones y Construcciones CCV Cía. Ltda. y Asociados c. Municipio de Cuenca*, la antigua Corte Suprema de Justicia expresó que “es indudable que en el contrato administrativo se incluyen cláusulas, que los autores llaman exorbitantes, por cuanto establecen facultades especiales para la entidad pública contratante y que no se incluyen en los contratos que se celebran entre particulares, y cuya justificación es, sin duda, la protección del interés público”¹⁶.

15 Ver *Duchi Brito c. GAD Municipal de Tiwintza*, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, Resolución 710-2017, 22 de junio de 2017, Registro Oficial 93, 29 de enero de 2021; ver también Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, tomo I (Madrid: Civitas, 1993).

16 Ver *Consorcio Urbanizaciones y Construcciones CCV Cía. Ltda. y Asociados c. Municipio de Cuenca*, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución 31-99, 4 de marzo de 2004, Registro Oficial 414, 6 de septiembre de 2004.

La ley ecuatoriana reconoce, al menos, cinco manifestaciones evidentes de prerrogativas exorbitantes que sitúan a la Administración en una posición de supremacía frente al contratista privado. Tales son (i) la terminación unilateral y anticipada del contrato¹⁷, (ii) la modificación unilateral de sus términos o *ius variandi*,¹⁸ (iii) la imposición de sanciones o multas contractuales¹⁹, (iv) la suspensión de la ejecución del contrato²⁰ y (v) la facultad de fiscalización y control sobre el cumplimiento del contrato²¹. La doctrina reconoce, además, la alteración de las condiciones contractuales mediante actos normativos de carácter general (el denominado hecho del príncipe o *factum principis*) como otra manifestación de las potestades exorbitantes de la Administración²².

En este artículo nos centraremos exclusivamente en la primera de estas prerrogativas, que constituye, a criterio de muchos, la expresión más clara del ejercicio de los poderes exorbitantes de la Administración en el derecho ecuatoriano. Así lo reconoció la antigua Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en *UMACPA c. INECEL*, al señalar que la potestad de terminación unilateral y anticipada constituye “una institución propia del contrato administrativo, que sólo se explica en él”²³.

2.2. EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO-FINANCIERO EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como vimos, las potestades exorbitantes son una manifestación de la asimetría que existe en el contrato administrativo entre una de las partes —la Administración— y la otra —el contratista privado—. La mayoría de ellas tiene, además, la particularidad de que su ejercicio altera el régimen prestacional para el cual el contrato fue concebido por ambas partes en un inicio y que, precisamente, las motivó a vincularse. Dicho de otro modo, el ejercicio de las potestades exorbitantes de la Administración alterará la economía del contrato y lo hará siempre en desmedro de la parte contratista, ya que es la

17 Ver LOSNCP, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, artículo 108; ver también Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo 193, Noveno Registro Oficial Suplemento 153, 28 de octubre de 2025, artículo 408.

18 Ver LOSNCP, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, artículos 96-105; ver también Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo 193, Noveno Registro Oficial Suplemento 153, 28 de octubre de 2025, artículos 380-405.

19 Ver LOSNCP, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, artículo 82.4; ver también Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo 193, Noveno Registro Oficial Suplemento 153, 28 de octubre de 2025, artículos 375-377.

20 Ver Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo 193, Noveno Registro Oficial Suplemento 153, 28 de octubre de 2025, artículos 356-358.

21 Ver LOSNCP, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, artículo 92; ver también Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo 193, Noveno Registro Oficial Suplemento 153, 28 de octubre de 2025, artículos 359-363.

22 Ver Pedro J. J. Coviello, “El contrato administrativo: ¿*Lex inter partes* o *ius variandi*?”, *Derecho PUCP*, n.º 66 (2011), <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201101.007>; ver también Juan Carlos Flores Rivas, “Revisión de los contratos administrativos: El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales”, *Revista de Derecho (Valparaiso)*, n.º 53 (2019), <https://doi.org/10.4067/S0718-68512019005000403>; ver también Cassagne, *El contrato administrativo*.

23 Ver *UMACPA c. INECEL*, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Resolución 254-97, 19 de febrero de 1999, Registro Oficial Suplemento 214, 17 de junio de 1999.

Administración la facultada para ejercer estas prerrogativas —que, por lógica, activará cuando le resulten convenientes para sí y para los fines públicos que persigue— y es el contratista quien debe soportar las consecuencias de su ejercicio.

Sin embargo, dado que, como dijimos, los contratos administrativos continúan siendo verdaderos contratos, les resultan aplicables las reglas de justicia propias de la naturaleza que les es inherente y que contempla y desarrolla el derecho común. Así, cuando el contrato administrativo tenga naturaleza bilateral y conmutativa²⁴, tales contratos generarán obligaciones recíprocas entre las partes y, justamente por ese carácter conmutativo, deberán mantener la correspondencia de prestaciones en favor de la equidad y del equilibrio contractual. Ello responde a las exigencias de lo que, desde la doctrina civilista, se conoce como el principio de equivalencia de las prestaciones²⁵, concebido para garantizar la justicia conmutativa entre las partes y que exige, en esencia, preservar el equilibrio en las prestaciones asumidas por cada una de ellas²⁶.

La doctrina administrativa se ha pronunciado de manera amplia en el sentido de que los contratos administrativos, por la naturaleza que hemos señalado, están sujetos a las exigencias de la justicia conmutativa²⁷. Y precisamente la aplicación de dicha justicia ha llevado a que muchos reconozcan que, cuando se producen alteraciones en el equilibrio de las prestaciones contractuales

24 El Código Civil ecuatoriano prevé que, cuando un contrato genera obligaciones recíprocas para ambas partes, se trata de un contrato bilateral, y que, cuando este es oneroso, reviste además un carácter conmutativo. Conforme al artículo 1457 del Código Civil, son conmutativos aquellos contratos en los cuales “cada una de las partes se oblig[a] a dar o hacer una cosa que se mire como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez”. Ver Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, artículo 1457.

25 Ver Patricia López Díaz, “El principio de equilibrio contractual en el Código Civil chileno como fundamento de algunas instituciones del moderno derecho de las obligaciones en la dogmática nacional”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 25 (2015), <https://doi.org/10.4067/S0718-80722015000200004>; ver también César Carranza Álvarez, “La justicia contractual en el contrato de hoy”, *Boletín del Ministerio de Justicia* 62, n.º 2057 (2008).

26 Como explica el profesor François Chénéde, el derecho de las obligaciones —y, en particular, el de los contratos— ha sido tradicionalmente concebido como un derecho de las conmutaciones, regido primordialmente por la justicia conmutativa. Aunque este entendimiento puede ser —y ha sido— objeto de matices y cuestionamientos por el propio autor, lo cierto es que encuentra su fundamento clásico en el análisis del libro V de la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles. En efecto, desde la Antigüedad se ha sostenido que la justicia conmutativa exige, en el marco de los intercambios voluntarios, preservar el equilibrio de las prestaciones. Así, Aristóteles afirma que la reciprocidad constituye la base de los intercambios y que “en las relaciones entre individuos, lo justo es una igualdad y lo injusto una desigualdad” (*Ética a Nicómaco*, 5.4, 1132a1), así como que “todas las cosas que se intercambian deben ser, de algún modo, comparables” (*Ética a Nicómaco*, 5.5, 1133a19). Ver François Chénéde, “Las conmutaciones en el derecho privado: Contribución a la teoría general de las obligaciones”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 18 (julio 2012): 123-148, <https://doi.org/10.32995/S0718-80722012292>; ver también Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, trad. Julián Pallí Bonet (Barcelona: Gredos, 2014), V, 1132a-1133a.

27 Al respecto, Juan Carlos Cassagne sostiene que la relación jurídica entre el contratista privado y la Administración, en tanto implica el cumplimiento de prestaciones recíprocas, debe regirse por los preceptos de la justicia conmutativa, puesto que “el precio contractual constituye el equivalente de las prestaciones que se llevan a cabo en función de la obra, cosa o servicio contratado, sin atender, en principio, a la condición personal [del contratista]”. Más sorprendente aún, Cassagne sostiene que esta idea ya se encontraba, aunque de manera rudimentaria, en la tradición jurídica clásica, y para ello recurre a un pasaje de Santo Tomás de Aquino en su *Tratado de la justicia*, en el que advertía que “[s]i a uno que sirviese a la comunidad se le retribuyera algo por el servicio prestado, esto no sería propio de la justicia distributiva, sino de la conmutativa” (S. Th., II-II, q. 61, a. 4). En este pasaje puede observarse que, cuando un particular ha prestado un servicio en beneficio de la comunidad (lo que, dicho sea de paso, bien puede materializarse mediante la celebración de un contrato con la Administración para la prestación de un servicio público), la retribución a la que tiene derecho, así como el conjunto de la relación jurídica, se encuentra regida por los preceptos de la justicia conmutativa. Ver Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo*, tomo II (Buenos Aires: LexisNexis / Abeledo-Perrot, 2006), 526; ver también Tomás de Aquino, *Suma teológica*, trad. H. J. González (septiembre de 2012), II-II, q. 61, a. 4, <https://hjjg.com.ar/sumat/cl/c61.html#a1>.

—en especial como consecuencia del ejercicio de potestades exorbitantes por parte de la Administración—, será necesario restablecer la ecuación económico-financiera del contrato administrativo²⁸. Dicha ecuación representa, en términos sencillos, el equilibrio económico entre las prestaciones asumidas por las partes y se refleja, fundamentalmente, en los derechos y obligaciones que cada una de ellas adquirió al momento de celebrar el contrato²⁹.

Ciertos autores, a partir de lo anterior, han derivado un principio general de mantenimiento del equilibrio económico-financiero en los contratos administrativos, el cual, a criterio suyo, constituye una respuesta necesaria frente a la existencia misma de las potestades exorbitantes de la Administración, en tanto que actúa como un contrapeso destinado a garantizar al contratista privado que no sufrirá una afectación patrimonial injusta como consecuencia del ejercicio de dichas potestades³⁰.

Tal como señala el administrativista chileno Osvaldo Oelckers Camus³¹, la preservación de ese equilibrio durante la ejecución del contrato permite, por un lado, asegurar su viabilidad financiera y, por otro, facilitar la realización del interés público que justifica la existencia misma del contrato administrativo. Esto último se explica desde la lógica económica: si no existieran mecanismos para restablecer el equilibrio económico-financiero resquebrajado por el ejercicio de las potestades exorbitantes, el contratista privado carecería de incentivos para cumplir con las prestaciones que asumió o bien para seguir contratando en el futuro con la Administración; y ello, en última instancia, comprometería la satisfacción de las necesidades públicas que motivaron la celebración del contrato desde un inicio.

Existen diversos mecanismos —incluida la libre configuración contractual— destinados a preservar el equilibrio económico-financiero de los contratos administrativos. La doctrina reconoce, sin embargo, que —frente al ejercicio de las potestades exorbitantes de la Administración— el contratista conserva un derecho general a obtener un reajuste, compensación o indemnización cuando dicho equilibrio se ve alterado por causas que no le son imputables³². En esta línea, Juan Carlos Cassagne explica que “si bien la forma de realización concreta de ese derecho puede variar de acuerdo con cada régimen jurídico o situación contractual”, el contratista mantiene la facultad de exigir el restablecimiento del equilibrio económico-financiero “ya sea a través de una indemnización o compensación (que, en principio, debe ser integral) o bien

28 Ver Cassagne, *Derecho administrativo*.

29 Ver Osvaldo Oelckers Camus, “Los principios informadores de la contratación administrativa”, *Pro Jure: Revista de Derecho*, n.º 7 (1983).

30 Ver Oelckers Camus, “Los principios informadores”; ver también Osvaldo Oelckers Camus, “Los riesgos y el equivalente económico en el contrato administrativo de obra pública”, *Pro Jure: Revista de Derecho*, n.º 4 (1980); ver también Francisco Zúñiga Urbina y Fernanda Clemeo García, *Las multas en el contrato administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2024)

31 Ver Oelckers Camus, “Los principios informadores”.

32 Ver Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Compendio de derecho administrativo* (Bogotá: Tirant lo Blanch, 2023).

mediante la modificación de la tarifa que rige [en contratos administrativos de concesión o licencia] o el otorgamiento de subvenciones”³³.

Este derecho del contratista a que se preserve la ecuación económico-financiera del contrato administrativo, a juicio de buena parte de la doctrina administrativa, encuentra su fundamento en normas y principios generales de rango constitucional que protegen la propiedad privada³⁴. Estos principios constituyen, según la doctrina comparada, la base del derecho que asiste al contratista afectado por el ejercicio de potestades exorbitantes a ser mantenido indemne frente a cualquier desequilibrio económico provocado por la Administración que altere las condiciones originalmente pactadas en el contrato administrativo.

Antes de concluir esta parte, es natural preguntarse: ¿qué ocurre con el mantenimiento del equilibrio económico-financiero en el Ecuador?

Aunque este principio no se encuentra expresamente consagrado en la Constitución ecuatoriana, sí lo están otros principios que la doctrina ha identificado como su auténtica base. Así, la Constitución reconoce en el numeral 9 del artículo 11 la obligación estatal de reparar las violaciones a los derechos de los particulares³⁵, el numeral 26 del artículo 66 que garantiza el derecho a la propiedad en todas sus formas³⁶ y el artículo 323 que dispone que el Estado puede declarar la expropiación de bienes únicamente “previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley”³⁷. Sobre este último punto, es decir, sobre la aplicación de la prohibición de expropiar sin una compensación justa (no expropriation without fair compensation), volveremos más adelante cuando analicemos las posturas de la doctrina respecto del alcance de la indemnización a la que tiene derecho el contratista.

Por otra parte, como señalamos al inicio, tratándose los contratos administrativos de verdaderos contratos, el principio del mantenimiento del equilibrio económico-financiero puede derivarse del régimen común del derecho contractual ecuatoriano, en particular de la idea de equivalencia de las prestaciones que rige en los contratos sometidos a la justicia conmutativa, así como del principio de buena fe contractual.

En el ámbito del derecho público ecuatoriano existen, además, ciertos supuestos en los que se reconoce de manera expresa la preservación de la ecuación económico-financiera del contrato administrativo. Un ejemplo de ello se encuentra en la LOSNCP que, en la práctica, admite la aplicación de este

33 Ver Cassagne, *Derecho administrativo*, 527-528.

34 Ver *ibid.*

35 Ver Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, artículo 11.9.

36 *Id.*, artículo 66.26.

37 *Id.*, artículo 323.

principio al disponer que se preserve la equidad contractual mediante el reajuste de precios en los contratos públicos sometidos a dicha ley cuyo pago se estructura bajo el sistema de precios unitarios³⁸.

Finalmente, la jurisprudencia nacional ha destacado la relevancia de este principio y ha llegado a sostener que, cuando el equilibrio económico-financiero se ve vulnerado por actuaciones imputables a la Administración, esta tiene el deber de restablecer el equilibrio roto mediante una compensación pecuniaria justa³⁹.

Por ejemplo, en Ortega c. Fondo de Inversión Social de Emergencia (FISE) y otro, la antigua Corte Suprema de Justicia señaló lo siguiente:

[L]os contratos administrativos, como lo son los de especie, son en esencia onerosos conmutativos ya que en ellos los contratistas prevé un beneficio de parte de la Administración pública que se mira como equivalente a las cargas y obligaciones que asume. Se puede afirmar que, en los contratos administrativos, ambas partes persiguen una utilidad. Entre las obligaciones y derechos del contratista debe existir una equivalencia honesta. [...] Esta equivalencia es conocida en la doctrina administrativa como equilibrio económico financiero o ecuación financiera del contrato. El equilibrio económico financiero o ecuación financiera implica el mantenimiento de la equivalencia entre las ventajas y las cargas como habían sido calculadas, exactamente o no, en el momento de perfeccionamiento el contrato (Marcel Waline, citado por Marco Hidrovo Arciniega en *La contratación administrativa en el Ecuador*, 1984, p. 66). [...] Cuando el equilibrio económico o financiero es alterado por motivos extremos, ajenos a la voluntad de las partes, se toman aplicables principios administrativos como el de la imprevisión o el acto Príncipe, como medios para restablecer el equilibrio para restablecer el equilibrio financiero previsto por las partes [...] ⁴⁰.

Más recientemente, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en *Kaya Construcciones S. A. c. Consejo Provincial de la Provincia de Morona Santiago*, precisó que:

38 Ver LOSNCP, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, artículo 96.

39 Ver EMVIAL c. Ministerio de Transporte y Obras Públicas y otros, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 30 de agosto de 2022, Juicio 09802-2017-01049; ver también *Kaya Construcciones S.A. c. Consejo Provincial de la Provincia de Morona Santiago*, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 1 de febrero de 2022, Juicio 17741-2015-1280; ver también *Ordóñez Molina c. Ministerio de Transporte y Obras Públicas*, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 8 de mayo de 2023, Juicio 01803-2020-00081.

40 Ver Ortega c. Fondo de Inversión Social (FISE) y otro, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución 409-2007, 4 de diciembre del 2007, Registro Oficial 9, 21 de agosto de 2009.

Es necesario por tanto recordar que el principio equilibrio económico “consiste en la compensación económica ante una mayor onerosidad de las prestaciones” [Francisca Villaba, *Nociones básicas de contratación pública* (Madrid: Tecnos, 2020) 96].

4.14 Esto quiere decir que, cuando se rompa el equilibrio de las prestaciones y las contraprestaciones, la Administración pública está obligada a restablecerlo, no cuando (por otras razones) la Administración pública tiene obligaciones impagas con la contratista. [...]

4.15 Esto quiere decir que el equilibrio económico responde exclusivamente a las operaciones financieras, costos y beneficios, sobre las obligaciones que tiene la contratante con la contratista con el fin que, sin que se afecte el riesgo y ventura inmanente de los contratos administrativos, haya un justo precio de las prestaciones dadas en relación con el objeto del contrato⁴¹.

3. EL PODER DE LA ADMINISTRACIÓN PARA DISPONER LA TERMINACIÓN UNILATERAL Y ANTICIPADA DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO

3.1. LA NATURALEZA DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

En la contratación administrativa pueden identificarse dos grupos de formas de extinción del contrato. El primer grupo comprende las formas ordinarias —como el cumplimiento del objeto contractual o el vencimiento del plazo pactado— y el segundo abarca las formas de terminación vinculadas a la validez o a la ejecución del contrato, que pueden derivar tanto de disposiciones legales (*ex lege*) como del acuerdo entre las partes (*ex contractu*)⁴². Esta clasificación también aparece reflejada en la legislación ecuatoriana.

En el contexto de los contratos sometidos a la LOSNCP, el capítulo IX del título IV de dicha ley regula todo lo relativo a la terminación contractual. En particular, el artículo 106 establece seis causales generales de terminación que, a continuación, reproducimos:

41 Ver Kaya Construcciones S. A. c. Consejo Provincial de la Provincia de Morona Santiago, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 1 de febrero de 2022, Juicio 17741-2015-1280.

42 Ver Cassagne, *El contrato administrativo*.

Art. 106.- Terminación de los contratos.- Los contratos terminan:

1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales;
2. Por mutuo acuerdo de las partes;
3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista;
4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista;
5. Cuando se hubiere demostrado la participación en evidente colusión durante las fases previas a la suscripción del contrato administrativo, sin perjuicio de las demás responsabilidades a las que hubiere lugar; y,
6. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica⁴³.

De esta disposición puede advertirse, en primer lugar, que la forma ordinaria de terminación de un contrato sometido a la LOSNCP —y quizás por ello la primera en mencionarse— es el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Es decir, por regla general, se espera que un contrato administrativo concluya cuando se ejecuten las obligaciones pactadas: cuando se cumpla su objeto o venza el plazo fijado por las partes. En otras palabras, la terminación natural del contrato administrativo no difiere, en este punto, de la lógica general de otros contratos, es decir, este llega a su fin por la realización íntegra de aquello que las partes se habían obligado a ejecutar.

Sin embargo, el artículo 106 contempla también otras modalidades de terminación que revelan la asimetría estructural característica del régimen de contratación pública. En efecto, el numeral 4 del artículo 106 reconoce a la entidad contratante la facultad de declarar unilateralmente la terminación del contrato en caso de incumplimiento del contratista, lo que constituye una prerrogativa típica de las potestades exorbitantes y coloca a la Administración en una posición de superioridad frente al contratista privado⁴⁴. Para este último, en cambio, no existe una posibilidad equivalente: aun frente a un incumplimiento comprobado por parte de la Administración, el contratista no puede poner fin por sí mismo al contrato, sino que, según el numeral 3 del artículo 106, debe acudir a la autoridad jurisdiccional competente —ya sea un juez o un tribunal arbitral— para obtener una sentencia o laudo ejecutoriado que declare la nulidad o la resolución del contrato administrativo⁴⁵. Solo entonces la terminación se produce a su favor.

43 Ver LOSNCP, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, artículo 106.

44 Id., artículo 106.4.

45 Id., artículo 106.3.

Esta diferencia se hace aún más evidente si se contrasta el artículo 108 de la LOSNCP, que detalla los casos en que la entidad contratante puede “declarar terminada anticipada y unilateralmente” la relación contractual⁴⁶, con el artículo 110 de la misma ley, que dispone que “[e]l contratista podrá demandar la resolución del contrato” por las causas imputables a la entidad contratante que allí se detallan⁴⁷. En otras palabras: (i) para la Administración, tanto el numeral 4 del artículo 106 cuanto el artículo 108 consagran una verdadera potestad exorbitante de terminación anticipada y unilateral del contrato, ejercitable mediante una simple declaración de voluntad; y (ii) para el contratista, en cambio, ni el numeral 3 del artículo 106 ni el artículo 110 le reconocen facultad alguna de terminación unilateral. Por el contrario, estas normas únicamente prevén que el contratista pueda demandar la resolución —o, en su caso, la nulidad— del contrato, pero —para que la relación contractual efectivamente se extinga— siempre será necesaria una declaración judicial o arbitral que así lo determine.

Para los fines de este trabajo académico, reviste un especial interés la terminación unilateral y anticipada contemplada en el artículo 108 de la LOSNCP, pues constituye —a la luz de lo ya explicado respecto de las potestades exorbitantes— una manifestación directa del ejercicio del poder público en el ámbito de la contratación administrativa.

En efecto, el artículo 108 reconoce expresamente que la Administración tiene la facultad de dar por terminado, de forma unilateral y anticipada, un contrato administrativo sin necesidad del consentimiento del contratista ni de una decisión judicial o arbitral, siempre que concurra alguna de las causales previstas en dicho precepto. Actualmente existen ocho causales que habilitan a la Administración para ejercer esta potestad, detalladas en el mencionado artículo 108:

Art. 108.- Terminación unilateral del contrato.- La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

1. Por incumplimiento del contratista;
2. Por quiebra o insolvencia del contratista;
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;
4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;
6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza;

⁴⁶ Id., artículo 108.

⁴⁷ Id., artículo 110.

7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido.

En este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato; y,

8. Las demás causas previstas en el Reglamento a esta Ley⁴⁸.

Dicho lo anterior, conviene destacar que la terminación unilateral prevista en esta norma produce la extinción anticipada del vínculo contractual, sin que ello implique, por sí mismo, una obligación indemnizatoria a cargo de la Administración.

Veamos brevemente cómo opera este régimen bajo la LOSNCP. En el caso de la terminación por incumplimiento o mora, cuyo trámite se regula en el artículo 109 de la LOSNCP, el inciso 5 de esta disposición establece expresamente que: “[l]a declaración unilateral de terminación del contrato dará derecho a la Entidad Contratante a establecer [...] su liquidación financiera y contable”⁴⁹. Más adelante, el inciso 6 añade que “[l]a Entidad Contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios a que haya lugar”⁵⁰.

Es decir, en el escenario de terminación unilateral por incumplimiento o mora, la LOSNCP no solo reconoce a la Administración la facultad de extinguir anticipadamente el contrato, sino también la posibilidad de determinar unilateralmente los montos de la liquidación y de ejecutar las garantías, además, le reconoce el derecho a reclamar la indemnización de daños y perjuicios que considere haber sufrido. Todo ello ocurre sin que la normativa establezca —al menos no como parte del propio trámite de terminación bajo el artículo 109— un mecanismo que permita al contratista ventilar o controvertir la existencia de daños que la Administración pudiera haberle causado previamente. Pensemos, por ejemplo, en el caso en que la Administración hubiera generado un perjuicio al contratista antes del incumplimiento que posteriormente se le

48 Id., artículo 108.

49 Id., artículo 109.5.

50 Id., artículo 109.6.

atribuye y que sirve de fundamento para la decisión administrativa de dar por terminado el contrato. En tales situaciones, el contratista quedaría imposibilitado de hacer valer esa afectación dentro del mismo trámite de terminación unilateral por incumplimiento o mora.

Existen incluso supuestos en los que la entidad contratante queda totalmente exenta de efectuar cualquier pago adicional al contratista. Tal es el caso de la causal prevista en el numeral 5 del artículo 108 de la LOSNCP, relativa a los contratos celebrados “contra expresa prohibición de esta Ley”⁵¹. Esta causal se desarrolla en el artículo 77 de la LOSNCP, que dispone: “[s]i se celebrare un contrato contra expresa prohibición de esta Ley, la máxima autoridad de la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista”⁵². El mismo artículo añade que, a partir de dicha declaración, la entidad contratante deberá abstenerse de efectuar cualquier pago, salvo aquel que resulte de la liquidación correspondiente. De este modo, bajo el supuesto del numeral 5 del artículo 108, si la Administración activa la terminación unilateral y anticipada —y aun cuando ello ocasione perjuicios al contratista— quedaría, en principio, exenta de indemnizarlo.

Estas prerrogativas, si bien rigurosas, resultan al menos comprensibles a la luz de la gravedad de las causales que las habilitan (como el incumplimiento del contratista o la celebración de contratos contra expresa prohibición legal). Además, el contratista conserva siempre el derecho a impugnar la decisión administrativa de terminación por cualquiera de las causales del artículo 108 y, si la autoridad jurisdiccional declarara ilegal la terminación, podrá reclamar además la reparación de los daños y perjuicios que dicha terminación ilegal le hubiera provocado⁵³.

Sin embargo, como veremos a continuación, el régimen de la LOSNCP resulta menos razonable —o al menos no suficientemente claro y comprensible— cuando se examina el tratamiento de la penúltima causal del artículo 108, relativa a la existencia de “circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, [cuando] el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato”⁵⁴. Esta es, precisamente, la causal que nos hemos propuesto estudiar en este artículo.

51 Id., artículo 108.5.

52 Id., artículo 77.

53 Al respecto, el artículo 118 de la LOSNCP dispone lo siguiente: “De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el proceso se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. Las controversias suscitadas entre la entidad contratante y el contratista, durante la fase de ejecución del contrato, tales como las relativas a la terminación del contrato, falta de pago, negativas de recepción o liquidación del contrato, multas, entre otras, deberán someterse a las disposiciones del procedimiento contencioso administrativo de conformidad con lo previsto en los artículos 326, numeral, 4 literal d), y 327 del Código Orgánico General de Procesos. En los casos en los que sea objeto de impugnación una actuación administrativa relacionada o derivada de un procedimiento de contratación pública o de un contrato, se utilizará la misma acción detallada en el inciso anterior. [...]”. Id., artículo 118.

54 Id., artículo 108.7.

3.2. LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR CIRCUNSTANCIAS TÉCNICAS O ECONÓMICAS IMPREVISTAS

Como acabamos de explicar, en virtud de la potestad de terminar de forma unilateral y anticipada un contrato administrativo, consagrada en el artículo 108 de la LOSNCP, la Administración puede extinguir un contrato en ejecución sin contar con el consentimiento de su cocontratante —léase el contratista privado— y sin necesidad de una decisión de la autoridad jurisdiccional competente, sea un juez o un árbitro. Esta potestad puede ejercerse cuando concurran las causales específicas determinadas por la ley, en concreto las previstas en el referido artículo 108 o, en virtud del numeral 6 de esa misma norma, las establecidas en el propio contrato.

En muchos ordenamientos extranjeros se incluye, como causal de terminación de un contrato administrativo, la existencia de circunstancias directamente vinculadas con la necesidad de proteger el interés público. Tradicionalmente, esta causal se ha denominado terminación por razones de conveniencia o por interés público. La doctrina ha interpretado esta figura de manera amplia, entendiendo que comprende cualquier situación que resulte necesaria o ventajosa para el Estado en la consecución de sus fines públicos⁵⁵. De este modo, diversos sistemas jurídicos reconocen que la Administración posee la potestad de poner fin unilateralmente a un contrato cuando su continuación deja de ser conveniente para el adecuado cumplimiento de los objetivos públicos que le han sido encomendados.

En esta línea, Juan Carlos Cassagne, al analizar el régimen jurídico argentino, explica que dicho ordenamiento admite la terminación de los contratos administrativos por las razones referidas, a través de la figura de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, la cual equipara a una verdadera terminación por interés público. Según el autor, esta prerrogativa consiste en el poder de la Administración de extinguir unilateralmente el contrato por tales razones, en cuanto causal de revocación que responde, en todo caso, a consideraciones de conveniencia vinculadas a los fines públicos que la Administración persigue en su calidad de parte contratante⁵⁶.

Aunque en Ecuador no existe una causal legal denominada explícitamente terminación por razones de conveniencia o por razones de interés público,

55 Un desarrollo más detenido de esta noción puede encontrarse en la obra del profesor Héctor Jorge Escola, quien examina el contenido del concepto de interés público y su naturaleza como fundamento del derecho administrativo. Ver Héctor Jorge Escola, *El interés público como fundamento del derecho administrativo* (Buenos Aires: Depalma, 1989).

56 Cassagne señala que “el poder [de la Administración] de extinguir unilateralmente el contrato por razones de oportunidad, mérito o conveniencia [se evidencia en la] causal de revocación bajo estudio, que siempre responde a razones de interés público”. Ver Cassagne, *El contrato administrativo*, 155.

a nuestro criterio, la causal prevista en el numeral 7 del artículo 108 de la LOSNCP cumple, en la práctica, esa misma función. Nuestra conclusión descansa en un análisis histórico de la normativa de contratación pública y en una interpretación sistemática de las disposiciones de la LOSNCP, tal como se expone en los párrafos que siguen.

Sin embargo, antes de continuar, conviene precisar que el artículo 108.7 requiere una lectura detenida, pues contempla, en realidad, dos supuestos fácticos distintos: (i) la existencia de circunstancias técnicas o económicas imprevistas y (ii) el acaecimiento de eventos de caso fortuito o fuerza mayor⁵⁷. Solo el primero de ellos es el que, a nuestro criterio, debe entenderse como un verdadero equivalente de la terminación por razones de conveniencia, pues alude a situaciones que no fueron previstas al momento de suscribirse el contrato y que vuelven su continuación inconveniente o desaconsejable para la Administración, en función de sus objetivos públicos.

A modo de antecedente relevante, cabe señalar que los supuestos fácticos de las circunstancias técnicas o económicas imprevistas y del caso fortuito o fuerza mayor a los que se refiere el artículo 108.7 no son accidentales ni surgen con la legislación vigente. La referencia a causas imprevistas o de carácter técnico, en efecto, ya se encontraba en antecedentes del régimen de contratación pública, como se advierte en el Decreto Supremo 2399 Reformatorio a la Ley de Licitaciones y Concursos de Ofertas de 1976⁵⁸, a propósito de la necesidad de gestionar la incertidumbre inherente a ciertos contratos en los que no siempre es posible determinar con exactitud el alcance cuantitativo de las prestaciones ni las modificaciones necesarias para alcanzar el objeto contractual.

Posteriormente, la formulación de estas hipótesis como causales de terminación por mutuo acuerdo fue incorporada de manera expresa mediante la Ley 15 Reformatoria a la Ley de Licitaciones y Concursos de Ofertas de 1976⁵⁹, que ya agrupaba ambas situaciones. Si bien dicha reforma no contenía una exposición de motivos específica, una lectura sistemática de la misma permite sostener que el legislador pretendió configurar una causal paraguas destinada a abarcar dos categorías de posibles contingencias sobrevenidas en el marco de la ejecución de un contrato administrativo: de un lado, aquellas que tornasen la continuación del contrato inconveniente o desaconsejable para la Administración (es decir, circunstancias técnicas o económicas imprevistas), y, de otro, aquellas que volviesen dicha continuación materialmente imposible (es decir, caso fortuito o fuerza mayor).

57 Ver LOSNCP, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, artículo 108.7.

58 Ver Decreto Supremo 2399 Reformatorio a la Ley de Licitaciones y Concursos de Ofertas de 1976, Registro Oficial 596, 30 de mayo de 1978.

59 Ver Ley 15 Reformatoria a la Ley de Licitaciones y Concursos de Ofertas de 1976, Registro Oficial 258, 27 agosto de 1985.

Para efectos de este trabajo, nuestro análisis se concentra únicamente en la primera categoría. Ello obedece a que los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor —en los que la ejecución del contrato deviene materialmente imposible— no constituyen propiamente un ejercicio de la prerrogativa exorbitante de terminación por razones de interés público, sino que responden a una institución jurídica distinta, relativa a eventos que liberan a una parte del cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Aclarado lo anterior, y en lo que respecta al ejercicio interpretativo que proponemos, debe tenerse presente que, bajo la LOSNCP vigente, la activación de la causal prevista en el numeral 7 del artículo 108 exige, como paso previo, el inicio del procedimiento de terminación por mutuo acuerdo regulado en el artículo 107. En efecto, el primer inciso de dicho artículo establece expresamente que: “[c]uando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes ejecutar, total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren”⁶⁰.

Una simple lectura del artículo 107 demuestra que la terminación por mutuo acuerdo se activa cuando se presentan, entre otras, “circunstancias imprevistas, técnicas o económicas” que hacen que la continuación del contrato “no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes”. Es decir, la propia LOSNCP emplea literalmente el concepto de “convenien[cia] para los intereses de las partes”, vinculándolo directamente al acacimiento de circunstancias sobrevinientes de carácter técnico o económico. En consecuencia, es razonable interpretar que las circunstancias técnicas o económicas imprevistas mencionadas en el numeral 7 del artículo 108 se conectan también con la inconveniencia para la parte pública —pues el artículo 108 se refiere específicamente a la entidad contratante— de continuar ejecutando el contrato debido a la aparición de dichas circunstancias. ¿Y qué significa lo conveniente para una entidad pública? La respuesta es, evidentemente, aquello que resulte útil o ventajoso para el interés público, es decir, para el interés de la colectividad a la que sirve dicha entidad. Como explicamos más arriba, ello se vincula directamente con la *raison d'être* de la Administración, que no es otra que la prestación eficaz de un servicio público a la comunidad.

Por otro lado, esta interpretación resulta aún más evidente bajo las leyes de contratación pública inmediatamente anteriores a la LOSNCP —las de 1990⁶¹ y 2001⁶²—, en las cuales no solo se hacía referencia a la idea de conveniencia, sino de forma expresa al interés público. En efecto, dichas normas

60 Ver LOSNCP, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, artículo, artículo 107.1.

61 Ver Ley de Contratación Pública, Registro Oficial 272, 16 de agosto de 1990, artículo 108.

62 Ver Ley de Contratación Pública, Registro Oficial 501, 22 de febrero de 2001, artículo 103.

contemplaban la terminación por mutuo acuerdo: “[c]uando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas [...] no fuere posible o conveniente para los intereses públicos ejecutar, total o parcialmente, el contrato”⁶³. Es decir, utilizaban un lenguaje casi idéntico al del actual artículo 107 de la LOSNCP, pero empleando la fórmula expresa de “intereses públicos”, lo que evidencia que las “circunstancias imprevistas, técnicas o económicas” —a las que todavía hoy se refiere la primera parte del artículo 107— se encuentran estrechamente vinculadas con las nociones de conveniencia e interés público.

Dicho esto, debe reconocerse que, a diferencia de lo que ocurre actualmente con la LOSNCP, las antiguas leyes de contratación pública no regulaban el escenario en que el contratista rechazara la terminación por mutuo acuerdo, ni facultaban expresamente a la Administración para disponer la terminación unilateral en esos casos. Sin embargo, por todo lo que entendemos, ese vacío fue atendido en la práctica mediante los modelos contractuales emitidos por la Contraloría General del Estado, los cuales preveían que la negativa del contratista a aceptar la terminación por mutuo acuerdo sí habilitaba a la Administración a disponer la terminación unilateral anticipada⁶⁴.

Siendo así, en nuestra opinión, el primer supuesto del artículo 108.7 debe entenderse como una modalidad de terminación por razones de conveniencia o por interés público, sustentada en dos subhipótesis específicas que habilitan a la Administración a poner fin unilateralmente al contrato: la aparición de (i) circunstancias técnicas imprevistas o (ii) circunstancias económicas imprevistas.

En todo caso, la terminación unilateral y anticipada del contrato bajo esta causal indudablemente representará un perjuicio para el contratista, al menos en lo que respecta a la frustración de su expectativa de recibir aquello que habría obtenido si el contrato se hubiese ejecutado hasta su terminación natural. En las próximas líneas nos dedicaremos a analizar este problema y la obligación de la Administración de reparar al contratista perjudicado.

63 Ver Ley de Contratación Pública, Registro Oficial 272, 16 de agosto de 1990, artículo 108; ver también Ley de Contratación Pública, Registro Oficial 501, 22 de febrero de 2001, artículo 103.

64 Asimismo, en algunos casos como Miño Rojas c. Ministerio de Economía y Finanzas, la Procuraduría General del Estado sostuvo que la negativa del contratista a aceptar la terminación por mutuo acuerdo constituía un incumplimiento contractual, lo que permitía a la Administración invocar la causal de terminación unilateral; criterio que, además, no fue descartado por la jurisprudencia. Ver Miño Rojas c. Ministerio de Economía y Finanzas, Tribunal Constitucional, 12 de diciembre de 2003, Caso 120-2003-RA; ver también Antonio Pérez Mendoza, *Elementos y nociones generales de la contratación pública ecuatoriana* (Quito: Universidad Internacional SEK, 2009).

3.3. LA OBLIGACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE COMPENSAR AL CONTRATISTA POR LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA TERMINACIÓN POR CIRCUNSTANCIAS TÉCNICAS O ECONÓMICAS IMPREVISTAS

Como ya explicamos, en el régimen del artículo 108 de la LOSNCP, la decisión unilateral de la Administración no genera por sí misma una obligación indemnizatoria y, en algunos supuestos, como el numeral 5, la ley incluso prohíbe expresamente cualquier indemnización. Por ende, la pregunta es si en el primer supuesto de la causal prevista en el artículo 108.7 la Administración está o no obligada a compensar al contratista por los perjuicios derivados de la terminación anticipada y unilateral.

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos⁶⁵, la LOSNCP no contiene una regulación expresa: no reconoce pero tampoco prohíbe una indemnización en estos casos. Consideramos, sin embargo, que los principios del derecho ecuatoriano exigen que el contratista sí sea compensado; ello aun cuando, en nuestra opinión, el mecanismo actualmente previsto por la ley ecuatoriana resulta ineficiente y, en la práctica, podría limitar la posibilidad real de que el contratista reciba una compensación adecuada.

Para ello es necesario recordar nuevamente que, antes de activar la terminación unilateral bajo el numeral 7 del artículo 108, la Administración debe intentar previamente la terminación por mutuo acuerdo, regulada en el artículo 107 de la LOSNCP. Durante dicho procedimiento, las partes pueden acordar, entre otras cosas, la liquidación económica del contrato, lo cual incluye la determinación de los valores pendientes conforme a lo efectivamente ejecutado.

En efecto, el artículo 107, inciso tercero, dispone que “[l]a terminación por mutuo acuerdo incluirá la necesidad de [...] realizar la liquidación económica

65 Ello contrasta con lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, donde el legislador o la jurisprudencia han optado por ofrecer soluciones más claras y previsibles. En España, la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público reconoce expresamente la indemnización del contratista en casos de resolución por interés público (artículos 280.3 y 294.4); en Argentina, la Ley de Obras Públicas (Decreto-Ley 17.520/67), en su artículo 12, literal (b), garantiza el resarcimiento del daño emergente en supuestos de terminación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, aunque excluye el lucro cesante; en México, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, en su artículo 54 Bis, prevé el reembolso de los gastos no recuperables cuando la terminación anticipada obedece a razones de interés público; y tanto la jurisprudencia colombiana como la francesa han confirmado el derecho del contratista a ser indemnizado frente a decisiones unilaterales adoptadas por razones de conveniencia general. En el caso de Francia, destaca la jurisprudencia del Conseil d'État del 2 de mayo de 1958 (Distillerie de Magnac-Laval, D., 1958), en la cual se reconoció la importancia de remediar al contratista en el evento de terminación de un contrato administrativo por razones de interés general. En el caso de Colombia, el Consejo de Estado, en la Sentencia 19730 de 2012, estableció específicamente la relevancia de indemnizar al contratista ante la terminación de un contrato por conveniencia general para reponer el equilibrio económico-financiero. Ver Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (España), Boletín Oficial del Estado 272, 9 de noviembre de 2017; ver también Decreto-Ley 17.520/67 de Obras Públicas (Argentina), Boletín Oficial de la República Argentina, 1967; ver también Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (México), Diario Oficial de la Federación, 4 de enero de 2000; ver también Distillerie de Magnac-Laval, Conseil d'État (Francia), 2 de mayo de 1958; ver también Sentencia 19730, Chávez c. Caja Nacional de Previsión Social, Consejo de Estado de Colombia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 8 de marzo de 2012.

y técnica del contrato”⁶⁶. Y el inciso siguiente añade: “[u]na vez terminado el contrato por mutuo acuerdo, o de forma unilateral ante la negativa de terminación por mutuo acuerdo, la entidad contratante y el contratista procederán a fijar los términos de la liquidación del contrato y los valores a reconocerse”⁶⁷. El artículo 407 del Reglamento a la LOSNCP complementa lo anterior, estableciendo que las partes suscribirán un acuerdo de terminación en el que conste la liquidación técnica, económica y de plazos; la determinación de las obligaciones cumplidas y las que se extinguen; el estado de ejecución; la devolución de garantías; y, de manera especialmente problemática, la posibilidad de incluir “la indicación expresa de que las partes se liberan de cualquier obligación presente y futura que nazca de esa contratación”⁶⁸.

Así, en principio, cuando se alcanza un acuerdo de terminación por mutuo consentimiento, las partes deben realizar una liquidación económica y técnica completa, consignando lo ejecutado y determinando los valores pendientes de pago, así como las compensaciones a que hubiera lugar. No obstante, como establece el propio artículo 108.7, si el contratista no accede a la terminación por mutuo acuerdo, la Administración queda facultada para declarar unilateralmente la terminación del contrato.

Consideramos que la probabilidad de que el contratista se niegue a tal acuerdo es alta, por dos razones: (i) en primer lugar, en la práctica, la Administración controla la propuesta de liquidación económica, por lo que difícilmente aceptará de entrada los valores reclamados por el contratista y, (ii) en segundo lugar, aunque el inciso segundo del artículo 107 de la LOSNCP establece que la terminación por mutuo acuerdo “no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos”⁶⁹, el artículo 407 del Reglamento permite que el acuerdo incluya la renuncia a “cualquier obligación presente y futura”⁷⁰, lo que en la práctica podría equivaler a la renuncia a acciones ulteriores del contratista. Es decir, es probable que el contratista no acepte una terminación por mutuo acuerdo si, para obtener el pago de lo que la Administración le reconoce, debe aceptar como condición la renuncia a reclamar judicialmente los valores adicionales que considere justos.

En todo caso, ante la falta de acuerdo de terminación y de aceptación de la liquidación económica dentro del procedimiento de mutuo acuerdo, el inciso tercero del artículo 107 de la LOSNCP dispone expresamente que “[e]n caso de no llegarse a un acuerdo, se podrá recurrir a las regulaciones de solución

66 Ver Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, artículo 107.3.

67 Id., artículo 107.4.

68 Ver Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo 193, Noveno Registro Oficial Suplemento 153, 28 de octubre de 2025, artículo 407.

69 Ver LOSNCP, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, artículo 107.2.

70 Ver Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo 193, Noveno Registro Oficial Suplemento 153, 28 de octubre de 2025, artículo 407.3.

de controversias previstas en esta Ley y en el contrato respectivo”⁷¹. Es decir, se reconoce que la parte inconforme —que, en el escenario de activación de la causal del numeral 7 del artículo 108 por circunstancias técnicas o económicas imprevistas, será evidentemente el contratista— conserva un derecho de acción para activar los mecanismos jurisdiccionales y reclamar aquello que estime debido.

Sin embargo, la pregunta de fondo es: ¿a qué exactamente tiene derecho el contratista afectado? En otras palabras, ¿cuál es el alcance de la compensación que podría reclamar ante la justicia cuando la Administración, en ausencia de acuerdo mutuo, procede a terminar unilateralmente el contrato?

En este punto, conviene recordar otra vez que el propio artículo 107 establece que “[l]a terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la entidad contratante o del contratista”⁷². Por ello, la cuestión central, que debe necesariamente abordarse, es qué debe entenderse por derechos causados y derechos adquiridos, y cómo estos conceptos delimitan el contenido y extensión de la reparación que asiste al contratista cuando no se alcanza un acuerdo de terminación y la Administración activa su potestad unilateral al amparo del artículo 108.7.

La doctrina comparada ha identificado dos grandes enfoques para justificar la responsabilidad estatal en los supuestos de terminación por razones de conveniencia. Dependiendo del origen conceptual que se atribuya al derecho del contratista a ser compensado, las soluciones doctrinales difieren en cuanto al alcance de la indemnización. Así, algunos autores, amparados en el primer enfoque, sostienen que solo procede el daño emergente⁷³; mientras que otros, apoyándose en el segundo, consideran que debe incluirse también el lucro cesante⁷⁴. Esos dos enfoques son los siguientes: (i) la prohibición de expropiación sin justa compensación (*no expropriation without fair compensation*) y (ii) el principio de reparación integral (*restitutio in integrum*).

3.3.1. PROHIBICIÓN DE EXPROPIACIÓN SIN JUSTA COMPENSACIÓN

Según este primer enfoque, cuando la Administración termina anticipadamente un contrato por razones de conveniencia, aunque no comete una actuación ilícita, sí priva de facto al contratista de un derecho adquirido: el

71 Ver LOSNCP, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, artículo 107.4.

72 Id., artículo 107.2.

73 Por ejemplo, este es el caso de los profesores Miguel Marienhoff y Julio Comadira. Ver Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, tomo III (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978); ver también Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, tomo IV (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978); ver también Roberto Dromi, *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004); ver también Julio Comadira, *Derecho administrativo* (Buenos Aires: LexisNexis, 2004).

74 En cambio, este es el caso de Juan Carlos Cassagne. Ver Juan Carlos Cassagne, *Curso de derecho administrativo*, tomo II (Buenos Aires: La Ley, 2011).

derecho a ejecutar el contrato hasta su término y obtener la utilidad esperada. Por consiguiente, aun cuando la decisión de terminación unilateral sea legítima, —bajo este enfoque— ello constituiría una suerte de expropiación de derechos contractuales, lo que, a su vez, activaría la obligación del Estado de indemnizar conforme a una lógica similar a la de la expropiación forzosa⁷⁵. Bajo esta postura, la indemnización suele limitarse al daño emergente, pues, a criterio de algunos doctrinarios, el lucro cesante —al referirse a beneficios aún no realizados— no podría ser objeto de una expropiación forzosa efectiva. Además, desde una visión conservadora, algunos autores sostienen que el lucro cesante en estos casos es demasiado incierto como para ser indemnizable, sobre todo considerando que nos encontramos frente a una actuación estatal lícita⁷⁶.

En el caso ecuatoriano, esta tesis se vincula con el artículo 323 de la Constitución, que exige justa valoración, indemnización y pago en casos de expropiación de bienes por razones de utilidad pública o interés social⁷⁷. Aunque el precepto se refiere a bienes, la lógica detrás del artículo 323, en principio, podría extenderse a la expropiación de derechos contractuales cuando la Administración termina unilateralmente un contrato por razones de conveniencia o, utilizando el lenguaje del numeral 7 del artículo 108 de la LOSNCP, por “circunstancias técnicas o económicas imprevistas”.

3.3.2. PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL

Este segundo enfoque parte de una idea distinta: entiende que el daño provocado por la terminación por razones de conveniencia es esencialmente antijurídico, aun cuando el acto estatal que lo produce sea formalmente lícito. En esa línea, para la doctrina que sostiene este enfoque, la licitud de la decisión administrativa no elimina la injusticia del daño y, por tanto, dado que se trata de un daño injusto y en contravención del clásico principio universal del derecho de no dañar a otro (*alterum non laedere*), dicho daño debe ser reparado en su integralidad.

La razón por la cual se califica este daño como antijurídico reside en que, según quienes defienden esta postura, la Administración no puede trasladar a un particular el costo de una medida adoptada en beneficio de la colectividad cuando dicha medida genera un perjuicio desproporcionado que altera la ecuación económico-financiera del contrato⁷⁸. Un perjuicio de esa naturaleza, tal como analizamos páginas atrás, rompería la reciprocidad y equivalencia

75 Ver Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, tomo III (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978); ver también Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, tomo IV (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978); ver también Roberto Dromi, *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004).

76 Ver Julio Comadira, *Derecho administrativo* (Buenos Aires: LexisNexis, 2004).

77 Ver Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, artículo 323.

78 Ver Cassagne, *Curso de derecho administrativo*.

prestacional propias de los contratos sometidos a la justicia conmutativa. En consecuencia, la Administración estaría obligada a indemnizar íntegramente al contratista cuyas expectativas legítimas han sido frustradas. Y ello incluye —a diferencia del enfoque expropiatorio— la posibilidad de obtener también el lucro cesante como parte de la reparación. Como explican Perrino⁷⁹ y Cassagne⁸⁰, si bien el daño emergente suele ser más evidente (v. gr. inversiones no amortizadas, costos hundidos, adquisición de insumos), el verdadero núcleo del desequilibrio económico-financiero provocado por la terminación por conveniencia es el lucro cesante, pues representa la utilidad esperada que motivó, en primer término, la celebración del contrato⁸¹.

En Ecuador, este enfoque encuentra su sustento normativo en el artículo 2229 del Código Civil, que dispone que “[p]or regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”⁸². A partir de esta disposición, los comentaristas del Código Civil han entendido que todo daño cierto y directo es indemnizable⁸³, salvo exclusiones específicas previstas en la ley o pactos válidos entre las partes que restrinjan convencionalmente el alcance de la reparación⁸⁴.

Adicionalmente al régimen del derecho común, parte de la doctrina administrativista ecuatoriana sostiene que, aun tratándose de actuaciones lícitas de la Administración en el marco de la ejecución de un contrato, cuando exista un daño injusto procede una reparación que incluya perjuicios presentes y futuros⁸⁵.

Los autores de este trabajo —sin pretender que nuestra posición sea entendida como la única posible y reconociendo, además, la solidez del razonamiento de quienes sostienen la teoría de la expropiación de derechos contractuales como fundamento del deber indemnizatorio en los casos aquí analizados— nos

79 Ver Pablo E. Perrino, “La regulación de la responsabilidad contractual del Estado en el derecho argentino”, *Derecho & Sociedad*, n.º 44 (2015): 329-346. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/14415>

80 Ver Cassagne, *Curso de derecho administrativo*.

81 En este punto no debe perderse de vista que el contratista —como agente económico racional— decide vincularse con la Administración, ciertamente para contribuir a la satisfacción de necesidades públicas; pero, sobre todo, lo hace movido por obtener un legítimo beneficio económico. Ello, puesto que, en definitiva, la formación del contrato administrativo responde a la convergencia entre el interés particular del contratista (obtener una ganancia esperada) y el interés público perseguido por la Administración (asegurar la prestación eficiente de un bien o servicio público). La lógica económica obliga a concluir que, si el contrato no fuera mutuamente beneficioso para ambas partes (para la entidad contratante, en términos de cumplimiento eficiente del interés público, y para el contratista, en términos de obtener una ganancia económica), simplemente nunca habría sido celebrado en primer lugar.

82 Ver Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, artículo 2229.

83 En efecto, la doctrina civilista destaca que el daño debe ser cierto y directo: cierto, en el sentido de real y comprobable; y directo, como consecuencia inmediata del hecho imputable al causante del daño. Ver José Bonivento Jiménez, *Obligaciones* (Bogotá: Temis, 2020), 352; ver también Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008), 236-246; ver también Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, y Antonio Vodanovic, *Tratado de las obligaciones* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2015), 351-352.

84 En general, conviene recordar que, en el derecho ecuatoriano, es pacífica la clasificación del daño en patrimonial y extrapatrimonial (o moral). A su vez, el daño patrimonial comprende, conforme al artículo 1572 del Código Civil, tanto el daño emergente como el lucro cesante, pues la norma establece: “[l]a indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”. Ver Código Civil, Registro Oficial Suplemento 46, 24 de junio de 2005, artículo 1572.

85 Ver Efraín Pérez, *Derecho administrativo*, tomo II (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2021), 265-266.

inclinamos, más bien, por la segunda postura. En efecto, coincidimos en que el daño derivado de la terminación es antijurídico en la medida en que, como se ha expuesto *ut supra* (especialmente en la subsección 2.2.), el ejercicio de una prerrogativa exorbitante —por ejemplo, la terminación unilateral y anticipada—, aun cuando la Administración se encuentre legalmente habilitada para ello, puede comprometer el principio de mantenimiento del equilibrio económico-financiero y, verificada una ruptura de dicho principio, surge para la Administración el deber de compensar —íntegramente, en nuestra opinión— al contratista afectado. De no producirse la mencionada compensación integral, se afectarían, en los términos de Ortega c. Fondo de Inversión Social de Emergencia (FISE), la utilidad o las ventajas económicas que las partes razonablemente calcularon al momento de celebrar el contrato⁸⁶, lo que incluye, desde luego, aquellas que el contratista esperaba legítimamente obtener.

Adicionalmente, como ya hemos anticipado, en el principio antes referido subyace también una consideración de carácter económico-utilitario: la ausencia de una indemnización íntegra al contratista puede generar desincentivos para la contratación con la Administración en el futuro y, de ese modo, comprometer, en última instancia, la adecuada satisfacción de las necesidades públicas que motivaron la celebración del contrato, que es —como se ha advertido— el fin al que la Administración propende.

En todo caso —y pese a sus diferencias—, ambos enfoques coinciden en que el contratista tiene derecho, al menos, al reembolso de los gastos razonables en los que incurrió confiando legítimamente en la ejecución íntegra del contrato, es decir, al daño emergente. Ese constituye el piso mínimo indemnizatorio, ya sea que se adopte la visión expropiatoria —según la cual la terminación unilateral implica una privación legítima de derechos contractuales adquiridos que, no obstante, exige una compensación, aunque normalmente excluye el lucro cesante— o que se adopte la teoría del daño antijurídico y el principio de reparación integral —conforme a la cual, como dijimos, la Administración está obligada a indemnizar todo daño cierto y directo ocasionado al contratista, es decir, tanto el daño emergente como el lucro cesante—.

86 Ver Ortega c. Fondo de Inversión Social (FISE) y otro, Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, Resolución 409-2007, 4 de diciembre del 2007, Registro Oficial 9, 21 de agosto de 2009.

4. VÍAS DE REMEDIACIÓN FRENTE A LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR CIRCUNSTANCIAS TÉCNICAS O ECONÓMICAS IMPREVISTAS

Más allá del alcance cuantitativo de la indemnización —si debe comprender únicamente el daño emergente o también el lucro cesante—, creemos que la mayor dificultad para que el contratista sea adecuadamente reparado radica en la vía de acción que tiene disponible para formular su reclamo.

Como ya advertimos, el artículo 107 de la LOSNCP establece expresamente que, “[e]n caso de no llegarse a un acuerdo, se podrá recurrir a las regulaciones de solución de controversias previstas en esta Ley y en el contrato respectivo”⁸⁷. De manera similar, el inciso cuarto del artículo 407 del Reglamento a la LOSNCP dispone que, “[e]n caso de que las partes no estén de acuerdo con la liquidación del contrato, se dejará constancia del particular, pero se continuará con la terminación por mutuo acuerdo. Sobre este particular, la parte interesada podrá acudir a las instancias de solución de controversias pertinentes”⁸⁸.

Por tanto, la pregunta es: ¿cuál es la vía de acción adecuada y el remedio que el contratista debe activar ante el órgano jurisdiccional competente?

En principio, las alternativas disponibles serían (i) una acción de responsabilidad contractual, (ii) una acción de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado y (iii) una acción de enriquecimiento sin causa. No obstante, adelantamos que cada una de esas alternativas conlleva obstáculos dogmáticos o riesgos de otro tipo que pueden dificultar —e incluso impedir— que el contratista sea reparado de manera efectiva.

Adicionalmente —y antes de proseguir—, es preciso aclarar que las conclusiones que se exponen a continuación resultan aplicables con independencia del órgano jurisdiccional ante el cual se ejerzan las acciones, esto es, tanto ante la jurisdicción contencioso-administrativa como en caso de existir cláusula arbitral y, en la medida de su alcance, ante un tribunal arbitral constituido conforme a ella. Así, por ejemplo, en el marco de una acción de responsabilidad contractual, los puntos de debate que se desarrollan a continuación, en principio, se mantienen, ya sea que la demanda se presente ante un tribunal distrital de lo contencioso administrativo o ante un árbitro o tribunal arbitral administrado por un centro de arbitraje.

⁸⁷ Ver LOSNCP, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, artículo 107.4.

⁸⁸ Ver Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo 193, Noveno Registro Oficial Suplemento 153, 28 de octubre de 2025, artículo 407.4.

4.1. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La vía contractual suele ser la opción natural cuando el daño surge de un contrato administrativo válido. Es decir, cuando en el marco de una relación contractual válida el accionar de una parte causa perjuicio a la otra, la vía, en principio, es activar la acción de responsabilidad contractual. Sin embargo, como veremos, esta acción enfrenta varios obstáculos en el caso que aquí analizamos.

Para empezar, la jurisprudencia ecuatoriana ha tendido a restringir la responsabilidad contractual a los casos en que exista un incumplimiento de obligaciones originadas en el contrato⁸⁹. Bajo esa lógica, en un caso en el que la entidad contratante terminara unilateral y anticipadamente un contrato amparándose en una facultad legal —léase el artículo 108.7 de la LOSNCP— no existiría propiamente un incumplimiento contractual, sino el ejercicio legítimo de una prerrogativa reconocida por la ley. En tal contexto, resultaría muy difícil para el contratista encuadrar la decisión de la Administración de terminar el contrato por circunstancias técnicas o económicas imprevistas como un acto contractual antijurídico que habilite la responsabilidad contractual por incumplimiento, conforme a las exigencias del derecho vigente.

Ahora bien, frente a esta objeción, una parte de la doctrina sostiene que sí cabría la responsabilidad contractual del Estado —y, por ende, la indemnización de perjuicios— con base en el principio del daño injusto y en la existencia de un título jurídico de imputación. Según este enfoque, aun cuando la terminación del contrato sea válida, si esta produce un desequilibrio económico desproporcionado que el contratista no está obligado a soportar, se genera una obligación indemnizatoria para la Administración en sede de responsabilidad contractual, vinculada al deber de respetar y mantener el equilibrio económico-financiero del contrato⁹⁰.

En esa línea, el administrativista ecuatoriano Efraín Pérez ha sostenido que el Estado puede ser responsable incluso sin falta —es decir, sin que exista un incumplimiento culpable propiamente dicho— por el ejercicio de ciertas potestades exorbitantes, como el hecho del príncipe (*factum principis*) o por actos de control y fiscalización, siempre que tales actos generen perjuicios al contratista⁹¹.

Con todo, incluso superado ese primer obstáculo dogmático, aparece otro de carácter práctico-procesal: múltiples sentencias de casación, tanto de la Corte

89 Ver Medina Mora y otros c. Dirección Distrital de Salud 11D02 y otros, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 7 de enero de 2022, Juicio 11804-2019-00206.

90 Ver Perrino, “La regulación de la responsabilidad contractual”.

91 Ver Pérez, *Derecho administrativo*.

Nacional de Justicia como de la antigua Corte Suprema, han señalado que en Ecuador la pretensión de daños y perjuicios debe reclamarse conjuntamente con la resolución o el cumplimiento forzoso del contrato, conforme al artículo 1505 del Código Civil. En otras palabras, la jurisprudencia ecuatoriana ha entendido que la acción indemnizatoria tiene un carácter accesorio y que, por tanto, debe estar anclada a una pretensión principal, ya sea el cumplimiento forzoso o la resolución⁹². Por ejemplo, en Morales Rosero c. Asociación de Cuentas en Participación Consorcio Grupo Inmobiliario la Corte Nacional de Justicia señaló lo siguiente:

[P]or regla general, la indemnización de daños y perjuicios en los contratos bilaterales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1505 del Código Civil, constituye un derecho accesorio que no se puede ejercer en acción directa y exclusiva, con independencia de la acción de resolución o cumplimiento del contrato, a elección del demandante; la indemnización de daños y perjuicios, en el caso de la compraventa perfeccionada, procede con la acción redhibitoria, en los términos del artículo 1801 del Código Civil, y no independiente de aquella⁹³.

En consecuencia, si un contrato administrativo ya ha sido válidamente terminado conforme al numeral 7 del artículo 108 de la LOSNCP por circunstancias técnicas o económicas imprevistas, de modo que no cabe pedir ni el cumplimiento forzoso ni la resolución del contrato —por haber operado ya la extinción del vínculo contractual—, esta vía quedaría, en principio, cerrada.

Explicado lo anterior, vale aclarar que no sostenemos que la interpretación jurisprudencial ecuatoriana —que supedita la acción indemnizatoria a una pretensión principal de resolución o cumplimiento forzoso— sea correcta. Somos conscientes de que una parte relevante de la doctrina civilista moderna⁹⁴, así como la jurisprudencia⁹⁵ de otras jurisdicciones que comparten el mismo Código Civil que Ecuador —como Chile— admite la posibilidad de

92 Ver Luis Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021), 712-713.

93 Ver Morales Rosero c. Asociación de Cuentas en Participación Consorcio Grupo Inmobiliario, Juicio 17711-2016-0903, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 23 de marzo de 2018; ver también Valencia & Asociados S.A. c. Leo Burnett Colombiana S. A. y Leo Burnett Internacional Inc., Juicio 95-08 (ex Primera Sala), Resolución 436-2010, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 26 de julio de 2010; ver también López Serrano y Jaramillo Cevallos c. Carvajal Rousseau, Juicio 5-99, Resolución 254-99, Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, 30 de junio de 1999.

94 Ver Iñigo de la Maza Gazmuri, “La tutela del comprador frente a la ausencia de calidades presupuestas en la cosa”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, n.º 43 (2014): 132, <https://doi.org/10.4067/S0718-68512014000200003>.

95 La Corte Suprema de Justicia de Chile ha adoptado una interpretación moderna de su artículo 1489 del Código Civil (equivalente al artículo 1505 del Código Civil ecuatoriano), admitiendo la posibilidad de reclamar una pretensión indemnizatoria de forma autónoma. La Corte consideró que, de no permitirlo, se obstaculizaría la reparación integral del acreedor. Al respecto, la Corte razonó lo siguiente: “Aquella línea doctrinaria tradicional que estima que la indemnización de perjuicios sólo procede en el supuesto de que previamente se declare la resolución o el cumplimiento del contrato, lo que es refutado por la doctrina más moderna, que adscribe la tesis de autonomía de la acción de indemnización de perjuicios derivada del incumplimiento contractual que propugna que la acción indemnizatoria es independiente de la ejecución forzada, concluyendo que la interpretación exegética del artículo 1489 —que sostiene el recurrente— responde a una lectura literal del precepto que obstaculiza la reparación integral del acreedor” [...]. Ver Causa 26846-2014, Rojas c. Promotora CMR Falabella S. A., Corte Suprema (Chile), Primera Sala (Civil). Sentencia 88608, 11 de junio de 2015.

reclamar la indemnización de daños en forma autónoma. Asimismo, reconocemos que, en un fallo reciente, la Corte Nacional de Justicia ha aceptado la viabilidad de una acción directa de indemnización frente a la terminación unilateral antijurídica de un contrato, tratándola entonces como un remedio autónomo⁹⁶.

No obstante, a nuestro criterio, la falta de uniformidad en la jurisprudencia ecuatoriana y la incertidumbre que ello genera constituyen un riesgo considerable para el contratista. Tal incertidumbre puede dificultar —e incluso impedir— que el contratista obtenga una reparación efectiva a través de una acción de responsabilidad contractual, especialmente en un escenario tan complejo como la terminación unilateral por circunstancias técnicas o económicas imprevistas.

4.2. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL OBJETIVA

Dados los obstáculos que enfrenta el contratista en la vía contractual, cabe preguntarse si la responsabilidad extracontractual de la Administración podría constituir una alternativa jurídicamente viable.

Un primer obstáculo, de naturaleza conceptual, radica en que el contratista no es un tercero respecto de la Administración, sino su cocontratante. Es decir, mantiene con la entidad pública una relación jurídica previa y específica de naturaleza contractual y, por consiguiente, encuadrar el daño dentro del régimen extracontractual parecería, en principio, desnaturalizar la relación jurídica preexistente. Sobre este punto, la jurisprudencia nacional ha sido enfática en que la responsabilidad extracontractual solo es aplicable (i) cuando no existe una relación jurídica previa entre la víctima y el autor del daño o (ii) cuando, existiendo tal vínculo, el daño no deriva de dicha relación, sino de una causa distinta⁹⁷.

⁹⁶ Nos referimos a una reciente sentencia del 12 de octubre de 2022, en la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia aceptó una acción de indemnización de perjuicios directa ante la terminación unilateral antijurídica de un contrato. En ese caso, el tribunal de apelación había rechazado la pretensión del acreedor de obtener una indemnización autónoma, invocando los precedentes de la Corte que establecen la accesoriedad de la pretensión indemnizatoria a la acción de resolución o al cumplimiento del contrato. Esta decisión fue casada y reformada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, que dispuso una indemnización autónoma a favor del acreedor. La Corte Nacional fundamentó la decisión en que: “Si un contrato con obligaciones recíprocas entre las partes ha concluido por cláusula resolutoria expresa, es improcedente demandar el cumplimiento o resolución del contrato; cabe proponer el incumplimiento para verificar la licitud o ilicitud de la terminación y de ser procedente sancionar con la indemnización de daños (emergente y lucro cesante) y perjuicios, más las penalidades accesorias de haber estipulación expresa”. Ver *Kamadaya Entertainment Corp. c. Del Castillo Garrido Producciones Procagar Cía. Ltda.*, Juicio 17230-2018-10199, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 12 de octubre de 2022.

⁹⁷ Ver *Cárdenas c. Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión y otros*, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 11 de octubre de 2022, Juicio 01803-2019-00325.

Sin embargo, más allá de esta objeción conceptual, existen otras razones de fondo por las que la responsabilidad extracontractual —que, en el caso del Estado, es objetiva y, por tanto, prescinde del elemento de culpabilidad— no parece completamente adecuada para resolver estos supuestos. Antes que nada, es importante recordar que este régimen, desarrollado en el libro IV del COA, consiste en la obligación de indemnizar a los particulares que sufren daños como consecuencia de actuaciones u omisiones de la Administración, incluso cuando estas son lícitas⁹⁸. Así lo establece el artículo 330 del COA al señalar que “[l]as instituciones del sector público [...] responden por el daño debidamente calificado proveniente de sus actuaciones u omisiones, incluso cuando estas sean lícitas, siempre que el particular perjudicado no tenga la obligación jurídica de soportarlo”⁹⁹.

Conforme al artículo 331 del COA, la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado se configura cuando concurren los siguientes elementos:

Art. 331.- Requisitos.- Para la responsabilidad extracontractual se verificará la concurrencia de los siguientes requisitos:

1. La falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o cualquier otra prestación al que el particular tenga derecho.
2. El daño calificado de conformidad con este Libro.
3. La existencia de un nexo causal entre el daño calificado y la acción u omisión de las administraciones públicas o el hecho dañoso que violente el derecho¹⁰⁰.

El primero elemento, a veces denominado factor de atribución, es definido en el numeral 1 del artículo 331 como “[l]a falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o cualquier otra prestación al que el particular tenga derecho”¹⁰¹. Este elemento se desarrolla en los artículos 332 y 333 del COA, que lo vinculan con (i) la falta o deficiencia en la provisión de un servicio público¹⁰² o (ii) las acciones u omisiones de servidores públicos¹⁰³. El elemento de daño calificado, conforme al artículo 334 del COA, es “aquel que la persona no tiene la obligación jurídica de soportar o que resulte de la violación del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas y se deriva específica e inmediatamente de la acción u omisión de las administraciones públicas”¹⁰⁴. Finalmente, según el artículo 335 del COA, para que se configure el elemento de nexo causal debe existir una relación causal directa y probada “entre el daño calificado y la acción u omisión de la administración pública o el hecho

98 Ver Pérez, *Derecho administrativo*; ver también ARLACO Cía. Ltda. c. Servicio Nacional de Aduana del Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 13 de julio de 2021, Juicio 17741-2016-1162.

99 Ver Código Orgánico Administrativo, Segundo Registro Oficial Suplemento 31, 7 de julio de 2017, artículo 330.

100 Id., artículo 331.

101 Id., artículo 331.1.

102 Id., artículo 332.

103 Id., artículo 333.

104 Id., artículo 334.

dañoso que violente el derecho”¹⁰⁵. A veces se señala un cuarto requisito implícito en los anteriores: la posibilidad de imputación del daño a una entidad estatal.

En el caso que nos ocupa, podrían considerarse cumplidos varios de estos elementos. Primero, el contratista no está jurídicamente obligado a soportar los perjuicios económicos derivados de la terminación por el numeral 7 del artículo 108, como ya explicamos anteriormente. Ello podría configurar, por tanto, un daño calificado. Segundo, el nexo causal parecería en principio claro, en la medida en que la decisión administrativa de terminar el contrato es la que provoca directamente los daños padecidos por el contratista. Y, en tercer lugar, la imputación del daño a la Administración también resulta evidente, pues fue la propia Administración la autora de la decisión que generó el desequilibrio contractual. En consecuencia, pueden atribuírsele objetivamente las consecuencias dañosas derivadas de su actuación.

Sin embargo, el problema central reside en el factor de atribución. A nuestro criterio, no es del todo claro que este elemento se cumpla, porque el COA —tal como está diseñado— no contempla la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado para resolver conflictos derivados de relaciones contractuales administrativas. Por el contrario, sus disposiciones se orientan a supuestos vinculados con la provisión de servicios públicos generales (v. gr. salud, educación, seguridad, infraestructura) o con actos u omisiones de servidores públicos en el ejercicio de sus funciones¹⁰⁶.

Por otra parte, desde el plano procesal, debe tenerse en cuenta que el artículo 118 de la LOSNCP dispone lo siguiente:

Art. 118 .- Instancia única.- De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el proceso se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Las controversias suscitadas entre la entidad contratante y el contratista, durante la fase de ejecución del contrato, tales como las relativas a la terminación del contrato, falta de pago, negativas de recepción o liquidación del contrato, multas, entre otras, deberán someterse a las disposiciones del procedimiento contencioso administrativo de conformidad con lo previsto en los artículos 326, numeral 4, literal d), y 327 del Código Orgánico General de Procesos.

En los casos en los que sea objeto de impugnación una actuación administrativa relacionada o derivada de un procedimiento de contratación

105 Id., artículo 335.

106 Ver Andrés Moreta, *Derecho administrativo ecuatoriano* (Quito: Ediciones LÉ LegalitÉ, 2023); ver también Pérez, *Derecho administrativo*.

pública o de un contrato, se utilizará la misma acción detallada en el inciso anterior [...]”¹⁰⁷.

A su turno, el artículo 326.4.d del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) dispone que “[s]e tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones: [...] 4. Las especiales de: [...] d) Las controversias en materia de contratación pública”¹⁰⁸. Lo interesante es que ese mismo numeral 4 del artículo 326, en su literal (b), reconoce como una acción especial distinta la de responsabilidad objetiva del Estado¹⁰⁹.

En consecuencia, es razonable entender que, interpretando coherentemente el inciso segundo del artículo 118 de la LOSNCP, una controversia derivada de una terminación unilateral del contrato basada en el numeral 7 del artículo 108 de la LOSNCP —esto es, por circunstancias técnicas o económicas imprevistas— no podría tramitarse bajo la acción especial de responsabilidad objetiva del Estado prevista en el artículo 326.4.b del COGEP. Ello porque, conforme lo ordena el propio inciso segundo del artículo 118 de la LOSNCP, lo procesalmente aplicable sería encauzar la controversia como una acción especial en materia de contratación pública, al amparo del artículo 326.4.d del COGEP.

En virtud de lo anterior, es nuestra opinión que la vía extracontractual se enfrenta a serias barreras dogmáticas y procesales que difícilmente permitirían asegurar al contratista una reparación integral frente a la terminación unilateral del contrato.

4.3. LA ACCIÓN DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Finalmente, como tercera alternativa, ante los problemas que presentan la acción de responsabilidad contractual y la de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, cabe considerar la acción de enriquecimiento sin causa, cuya naturaleza es residual. Esta figura busca corregir desequilibrios patrimoniales cuando una parte obtiene un beneficio a expensas de otra sin una causa jurídica que lo justifique y a falta de un remedio específico.

Su aplicación en el ámbito de la contratación administrativa ha sido reconocida tanto por la doctrina¹¹⁰ como por la jurisprudencia nacional¹¹¹ y comparada.

107 Ver LOSNCP, Registro Oficial 395, 4 de agosto de 2008, artículo 118.

108 Ver Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo de 2015, artículo 326.4.d.

109 Id., artículo 326.4.b.

110 Ver Enrique Gil Botero, *Responsabilidad extracontractual del Estado* (Bogotá: Temis, 2017); ver también Tomás Quintana López, “Responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de su actividad precontractual y *ex contractu*”, en *Responsabilidad patrimonial de la Administración pública*, tomo II (Madrid: Tirant lo Blanch, 2013).

111 Ver Asociación de Servicios Integrados CYA (PETGAS TUSCANY) c. PETROECUADOR EP y otro, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 21 de febrero de 2024, Juicio 17811-2021-01272; ver también SGS del Ecuador S.A. c. Banco Nacional del Fomento y otro, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 10 de abril de 2025, Juicio 09801-2013-0549.

Por ejemplo, es generalmente aceptado que, cuando la Administración recibe prestaciones o beneficios de particulares sobre la base de contratos irregulares —supuestos en los que un empresario ejecuta una prestación a favor de la Administración sin la debida cobertura contractual—, la negativa estatal a compensar al contratista configura un enriquecimiento injustificado a costa del particular¹¹². Frente a ello, se aplica el principio de enriquecimiento sin causa como mecanismo para recuperar el valor de las prestaciones realizadas en favor de la Administración.

En Ecuador no existe una disposición expresa que consagre este principio en el ámbito administrativo. Sin embargo, algunos tribunales han considerado que el principio de enriquecimiento sin causa puede derivarse del artículo 66.17 de la Constitución, conforme al cual nadie será obligado a realizar trabajo gratuito¹¹³, y del artículo 117 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, que prevé obligaciones presupuestarias y contables, entre otros casos, (i) cuando ineludiblemente, por excepción, deban realizarse pagos sin contraprestación y (ii) cuando se reciban de terceros obras, bienes o servicios por autoridad competente mediante acto administrativo válido, haya existido o no compromiso previo¹¹⁴.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que el enriquecimiento sin causa exige la concurrencia de cinco elementos: (i) el enriquecimiento de una parte (es decir, un incremento patrimonial o ventaja apreciable); (ii) un empobrecimiento correlativo de la otra parte; (iii) un nexo causal directo entre ambos; (iv) la ausencia de una causa jurídica que justifique el enriquecimiento; y (v) la inexistencia de otra acción legal para corregir la situación.

Aplicado al caso que nos ocupa, en principio, estos requisitos parecen concurrir. Primero, el enriquecimiento se manifiesta en el incremento patrimonial de la Administración, que recibe y aprovecha prestaciones ejecutadas por el contratista contribuyendo al cumplimiento de fines públicos o, en su caso, generando ahorro o rendimiento para el Estado. Segundo, existe un empobrecimiento correlativo del contratista que, para el momento de la terminación, habría incurrido en costos, inversiones y esfuerzos sin recibir retribución plena. Tercero, el nexo causal se verifica en que el beneficio estatal deriva

112 Ver Manuel Rebollo Puig, *El enriquecimiento injusto de la Administración pública* (Madrid: Marcial Pons, 1995), 339-416; ver también Andrés Manuel González Sanfeli, “Enriquecimiento injusto ante las consecuencias de la contratación irregular”, *Revista de Administración Pública*, n.º 222 (2023): 99-137, <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.222.04>.

113 Este criterio ha sido aplicado por algunos Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo. Destaca el caso Cisneros Merino c. Consejo de la Judicatura y Procuraduría General del Estado, en el que, pese a existir un contrato administrativo entre las partes, el actor ejecutó obras adicionales, a solicitud de la Administración, sin orden de trabajo ni contrato complementario. En sentencia de 7 de junio de 2019, el TCDA de Loja concluyó que el actor había ejecutado rubros adicionales a los establecidos en el contrato original, los cuales fueron necesarios para el debido funcionamiento de la Unidad Judicial de Cariamanga. Bajo el principio de enriquecimiento sin causa, el TCDA de Loja dispuso que el actor tenía derecho al pago de los valores correspondientes a las prestaciones realizadas. Este criterio fue posteriormente ratificado por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia mediante sentencia del 17 de enero de 2023. Ver Cisneros Merino c. Consejo de la Judicatura y Procuraduría General del Estado, Juicio 11804-2018-00268, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 17 de enero de 2023.

114 Ver Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, Registro Oficial Suplemento 306, 22 de octubre de 2010, artículo 117.

directamente de las prestaciones del contratista. Cuarto, se advierte la ausencia de una causa jurídica que legitime la apropiación o el ahorro estatal sin contraprestación, a la luz de los principios generales desarrollados a lo largo de este trabajo. Y, quinto, como hemos analizado, las vías alternativas (contractual y extracontractual) parecen no permitir una reparación adecuada del desequilibrio patrimonial generado.

Sin perjuicio de ello, conviene subrayar que este principio, aplicado a la contratación administrativa, guarda una estrecha afinidad con la figura de los hechos cumplidos¹¹⁵. En efecto, suele emplearse en situaciones en las que el contratista ejecuta obras, presta servicios o entrega bienes sin contar con una cobertura contractual adecuada (v. gr. partidas adicionales no previstas o adelantados realizados sin una cobertura formal) y la Administración se rehúsa a pagar tales rubros. Ese matiz no coincide plenamente con el supuesto que aquí examinamos, es decir, la terminación unilateral por circunstancias técnicas o económicas imprevistas prevista en el artículo 108.7 de la LOSNCP. Ello podría constituir un obstáculo para el éxito de esta vía, al menos en su formulación más común.

Adicionalmente, en el plano procesal, en Ecuador el enriquecimiento sin causa suele reclamarse mediante la *actio in rem verso*, una acción de carácter subsidiario o residual. Ese carácter se ha entendido en el sentido de que únicamente procede cuando no existe ninguna otra acción jurídicamente disponible para encauzar la pretensión del demandante. Consideraciones similares a las que discutimos en torno a la responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, respecto de los artículos 118 de la LOSNCP y 326.4.d del COGEP, podrían resultar aplicables aquí también. Por tanto, la utilidad de la *actio in rem verso* para el supuesto que nos ocupa tampoco resulta del todo evidente y, sin duda, exige un examen más detenido, que podrá ser materia de un estudio posterior.

Por otra parte, en lo relativo al alcance de la indemnización, la *actio in rem verso* suele limitar el resarcimiento —o, más propiamente dicho, la restitución— al monto del enriquecimiento obtenido por el demandado, siempre en proporción al empobrecimiento del demandante. Así, por ejemplo, la jurisprudencia ecuatoriana, en *Borja c. Serrano y otros*, ha sostenido que dicha acción no puede convertirse en una fuente de provecho para el demandante ni de pérdida para el demandado, sino que debe circunscribirse a “restablecer el equilibrio perdido entre dos patrimonios”¹¹⁶. Con todo, la doctrina moderna —inspirada en las fuentes del derecho romano— ha ampliado el espectro de las restituciones mediante el recurso a las condiciones (*v. gr. condictio indebiti, condictio ob rem, condictio sine causa, condictio causa data causa non secuta,*

115 Ver Gil Botero, *Responsabilidad extracontractual del Estado*.

116 Ver *Borja c. Serrano y otros*, Corte Suprema de Justicia (tercera instancia), 22 de octubre de 1991, Gaceta Judicial, serie XV, 13 (enero-abril de 1992).

entre otras), lo cual permite abordar con mayor flexibilidad las diversas hipótesis de enriquecimiento injustificado¹¹⁷.

En síntesis, el enriquecimiento sin causa podría constituir una vía de resarcimiento para el contratista en escenarios de terminación por circunstancias técnicas o económicas imprevistas. No obstante, esta alternativa enfrenta también dificultades importantes derivadas de (i) su naturaleza residual, que puede convertirse en un obstáculo procesal; (ii) su tradicional vinculación con los hechos cumplidos en el contexto de contratos administrativos irregulares, circunstancia que no se ajusta exactamente al supuesto analizado; y (iii) los límites del quantum indemnizatorio que —por la forma en que actualmente se concibe— corre el riesgo de no cubrir la totalidad de los perjuicios —en particular el lucro cesante— que pueden derivarse de la terminación anticipada del contrato administrativo, pues la compensación se circunscribe al enriquecimiento correlativo al empobrecimiento del demandante, lo cual podría resultar insuficiente en ciertos casos.

5. SECCIÓN PROPOSITIVA

Ante la problemática descrita a lo largo de este trabajo —especialmente en las secciones 3.3. y 4—, esto es, la ausencia de reglas expresas sobre el alcance indemnizatorio y la incertidumbre respecto de la acción idónea y el remedio que el contratista debe activar ante el órgano jurisdiccional competente, consideramos que dicha problemática puede ser abordada a través de dos alternativas concretas: de un lado, una reforma normativa a la LOSNCP, y, de otro, la construcción de un precedente jurisprudencial claro que otorgue certeza y seguridad jurídica a los contratistas privados.

En primer lugar, una alternativa consiste en incorporar en la LOSNCP una regla expresa aplicable a los supuestos de terminación por circunstancias técnicas o económicas imprevistas, en virtud de la cual se reconozca al contratista el derecho a (i) la reparación del daño emergente efectivamente acreditado, comprendiendo los costos razonables y las inversiones no amortizadas directamente vinculadas a la terminación y (ii) el reconocimiento del lucro cesante, siempre que su cuantificación satisfaga un estándar estricto de certeza y causalidad directa, y en la medida en que la utilidad esperada sea razonablemente demostrable. Asimismo, y con miras a dotar de mayor certidumbre procesal al sistema, dicha reforma debería precisar que la reclamación correspondiente se articula como una pretensión indemnizatoria de naturaleza contractual —en tanto este constituye el cauce natural cuando el daño al contratista se origina un contrato válido—, derivada de la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato.

¹¹⁷ Ver Rebeca Fariña Fariña, *La restitución del enriquecimiento sin causa: Un reto para el derecho español* (Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2022).

Una segunda alternativa, en ausencia de reforma legislativa, consistiría en que la Corte Nacional de Justicia consolide un criterio uniforme mediante el sistema de precedentes por triple reiteración, conforme a lo previsto en los artículos 184, numeral 2, y 185 de la Constitución¹¹⁸, así como en el artículo 182 del Código Orgánico de la Función Judicial¹¹⁹, de modo que el punto de derecho relativo tanto al alcance de la indemnización —comprensiva de daño emergente y lucro cesante— como a la procedencia de la pretensión indemnizatoria contractual por ruptura del equilibrio económico-financiero adquiera carácter de jurisprudencia obligatoria.

Ambas vías responden, en definitiva, a un mismo propósito: asegurar que la potestad de terminación unilateral y anticipada de la Administración no implique un traslado injustificado de riesgos al contratista ni dé lugar a resultados judiciales imprevisibles.

6. CONCLUSIONES

En este artículo hemos sostenido que el régimen ecuatoriano de terminación unilateral de contratos administrativos genera el riesgo de producir un daño injusto para el contratista. Hemos explicado también por qué, a nuestro criterio, aquello que en otras jurisdicciones se denomina terminación por razones de conveniencia o por interés público se asemeja a la causal prevista en el numeral 7 del artículo 108 de la LOSNCP, que faculta a la Administración a dar por terminado el contrato cuando concurren circunstancias técnicas o económicas imprevistas que tornan inconveniente, para la Administración, la continuación del contrato y por qué, en tales supuestos, el riesgo antedicho se vuelve especialmente significativo.

En esa línea, nuestro análisis también muestra que, a diferencia de lo que ocurre en otros sistemas jurídicos, el diseño de la LOSNCP presenta dos aspectos en los que resulta insuficiente o, al menos, no tan claro como debería: (i) el fundamento y el alcance del deber de compensar (es decir, la ley no define expresamente un remedio indemnizatorio en favor del contratista) y (ii) el canal jurídico-procesal mediante el cual debe exigirse dicha compensación. El resultado es que la terminación unilateral puede trasladar al contratista una carga patrimonial desproporcionada, difícilmente conciliable con el principio de mantenimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, tan relevante en materia de contratación pública.

Uno de los aportes que hemos buscado enfatizar es que, más allá de la licitud formal de la terminación bajo el artículo 108.7, esa decisión produce

118 Ver Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, artículos 184.2 y 185.

119 Ver Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento 544, 9 de marzo de 2009, artículo 182.

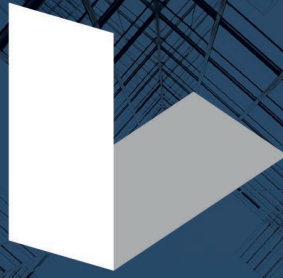
consecuencias patrimoniales que justifican el reconocimiento de un deber correlativo de compensación. Así, el núcleo del debate, a nuestro criterio, no reside tanto en su existencia sino en su extensión. Ese deber, en efecto, nos parece la consecuencia natural de algunos principios estructurales del derecho de la contratación pública, como la preservación de la ecuación económico-financiera y la prohibición de imponer al contratista cargas patrimoniales desproporcionadas derivadas de decisiones unilaterales de la Administración. Además, el artículo 107 de la LOSNCP reconoce que, (i) ante la terminación por mutuo acuerdo por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas o (ii) ante la terminación unilateral por las mismas circunstancias, pero frente a la falta de acuerdo mutuo, el contratista puede reclamar sus derechos causados o adquiridos. El problema, sin embargo, es que la ley ecuatoriana no establece explícitamente cómo opera el derecho del contratista a ser compensado en ese supuesto particular.

En nuestra opinión, con independencia de la teoría adoptada sobre el origen del derecho a ser compensado —ya sea la prohibición de expropiar sin justa compensación o el principio de reparación integral desde la teoría del daño antijurídico—, cuando menos debe garantizarse la cobertura del daño emergente efectivamente sufrido por el contratista, incluidas las inversiones razonables y los costos directamente vinculados a la terminación. La procedencia del lucro cesante, en nuestro criterio, también sería defendible por su coherencia conceptual y su aceptación por buena parte de la doctrina.

Respecto del canal jurídico-procesal para exigir la compensación, creemos que la falta de una definición clara traslada inevitablemente la litigación al terreno de la incertidumbre, con resultados potencialmente imprevisibles. Las tres alternativas disponibles: (i) una acción de responsabilidad contractual, (ii) una acción de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado y (iii) una acción de enriquecimiento sin causa, presentan, cada una, obstáculos de diversa índole, derivados tanto de su actual configuración dogmática como de la ausencia de una línea jurisprudencial consistente en la práctica ecuatoriana.

La actual configuración del régimen de terminación unilateral por circunstancias técnicas o económicas imprevistas, conforme al artículo 108.7 de la LOSNCP, deja, entonces, un amplio margen de incertidumbre que debilita la seguridad jurídica y desincentiva la participación privada en la contratación pública. La ausencia de reglas expresas sobre las consecuencias indemnizatorias de la terminación traslada al contratista un riesgo que debería ser asumido, al menos parcialmente, por la Administración cuando actúa en función del interés público.

Superar esta situación exige —ya sea mediante una reforma normativa o por vía jurisprudencial, en los términos antes sugeridos— reconocer de forma clara y expresa el derecho del contratista a una compensación adecuada y establecer un cauce procesal idóneo para su exigibilidad; de modo que la potestad de terminación unilateral no se convierta, en la práctica, en una fuente de resultados arbitrarios e injustos.



LEXVALOR

ABOGADOS



+ de 18 áreas
de práctica
a tu servicio



+ de 70 abogados
trabajando
para ti



Acreditados por
+ de 10 rankings
internacionales

"Lexvalor Abogados has a very committed team that is passionate about its work. Its lawyers are professional, practical and knowledgeable, and they provide quick responses with immediate solutions."

Chambers & Partners 2026

50 ^{CR}ORRAL ^{CR}
AÑOS ^{CR}ROSALÉS

International Standards, Local Vanguard



PBP Pérez
Bustamante
& Ponce



TENEMOS LA EXPERIENCIA



WWW. PBPLAW.COM

 Pérez Bustamante & Ponce (PBP)

 @pbplaw

¿Hay salida de divisas sin divisas? Criptoactivos y el impuesto a la salida de divisas en Ecuador

Is There a Foreign Currency Outflow without Currency? Crypto-Assets and the Outflow Tax in Ecuador

RONALD VICENTE SACOTO QUINTEROS*

Recibido / Received: 26/01/2026

Aceptado / Accepted: 15/04/2026

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v13i1.4190>

Citación:

Sacoto, Ronald. “¿Hay salida de divisas sin divisas? Criptoactivos y el impuesto a la salida de divisas en Ecuador”. *USFQ Law Review*, vol. 13, n°. 1. (Junio de 2026): <https://doi.org/10.18272/ulr.v13i1.4190>.

* Universidad Andina Simón Bolívar, posgrado en Derecho Tributario. Toledo N22-80, Quito 170143, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: rsacotoquinteros@hotmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0006-4263-9031>.

RESUMEN

El artículo analiza el tratamiento jurídico-tributario de los criptoactivos en Ecuador, a partir de su creciente utilización en operaciones económicas con efectos patrimoniales y, en particular, en transacciones transfronterizas. Sobre la base de un análisis conceptual y comparado, se examina la forma en que distintos ordenamientos han abordado la calificación tributaria de los criptoactivos y se contrasta dicha experiencia con la posición adoptada por las autoridades monetarias ecuatorianas. El estudio se centra especialmente en el impuesto a la salida de divisas, evaluando si el uso de criptoactivos puede configurar su hecho generador y cuáles son los límites que imponen los principios de legalidad tributaria y de realidad económica. Finalmente, se identifican los principales riesgos jurídicos derivados de la falta de regulación expresa y se plantean criterios interpretativos orientados a preservar la seguridad jurídica y evitar interpretaciones extensivas incompatibles con la reserva de ley.

PALABRAS CLAVE

Criptoactivos; impuesto a la salida de divisas; realidad económica; legalidad tributaria; tributación extrafiscal; vacíos normativos

ABSTRACT

This article examines the tax treatment of crypto-assets in Ecuador, in light of their increasing use in economic transactions with patrimonial and cross-border effects. Through a conceptual and comparative analysis, this text reviews how different jurisdictions and international organizations have classified crypto-assets for tax purposes, and contrasts these approaches with the position adopted by Ecuadorian monetary authorities. The analysis focuses primarily on the foreign currency outflow tax, assessing whether transactions involving crypto-assets may trigger the taxable event and identifying the legal limits imposed by the principles of tax legality and economic substance. The article concludes by highlighting the legal risks arising from the absence of explicit regulation and by proposing interpretative guidelines aimed at safeguarding legal certainty and preventing unlawful extensions of tax obligations..

KEY WORDS

Crypto-assets; foreign currency outflow tax; economic reality; tax legality; extrafiscal taxation; regulatory gaps

1. INTRODUCCIÓN

El uso de criptoactivos como mecanismos de intercambio, inversión, transferencia de valor, entre otros, ha experimentado un crecimiento sostenido en América Latina, desafiando las categorías jurídicas tradicionales sobre las cuales se han construido los sistemas tributarios contemporáneos. En Ecuador, si bien las autoridades nacionales como el Banco Central y la Junta de Política Regulatoria Monetaria y Financiera han adoptado una posición clara al excluir a los criptoactivos del sistema monetario y de los medios de pago autorizados, el ordenamiento tributario carece de disposiciones específicas que regulen de manera integral las consecuencias fiscales derivadas de su utilización en operaciones económicas con efectos patrimoniales y transfronterizos. A esta ausencia normativa se suma la escasa producción doctrinal nacional sobre el tratamiento tributario de los criptoactivos, lo que confirma el carácter novedoso del problema jurídico abordado y la necesidad de construir criterios interpretativos a partir de principios generales y derecho comparado.

En la práctica, los criptoactivos han comenzado a ser utilizados por personas naturales y jurídicas para estructurar pagos contractuales, inversiones y operaciones internacionales que canalizan valor económico sin recurrir necesariamente al sistema financiero tradicional. Esta realidad plantea interrogantes jurídicos de especial complejidad desde la óptica tributaria, particularmente en relación con el impuesto a la salida de divisas (en adelante ISD), tributo concebido para gravar la transferencia o traslado de divisas al exterior en un contexto de bancarización y control financiero. En este escenario, surge una pregunta central: ¿puede la utilización de criptoactivos —que no constituyen moneda de curso legal ni medios de pago autorizados— activar el hecho generador del ISD cuando no existe una salida formal de divisas?

El abordaje de esta problemática resulta especialmente relevante en el contexto ecuatoriano, donde el diseño normativo del ISD se enfrentaría a operaciones que producen efectos económicos funcionalmente equivalentes a los pagos internacionales tradicionales, pero que se ejecutan al margen de los canales financieros sujetos a control. Esta situación pone en tensión dos principios fundamentales del derecho tributario: el principio de legalidad tributaria, que exige una definición expresa y previamente concebida del hecho imponible, y el criterio de realidad económica, que obliga a atender a la sustancia de las operaciones más allá de sus formas jurídicas.

El presente artículo examina esta tensión desde una perspectiva jurídico-tributaria, a partir de un análisis conceptual y comparado del tratamiento de los criptoactivos, los pronunciamientos de los organismos internacionales y la posición adoptada por el Banco Central del Ecuador. Sobre esta base, se analiza críticamente la configuración del ISD frente a operaciones con criptoactivos,

identificando los límites interpretativos que enfrenta la Administración tributaria y los riesgos jurídicos derivados de la ausencia de una regulación expresa. Lejos de proponer soluciones expansivas, el estudio sostiene que la aplicación del ISD debe mantenerse dentro de los márgenes definidos por la ley vigente, preservando la seguridad jurídica y la reserva de ley, mientras no exista una intervención normativa que aborde de manera sistemática el fenómeno de los criptoactivos en el ámbito tributario.

2. DESARROLLO

2.1. NATURALEZA DE LOS CRIPTOACTIVOS

El auge de los criptoactivos ha desafiado de manera significativa las categorías jurídicas tradicionales. Conceptos como moneda, valor, activo intangible o bien fungible han sido utilizados de forma indistinta por legisladores, jueces y doctrinarios, sin que exista hasta la fecha una definición uniforme y universalmente aceptada. Esta ambigüedad conceptual tiene consecuencias directas en el ámbito tributario, en la medida en que la calificación jurídica de un bien condiciona la aplicación de principios como causalidad, necesidad y proporcionalidad del gasto, así como la configuración de hechos generadores relevantes, entre ellos el ISD.

En términos generales, los criptoactivos pueden definirse como representaciones digitales de valor basadas en tecnologías de registro distribuido (*distributed ledger technology* o DLT), cuya emisión, validación y transferencia se realizan mediante protocolos criptográficos sin necesidad de intermediarios financieros tradicionales¹. No obstante, esta definición técnica encubre una realidad marcadamente heterogénea. Bajo la denominación genérica de criptoactivos coexisten proyectos con arquitecturas sustancialmente distintas, que responden a modelos divergentes de gobernanza, validación y control del sistema. Así, mientras algunas redes públicas abiertas —como Bitcoin o Ethereum— operan bajo esquemas altamente descentralizados donde la validación se distribuye entre múltiples participantes independientes, otros desarrollos presentan niveles significativos de centralización, estructuras de gobernanza cerradas o incluso control institucional o estatal, fenómeno observable en determinados proyectos impulsados por entidades privadas o por autoridades monetarias nacionales². Esta diversidad estructural demuestra que el concepto de criptoactivo no describe una categoría uniforme, sino un conjunto de tecnologías con implicaciones jurídicas y económicas diferenciadas, circunstancia que incide directamente en su calificación tributaria.

1 BBVA Research, “Monedas digitales emitidas por bancos centrales: características, opciones, ventajas y desventajas”, Working Paper 19/03, 2019.

2 Encyclopaedia Britannica, “Centralized vs. Decentralized Cryptocurrency”, <https://www.britannica.com/money/centralized-vs-decentralized-crypto>.

Asimismo, no todos los criptoactivos presentan el mismo grado de trazabilidad. Diversos organismos internacionales han señalado que las redes *blockchain* públicas permiten, en muchos casos, un seguimiento relativamente transparente de las transacciones mediante herramientas de análisis de cadena (*blockchain analytics*), lo que ha facilitado su progresiva incorporación a esquemas de supervisión y reporte fiscal internacional³. Sin embargo, existen criptoactivos diseñados específicamente para maximizar la privacidad de los usuarios. Estas denominadas *privacy coins* emplean técnicas criptográficas avanzadas —como firmas en anillo, direcciones ocultas o pruebas de conocimiento cero— que dificultan o incluso impiden la identificación del emisor, receptor o monto de las operaciones⁴. Esta evolución tecnológica ha evidenciado los límites estructurales de los mecanismos tradicionales de transparencia fiscal internacional, como el *Common Reporting Standard*⁵ (en adelante CRS) y el *Foreign Account Tax Compliance Act*⁶ (en adelante FATCA), concebidos originalmente para un sistema financiero intermediado y bancarizado, circunstancia que motivó el desarrollo reciente del Crypto-Asset Reporting Framework (CARF) impulsado por la OCDE⁷.

Desde una perspectiva jurídica general, el hecho de que la mayoría de los ordenamientos no reconozca a los criptoactivos como moneda de curso legal o como medio de pago autorizado no agota su relevancia normativa. La ausencia de reconocimiento monetario no impide su utilización en el tráfico jurídico ni excluye, por sí sola, la producción de efectos patrimoniales o económicos jurídicamente relevantes. Por ello, desde el punto de vista contable y tributario, una aproximación exclusivamente monetaria resulta insuficiente para comprender el impacto real de estas operaciones.

En este contexto, ante la inexistencia de una regulación tributaria expresa sobre los criptoactivos, corresponde acudir a los principios generales del derecho tributario previstos en el Código Tributario. En primer lugar, el artículo 2 consagra la supremacía de las normas tributarias, garantizando que la calificación fiscal de las operaciones no quede subordinada a categorías o

3 Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues*. París: OECD, 2020. <https://doi.org/10.1787/e29bb804-en>.

4 Financial Action Task Force (FATF), *Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*. París: FATF, 2021. <https://www.fatf-gafi.org/en/publications/Fatfrecommendations/Guidance-rba-virtual-assets-2021.html>.

5 El *common reporting standard* (CRS) es un estándar internacional de intercambio automático de información financiera, desarrollado por la OCDE, cuyo objetivo es permitir a las administraciones tributarias identificar activos financieros mantenidos en el exterior por sus residentes fiscales, con el fin de prevenir la evasión y elusión tributaria.

6 La Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA) es una normativa de los Estados Unidos que establece obligaciones de identificación y reporte de cuentas financieras mantenidas por personas estadounidenses en el exterior, imponiendo a las instituciones financieras extranjeras el deber de informar dicha información al Internal Revenue Service (IRS), con el propósito de combatir la evasión fiscal internacional.

7 OECD, *Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard*. París: OECD, 2022. <https://www.oecd.org/en/about/news/announcements/2024/10/crypto-asset-reporting-framework-and-amended-common-reporting-standard-oecd-releases-it-format-for-transmitting-information-and-issues-interpretative-guidance.html>.

calificaciones propias de otras ramas del ordenamiento jurídico⁸.

Complementariamente, el artículo 17 del mismo cuerpo legal establece el criterio de calificación del hecho generador, disponiendo que este debe atender a la verdadera esencia y naturaleza jurídica del acto, así como a las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan, con independencia de las formas jurídicas o denominaciones utilizadas por los interesados. Cito a continuación:

Art. 17.- Calificación del hecho generador.- Cuando el hecho generador consista en un acto jurídico, se calificará conforme a su verdadera esencia y naturaleza jurídica, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados.

Cuando 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 utilicen (énfasis añadido)⁹.

Desde esta óptica, la ausencia de una definición legal específica de los criptoactivos podría interpretarse como un supuesto de no sujeción¹⁰, lo que exigiría por tanto una reconducción jurídica del fenómeno económico a las categorías tributarias existentes. En efecto, el derecho tributario no grava las formas jurídicas aisladas, sino las manifestaciones efectivas de capacidad contributiva, por lo que toda operación onerosa realizada mediante criptoactivos debería ser analizada atendiendo a su sustancia económica y a los efectos patrimoniales que produce, con independencia del reconocimiento o tratamiento que dichos activos reciban en otros ámbitos del ordenamiento.

Desde la doctrina tributaria comparada, esta aproximación ha dado lugar a la identificación de, al menos, tres grandes posibles calificaciones analíticas de los criptoactivos: (i) como activos intangibles o bienes patrimoniales susceptibles de valoración económica; (ii) como instrumentos financieros o activos de inversión, particularmente en entornos de negociación especializada; y (iii) como medios de pago funcionales, en aquellos casos en que son aceptados contractualmente para la extinción de obligaciones, aun sin ostentar la

8 Artículo 2, Código Tributario, R. O. Suplemento 38, 14 de junio de 2005.

9 Id., art. 17.

10 En materia tributaria, la no sujeción se configura cuando un determinado hecho, acto u operación queda fuera del ámbito objetivo de aplicación de un tributo por no encuadrar en el supuesto de hecho previsto por la ley como generador de la obligación tributaria. A diferencia de la exención, que supone la existencia del hecho imponible pero dispensa legalmente del pago del tributo, la no sujeción implica que la obligación tributaria nunca nace, al no verificarse los elementos esenciales del tributo —en particular, el hecho generador— conforme al principio de legalidad. En consecuencia, los supuestos de no sujeción no requieren reconocimiento expreso ni beneficio normativo, sino que derivan directamente de una interpretación estricta de la ley tributaria, que impide extender el ámbito de imposición a hechos no contemplados por el legislador, preservando así la seguridad jurídica y la reserva de ley en materia tributaria.

condición de moneda de curso legal.

Cada una de estas calificaciones presenta implicaciones tributarias diferenciadas y pone de relieve las limitaciones de los enfoques regulatorios que pretenden tratar a los criptoactivos como una categoría homogénea. En el marco del presente artículo, el análisis se centrará en aquellas implicaciones que resultan relevantes para el ISD.

2.2. CLASIFICACIÓN TRIBUTARIA DE LOS CRIPTOACTIVOS EN MARCOS COMPARADOS

La ausencia de una definición uniforme a nivel internacional ha llevado a cada jurisdicción a tener que abordar el tratamiento tributario de los criptoactivos conforme a sus propias categorías fiscales. No obstante, comienzan a identificarse líneas comunes en la doctrina y en la práctica administrativa, especialmente en países de la región y en organismos multilaterales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos¹¹ (en adelante OCDE) y el Grupo de Acción Financiera Internacional¹² (en adelante GAFI), cuyas directrices influyen en el diseño de normas internas.

2.2.1. OCDE Y GAFI: ENFOQUE FUNCIONAL Y DE TRANSPARENCIA FISCAL

La OCDE, en sus informes sobre fiscalidad digital y criptoactivos, no propone una clasificación jurídica única, sino que recomienda aplicar criterios de realidad económica y de trazabilidad para efectos de control tributario. En su documento *Taxing Virtual Currencies: An Overview of Tax Treatments and Emerging Tax Policy Issues* (2020) establece que los criptoactivos deben ser analizados conforme a su función específica (medio de pago, inversión, utilidad), y no bajo una noción rígida de unidad monetaria¹³. Además, insiste en la necesidad de adoptar mecanismos de revelación fiscal, similares al CRS y FATCA, para combatir la evasión mediante activos digitales.

Por otra parte, el GAFI ha promovido estándares internacionales de identificación del beneficiario final, debida diligencia reforzada y trazabilidad sobre operaciones con criptoactivos. La implementación de estos estándares ha

11 La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es un organismo internacional que agrupa a diversos Estados, cuya finalidad es el análisis comparado de políticas públicas y la formulación de recomendaciones orientadas a la promoción del crecimiento económico, la estabilidad financiera y el comercio, a partir de estudios, estadísticas e indicadores en materias como tributación, educación, gobernanza y desarrollo sostenible.

12 El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) es un organismo intergubernamental encargado de establecer estándares internacionales y promover la implementación efectiva de medidas legales, regulatorias y operativas destinadas a prevenir y combatir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva, así como a fortalecer la integridad del sistema financiero internacional.

13 OECD, *Overview*, 9-12 y 17-19.

reducido los niveles de anonimato, lo que indirectamente ha facilitado que las administraciones tributarias apliquen regímenes fiscales existentes sobre este tipo de operaciones¹⁴.

2.2.2. ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA: LOS CRIPTOACTIVOS COMO BIENES PATRIMONIALES INMATERIALES Y SU TRATAMIENTO FISCAL

En el ordenamiento jurídico español, la calificación de las criptomonedas ha sido construida fundamentalmente a través de la doctrina administrativa y la jurisprudencia europea, ante la ausencia de una definición expresa en la normativa tributaria interna. La Dirección General de Tributos (en adelante DGT) ha sostenido de manera reiterada que las criptomonedas constituyen bienes patrimoniales inmateriales, carentes de la consideración de moneda de curso legal, pero susceptibles de valoración económica y de integración en el patrimonio del contribuyente¹⁵.

En particular, en la consulta vinculante V0999-18, la DGT parte de la definición de “moneda virtual” contenida en la normativa europea en materia de prevención de blanqueo de capitales, destacando que se trata de una representación digital de valor no emitida ni garantizada por un banco central, no vinculada necesariamente a una moneda de curso legal, pero aceptada como medio de intercambio por determinados operadores¹⁶. Sobre esta base, concluye que las criptomonedas son bienes inmateriales computables por unidades o fracciones, que pueden ser objeto de adquisición, transmisión o permuta, y cuyo intercambio genera efectos fiscales relevantes.

Desde la perspectiva del impuesto sobre la renta de las personas físicas, la DGT considera que el intercambio de una criptomoneda por otra distinta constituye una permuta de bienes en los términos del artículo 1.538 del Código Civil Español¹⁷, dando lugar a una alteración en la composición del patrimonio del contribuyente. En consecuencia, tales operaciones originan ganancias o pérdidas patrimoniales, conforme a lo previsto en el artículo 33, numeral 1, de la Ley 35/2006¹⁸, incluso cuando no exista conversión a moneda fiduciaria¹⁹. La cuantificación de dichas variaciones patrimoniales debe realizarse atendiendo al valor de mercado de los criptoactivos intercambiados,

14 FATF, *Updated Guidance for a Risk-Based Approach to Virtual Assets and Virtual Asset Service Providers*, París: FATF, 2021, partes III y IV, y Anexo A (Recomendación 15 y Nota interpretativa), <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf-gafi/guidance/Updated-Guidance-VA-VASP.pdf>.

15 Dirección General de Tributos (España), Consulta Vinculante V0999-18, 18 de abril de 2018.

16 Id., con remisión a la Propuesta de Directiva (UE) de modificación de la Directiva 2015/849 en materia de prevención del blanqueo de capitales.

17 Código Civil (España), Real Decreto del 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

18 Ley 35/2006 del 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, Boletín Oficial del Estado 285, 29 de noviembre de 2006.

19 Id., art. 33.

aplicando las reglas generales y específicas de valoración previstas en los artículos 34, 35 y 37 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas²⁰.

Este enfoque confirma que, para el derecho tributario español, la relevancia fiscal de las criptomonedas no deriva de su eventual uso como medio de pago, sino de su naturaleza patrimonial y de los efectos económicos derivados de su transmisión, lo que refuerza su calificación como activos inmateriales y no como dinero en sentido jurídico estricto.

En el ámbito del impuesto sobre el valor añadido (en adelante IVA), el tratamiento de las criptomonedas ha sido determinado principalmente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE). En su sentencia del 22 de octubre de 2015, asunto Hedqvist (C-264/14), el TJUE estableció que las operaciones de intercambio de bitcoin por divisas tradicionales, y viceversa, constituyen prestaciones de servicios a título oneroso, pero están exentas del IVA en virtud del artículo 135.1.e) de la Directiva 2006/112/CE²¹.

El Tribunal fundamenta esta exención en el hecho de que, aun cuando las criptomonedas no constituyen moneda de curso legal, sí funcionan como medios de pago contractuales aceptados por las partes, y su gravamen generaría dificultades prácticas similares a las que el legislador europeo ha querido evitar mediante la exención aplicable a las operaciones financieras²². No obstante, el TJUE es claro en señalar que esta exención no implica equiparar las criptomonedas a las divisas soberanas, sino reconocer su función económica limitada como instrumentos de intercambio.

En conjunto, el enfoque español y europeo evidencia una aproximación funcional y sustancial al fenómeno de los cryptoactivos: estos no son considerados moneda en sentido jurídico, pero tampoco quedan al margen del sistema tributario. Por el contrario, son tratados como bienes patrimoniales inmateriales, cuya utilización, transmisión o intercambio genera consecuencias fiscales tanto en imposición directa como indirecta, atendiendo a su función económica y a la realidad de las operaciones en las que intervienen.

2.2.3. COLOMBIA: LOS CRIPTOACTIVOS COMO BIENES INCORPORALES Y SU SUJECCIÓN AL SISTEMA TRIBUTARIO GENERAL

En Colombia, el tratamiento tributario de los cryptoactivos ha sido consolidado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante DIAN), a través del Concepto Unificado n.º 018075 de 2023, el cual sistematiza los

20 Id., arts. 34, 35 y 37.

21 Cf., Skatteverket c. Hedqvist, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 22 de octubre de 2015, C-264/14.

22 Id., apartados 49 a 53.

criterios previamente adoptados por la Administración Tributaria frente a la creciente utilización de activos digitales²³. Desde un punto de vista conceptual, la DIAN parte de una afirmación categórica: los criptoactivos no constituyen moneda de curso legal, ni dinero para efectos jurídicos o tributarios, por lo que no pueden ser asimilados a divisas ni a medios de pago soberanos²⁴.

Sobre esta base, la autoridad tributaria colombiana califica a los criptoactivos como bienes incorporeales o intangibles, susceptibles de valoración económica y, por tanto, aptos para integrar el patrimonio del contribuyente. Esta calificación no es meramente descriptiva, sino que tiene consecuencias fiscales directas, en la medida en que somete a los criptoactivos a las reglas generales del Estatuto Tributario aplicables a los activos intangibles, tanto en materia de impuesto sobre la renta como de obligaciones formales y de información.

En relación con el impuesto sobre la renta, la DIAN sostiene que los criptoactivos poseídos por contribuyentes residentes fiscales en Colombia deben ser reconocidos como parte de su patrimonio²⁵ y declarados por su valor patrimonial a 31 de diciembre de cada periodo fiscal, conforme a las normas de valoración patrimonial previstas en los artículos 261 y siguientes del Estatuto Tributario²⁶. Asimismo, los ingresos derivados de su enajenación, permuta o explotación económica constituyen renta gravada, en la medida en que representen un incremento neto del patrimonio del contribuyente, conforme al principio general contenido en el artículo 26 del mismo cuerpo legal²⁷.

Un elemento particularmente relevante del enfoque colombiano es que la DIAN no limita la imposición a los supuestos de conversión a moneda fiduciaria²⁸. Por el contrario, reconoce que el intercambio de un criptoactivo por otro constituye una operación de permuta, jurídicamente relevante desde el punto de vista fiscal, susceptible de generar ingresos gravados o pérdidas fiscalmente reconocibles, dependiendo del resultado económico de la operación²⁹. Esta interpretación refuerza una lectura sustancial del hecho imponible, alineada con el criterio de realidad económica que informa el sistema tributario colombiano³⁰.

23 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), Concepto Unificado n.º 018075 del 17 de octubre de 2023, Tratamiento tributario de los criptoactivos, introducción y consideraciones generales.

24 DIAN, Concepto Unificado n.º 018075 de 2023, apartados sobre naturaleza jurídica de los criptoactivos.

25 Id.

26 Artículo 261, Estatuto Tributario de Colombia; DIAN, Concepto Unificado n.º 018075 de 2023, sección relativa a valoración patrimonial.

27 Artículo 26, Estatuto Tributario de Colombia; DIAN, Concepto Unificado n.º 018075 de 2023, apartado sobre tratamiento en impuesto sobre la renta.

28 DIAN, Concepto Unificado n.º 018075 del 17 de octubre de 2023, apartado sobre realización del ingreso sin necesidad de conversión a moneda fiduciaria.

29 DIAN, Concepto Unificado n.º 018075 de 2023, sección relativa al tratamiento de permutas o intercambios entre criptoactivos.

30 DIAN, Concepto Unificado n.º 018075 de 2023, consideraciones generales sobre reconocimiento económico y efectos fiscales de los criptoactivos.

Desde la óptica de la fuente del ingreso y su localización, el Concepto Unificado introduce el criterio de explotación económica de los criptoactivos³¹. Aunque estos bienes carecen de una ubicación física, la DIAN considera que se entienden poseídos o explotados en Colombia cuando son utilizados para adquirir bienes o servicios en el territorio nacional, o cuando son monetizados a través de mecanismos que producen efectos económicos en el país³². Este enfoque permite vincular los criptoactivos con el territorio fiscal colombiano y justificar su sujeción al impuesto sobre la renta, incluso cuando la infraestructura tecnológica subyacente se encuentre en el extranjero³³.

En materia de deberes formales, la DIAN enfatiza que la naturaleza digital de los criptoactivos no exime a los contribuyentes del cumplimiento de las obligaciones de soporte documental y conservación de información. Así, las operaciones con criptoactivos deben contar con documentos idóneos que permitan acreditar su existencia, valoración y trazabilidad económica, incluyendo facturas electrónicas cuando corresponda, o documentos soporte en los casos en que no exista obligación de facturar, conforme a las reglas generales del Estatuto Tributario y su normativa reglamentaria.

En conjunto, el modelo colombiano evidencia una aproximación prudente pero integradora frente a los criptoactivos. Lejos de crear un régimen fiscal especial, la DIAN opta por incorporarlos plenamente dentro de las categorías jurídicas existentes, tratándolos como activos intangibles sujetos a imposición bajo los principios tradicionales del derecho tributario. Este enfoque no solo refuerza la coherencia interna del sistema fiscal, sino que reduce los espacios de elusión derivados de la innovación tecnológica al afirmar que la ausencia de regulación específica no implica ausencia de gravamen.

2.2.4. CHILE: ENFOQUE DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS SOBRE CRIPTOACTIVOS Y SU TRIBUTACIÓN

En Chile, el tratamiento tributario de los criptoactivos ha sido definido principalmente a través de la doctrina administrativa del Servicio de Impuestos Internos (en adelante SII), en ausencia de una regulación legal específica. De acuerdo con los criterios expuestos por dicha autoridad, las criptomonedas no constituyen moneda de curso legal, pero sí representan activos susceptibles de generar rentas gravadas cuando su tenencia o enajenación produce un

31 DIAN, Concepto Unificado n.º 018075 del 17 de octubre de 2023, apartado relativo a la fuente del ingreso y localización económica de los criptoactivos.

32 DIAN, Concepto Unificado n.º 018075 de 2023, sección sobre posesión, utilización y explotación económica en territorio colombiano.

33 DIAN, Concepto Unificado n.º 018075 de 2023, criterios de sujeción territorial en impuesto sobre la renta aplicables a criptoactivos.

incremento patrimonial para el contribuyente³⁴.

Desde la perspectiva del impuesto sobre la renta, el SII ha señalado que las ganancias obtenidas en la enajenación de criptomonedas constituyen un “mayor valor” gravado, el cual debe ser incorporado a la base imponible del contribuyente y afectarse con los impuestos finales que correspondan, tales como el impuesto global complementario o el impuesto adicional, según la calidad del sujeto pasivo³⁵. En el caso de contribuyentes que determinan su renta efectiva mediante contabilidad completa, los resultados derivados de operaciones con criptoactivos forman parte de la renta líquida imponible, aplicándose las reglas generales de la Ley sobre Impuesto a la Renta³⁶.

Asimismo, el SII reconoce que el costo de adquisición de las criptomonedas, así como las comisiones pagadas a intermediarios o plataformas de intercambio, pueden ser deducidos en la determinación de la renta, siempre que cumplan con los requisitos generales de necesidad, relación con la actividad generadora de renta y respaldo documental suficiente³⁷. En este sentido, las operaciones con criptoactivos quedan plenamente sometidas a los principios tradicionales de documentación y prueba exigidos por el sistema tributario chileno.

En materia de imposición indirecta, el SII ha sostenido que la venta o enajenación de criptomonedas no se encuentra sujeta al IVA, en la medida en que estos activos carecen de corporalidad y no pueden calificarse como bienes corporales muebles, elemento esencial del hecho gravado del impuesto³⁸. Este criterio excluye del ámbito del IVA la transferencia directa de criptoactivos, sin perjuicio de que determinados servicios asociados —como intermediación o prestación de servicios digitales— puedan quedar sujetos al impuesto conforme a su naturaleza específica.

Un aspecto particular del enfoque chileno es la consideración de las criptomonedas como activos monetarios para efectos de corrección monetaria, en aquellos casos en que los contribuyentes se encuentren obligados a aplicar los mecanismos de ajuste por inflación previstos en la normativa tributaria³⁹. Esta calificación, limitada a efectos contables y de determinación de la base imponible, no implica el reconocimiento de las criptomonedas como dinero, sino una solución técnica para su adecuada valorización.

34 Servicio de Impuestos Internos (SII) (Chile), “Preguntas frecuentes sobre criptomonedas”, https://www.sii.cl/preguntas_frecuentes/criptomonedas/arboretario_faqs_criptomonedas_1653.htm.

35 SII, respuesta a la pregunta sobre tributación del mayor valor obtenido en la venta de criptomonedas, sección “Impuesto a la Renta”.

36 *Ibid.*, criterios aplicables a contribuyentes que determinan renta efectiva mediante contabilidad completa.

37 SII, respuestas relativas a costos, comisiones y gastos asociados a operaciones con criptomonedas.

38 SII, respuesta a la pregunta “¿La venta de criptomonedas se encuentra afectada a IVA?”.

39 SII, respuesta a la pregunta “¿Las criptomonedas se consideran activos monetarios para efectos tributarios?”.

Finalmente, el SII ha impuesto obligaciones formales específicas a los intermediarios o *exchanges* que operan con criptoactivos, incluyendo la presentación de declaraciones juradas informativas y la emisión de los documentos tributarios correspondientes, reforzando así los mecanismos de control y fiscalización sobre este tipo de operaciones⁴⁰.

2.2.5. TENDENCIAS COMUNES EN EL TRATAMIENTO TRIBUTARIO COMPARADO DE LOS CRIPTOACTIVOS

Del análisis comparado precedente se desprende que, pese a la ausencia de una definición uniforme a nivel internacional, las administraciones tributarias y los organismos multilaterales han concordado en una serie de criterios comunes para el tratamiento fiscal de los criptoactivos. En particular, se observa una tendencia consistente con negarles la condición de moneda de curso legal, evitando su asimilación automática a divisas soberanas, pero sin excluirlos del ámbito de aplicación de los tributos existentes.

En este sentido, tanto la OCDE y el GAFI como las administraciones tributarias de España, Colombia y Chile coinciden en abordar los criptoactivos desde una perspectiva funcional y sustancial, calificándolos como activos patrimoniales o bienes inmateriales cuya enajenación, permuta o explotación económica puede generar hechos imponible relevantes, especialmente en el ámbito del impuesto sobre la renta. Asimismo, se refuerza la exigencia de soporte documental, trazabilidad económica y deberes formales, descartando que la naturaleza digital de estos activos implique un vacío normativo o una zona exenta de control fiscal.

Estas líneas comunes permiten evaluar críticamente el tratamiento que el ordenamiento ecuatoriano ha otorgado —o no— a los criptoactivos y sirven como marco de referencia para analizar si las soluciones actualmente vigentes resultan coherentes con los principios generales del derecho tributario y las tendencias comparadas observadas.

2.3. ANÁLISIS TRIBUTARIO EN ECUADOR

2.3.1. CRIPTOACTIVOS: TENDENCIAS GLOBALES Y SU RECEPCIÓN EN EL CONTEXTO ECUATORIANO

El análisis del derecho comparado y de los lineamientos emitidos por organismos multilaterales permite identificar una tendencia clara en el tratamiento

40 SII, obligaciones formales de intermediarios y plataformas de intercambio de criptoactivos.

jurídico y tributario de los criptoactivos: su exclusión del concepto de moneda de curso legal no implica su exclusión del sistema jurídico ni del ámbito de imposición. Por el contrario, la aproximación predominante ha sido funcional y sustancial, orientada a reconocer que los criptoactivos canalizan valor económico y, en consecuencia, generan efectos fiscales relevantes cuando son utilizados en operaciones onerosas o de inversión.

Este enfoque se refleja tanto en las recomendaciones de la OCDE y el GAFI —que priorizan criterios de realidad económica, trazabilidad y transparencia fiscal— como en la práctica administrativa de diversos Estados, que han optado por integrar los criptoactivos dentro de categorías jurídicas existentes —principalmente como activos patrimoniales o bienes inmateriales— en lugar de crear regímenes excepcionales o de vacío normativo. En este contexto, la falta de reconocimiento de los criptoactivos como moneda no ha sido obstáculo para su sometimiento a los impuestos directos ni para la exigencia de deberes formales de documentación y reporte.

En este marco global, la posición del Estado ecuatoriano presenta una particularidad relevante. Si bien comparte con el derecho comparado la negativa a reconocer a los criptoactivos como moneda de curso legal o como dinero autorizado, su aproximación se ha concentrado principalmente en el ámbito monetario y de medios de pago, dejando en un segundo plano el desarrollo de un tratamiento tributario sistemático. Esta asimetría normativa genera una tensión evidente: los criptoactivos son excluidos del sistema monetario formal, pero participan activamente en la economía real, produciendo efectos patrimoniales y financieros que no pueden ser ignorados por el sistema tributario.

En consecuencia, la recepción ecuatoriana del fenómeno de los criptoactivos no puede entenderse como una negación absoluta de su relevancia jurídica, sino como una respuesta parcial, centrada en preservar la estabilidad del régimen monetario y del sistema de pagos, sin abordar de manera integral sus implicaciones fiscales. Esta aproximación explica, en buena medida, el énfasis posterior del Banco Central del Ecuador en advertir sobre los riesgos asociados con el uso de criptoactivos como medios de pago y anticipa las dificultades que surgen cuando estos activos son utilizados en operaciones con efectos transfronterizos, particularmente para efectos del ISD.

2.3.2. CRIPTOACTIVOS EN ECUADOR: PRONUNCIAMIENTOS DEL BANCO CENTRAL DEL ECUADOR Y LA JUNTA DE POLÍTICA Y REGULACIÓN MONETARIA

El tratamiento de los criptoactivos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano se ha construido, hasta la fecha, fundamentalmente a partir de pronunciamientos de política monetaria y regulatoria, y no mediante una regulación legal o tributaria específica. En este contexto, el Banco Central del Ecuador (en adelante BCE) y la Junta de Política y Regulación Monetaria (en adelante JPRM) han desempeñado un rol central en la delimitación negativa del estatus jurídico de las criptomonedas, particularmente en relación con su uso como moneda o medio de pago.

En un primer comunicado oficial emitido en enero de 2018, el BCE informó a la ciudadanía que el bitcoin no constituye un medio de pago autorizado en el país, destacando que se trata de una criptomoneda sin respaldo estatal, cuyo valor se sustenta en la especulación y cuyas transacciones no se encuentran controladas, supervisadas ni reguladas por autoridad ecuatoriana alguna⁴¹. No obstante, dicho pronunciamiento introdujo una precisión relevante: la compra y venta de criptomonedas a través de Internet no se encuentra prohibida, aclarando que la restricción se limita a su reconocimiento como moneda de curso legal o medio de pago autorizado, conforme al artículo 94 del Código Orgánico Monetario y Financiero (en adelante COMF), que señala:

Art. 94.- De la moneda en la República del Ecuador. Todas las transacciones, operaciones monetarias, financieras y sus registros contables, realizados en la República del Ecuador, se expresarán en dólares de los Estados Unidos de América, de conformidad con este Código.

La circulación, canje y retiro de dólares de los Estados Unidos de América, así como, la acuñación y desmonetización de la moneda metálica fraccionaria nacional en la República del Ecuador, corresponden exclusivamente al Banco Central del Ecuador.

El Banco Central del Ecuador es la única entidad autorizada para proveer y gestionar moneda metálica fraccionaria nacional en la República del Ecuador, equivalente y convertible a dólares de los Estados Unidos de América, con respaldo de los activos de Reserva.

La moneda determinada en este artículo es medio de pago [...]⁴²
(énfasis añadido).

⁴¹ Banco Central del Ecuador, "Comunicado oficial sobre el uso del bitcoin", 24 de enero de 2018, <https://www.bce.fin.ec/comunicado-oficial-sobre-el-uso-del-bitcoin-2/>.

⁴² Artículo 94, Código Orgánico Monetario y Financiero, Registro Oficial Suplemento 332 del 12 de septiembre de 2014.

Este primer posicionamiento institucional se caracteriza por un enfoque eminentemente preventivo, orientado a advertir sobre los riesgos financieros asociados con el uso de criptomonedas, pero sin articular consecuencias jurídicas explícitas derivadas de su utilización en transacciones económicas, ni vincular su uso con regímenes sancionatorios concretos.

Un segundo momento normativo se configura con el comunicado emitido en agosto de 2024 por la JPRM y el BCE⁴³, que mantiene la premisa básica de que los criptoactivos no son moneda de curso legal ni medios de pago autorizados en Ecuador, pero desarrolla dicha afirmación sobre una base normativa más robusta. En efecto, el comunicado se apoya expresamente en el artículo 94 del COMF, que establece que la moneda de curso legal en la República del Ecuador es el dólar de los Estados Unidos de América, y en el artículo 99 del mismo cuerpo legal, que faculta a la JPRM a regular los medios de pago. Cito:

Art. 99.- Otros medios de pago.- Son medios de pago los cheques y los medios de pago electrónicos que comprenden las transferencias para pago o cobro, las tarjetas de crédito, débito, prepago, recargables o no, **y otros medios de pago centrados en la tecnología, en los términos que determine y regule la Junta de Política y Regulación Financiera y Monetaria.**

Los medios de pago electrónicos podrán procesarse a través de billeteras electrónicas o cualquier otro canal que establezca la Junta de Política y Regulación Financiera y Monetaria (énfasis añadido)⁴⁴.

En aplicación de esta competencia, la JPRM ha expedido las Resoluciones JPRM-2022-005-M, JPRM-2023-015-M y JPRM-2023-014-M⁴⁵, mediante las cuales se define de manera taxativa el universo de medios de pago autorizados en el país, clasificándolos en medios de pago físicos, electrónicos y billeteras electrónicas. Dentro de los medios de pago electrónicos, el artículo 5 de la Resolución JPRM-2023-014-M⁴⁶ enumera exclusivamente transferencias electrónicas, tarjetas de crédito, débito y prepago, sin incluir en ningún caso a los criptoactivos.

A diferencia del comunicado de 2018⁴⁷, el pronunciamiento de 2024 introduce un endurecimiento del discurso institucional al advertir que el uso de medios de pago no autorizados, o su simulación total o parcial, se encuentra expresamente prohibido conforme al artículo 98 del COMF, que menciona:

43 Banco Central del Ecuador, “Los criptoactivos no son una moneda de curso legal ni un medio de pago autorizado en Ecuador”, boletín de prensa, 12 de agosto de 2024, <https://www.bce.fin.ec/los-criptoactivos-no-son-una-moneda-de-curso-legal-ni-un-medio-de-pago-autorizado-en-ecuador/>.

44 Artículo 99, Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014.

45 Junta de Política y Regulación Monetaria, Resoluciones n.º JPRM-2022-005-M, JPRM-2023-015-M y JPRM-2023-014-M, emitidas por la Junta de Política y Regulación Monetaria del Ecuador.

46 Junta de Política y Regulación Monetaria, Resolución n.º JPRM-2023-014-M, art. 5.

47 Banco Central del Ecuador, “Comunicado oficial sobre el uso del bitcoin”.

Art. 98.- Prohibiciones. Se prohíbe de forma general:

1. **La emisión**, reproducción, imitación, falsificación o simulación total o parcial **de moneda y dinero, así como su circulación por cualquier medio, soporte o forma de representación;**
2. La alteración o transformación de la moneda metálica en circulación, mediante su fundición o cualquier otro procedimiento que tenga por objeto aprovechar su contenido metálico. Esta prohibición no es aplicable al Banco Central del Ecuador; y,
3. La circulación y recepción de moneda y dinero no autorizados por la Junta de Política y Regulación Financiera y Monetaria.

La violación de estas prohibiciones será sancionada conforme lo dispone el Código Orgánico Integral Penal y con el comiso de dicha moneda y dinero y de los productos adquiridos con esta moneda o dinero (énfasis añadido)⁴⁸.

Junto con la prohibición referida, el BCE manifiesta que pondrá en conocimiento de la Fiscalía General del Estado los casos en los que identifique el uso de criptoactivos como medio de pago. Este giro no implica una prohibición general de los criptoactivos, pero sí refuerza la separación conceptual entre su tenencia o negociación y su utilización como instrumento de pago dentro del sistema monetario nacional.

Desde una perspectiva sistemática, el contraste entre ambos pronunciamientos permite extraer una conclusión relevante para el análisis jurídico-tributario: el Estado ecuatoriano no desconoce la existencia económica de los criptoactivos, ni prohíbe su adquisición, tenencia o negociación, pero ha optado por excluirlos deliberadamente del sistema monetario y de los medios de pago autorizados, reservando dicha calidad exclusivamente al dólar de los Estados Unidos de América y a los instrumentos expresamente regulados por la JPRM.

Esta exclusión, sin embargo, no equivale a una neutralidad jurídica absoluta. Por el contrario, al reconocer que los criptoactivos son utilizados de forma significativa por residentes en el país —como lo evidencia el propio análisis efectuado por el BCE, con base en información proveniente del informe de Chainalysis⁴⁹—, el ordenamiento ecuatoriano se enfrenta a una tensión estructural: la existencia de activos digitales que generan efectos económicos reales sin un encaje normativo específico en materia tributaria.

En este escenario, la ausencia de reconocimiento de los criptoactivos como moneda o medio de pago no impide que estos produzcan consecuencias

⁴⁸ Artículo 98, Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014.

⁴⁹ Banco Central del Ecuador, “Los criptoactivos no son una moneda de curso legal ni un medio de pago autorizado en Ecuador”.

fiscales cuando son utilizados en operaciones onerosas, generan incrementos patrimoniales o sirven como mecanismo de extinción de obligaciones económicas. Tal como ocurre en los ordenamientos comparados analizados previamente, la falta de una regulación expresa no conduce a la inexistencia del hecho imponible, sino que obliga a aplicar los principios generales del derecho tributario, atendiendo a la realidad económica de las operaciones y a los efectos patrimoniales que estas generan.

Sobre esta base, corresponde analizar cómo el sistema tributario ecuatoriano —y en particular los impuestos de naturaleza directa e indirecta— debería abordar las operaciones con criptoactivos, partiendo de su exclusión del sistema monetario, pero reconociendo su capacidad para canalizar valor económico. Este análisis resulta especialmente relevante en el ámbito de las operaciones transfronterizas, donde la utilización de criptoactivos plantea interrogantes específicos respecto de la configuración del ISD, cuestión que será desarrollada en el apartado siguiente.

2.3.3. RIESGO DE LA FALTA DE REGULACIÓN DE LOS CRIPTOACTIVOS PARA EFECTOS DEL ISD

El ISD constituye un tributo de naturaleza extrafiscal⁵⁰, diseñado para gravar la transferencia o traslado de divisas al exterior, así como los pagos realizados desde Ecuador hacia no residentes, cuando dichos pagos impliquen una salida efectiva de recursos del país. Su configuración normativa responde a una lógica eminentemente económica y sustancial, en la que el elemento determinante no es la forma jurídica del acto, sino el flujo real de divisas fuera del territorio nacional.

De conformidad con el artículo 156 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria⁵¹ en Ecuador⁵² y el artículo 1 del Reglamento para la Aplicación

50 Sobre la noción de tributo extrafiscal, la doctrina tributaria ha señalado que se trata de figuras impositivas que, sin perder su naturaleza recaudatoria, persiguen de manera predominante finalidades distintas a la mera obtención de ingresos públicos, tales como la corrección de conductas económicas, la orientación de decisiones de los agentes o la protección de determinados intereses públicos. En este sentido, la extrafiscalidad supone una funcionalización del tributo como instrumento de política económica o social, compatible con el principio de legalidad tributaria, siempre que no se vacíe de contenido su finalidad fiscal ni se desnaturalicen los elementos esenciales del tributo. Véase, en este sentido, Juan Enrique Varona Alabern, *Extrafiscalidad y dogmática tributaria* (Madrid: Marcial Pons, 2009), 20-31, donde se desarrolla el concepto, fundamento constitucional y límites dogmáticos de los tributos extrafiscales.

51 Art. 156.- Hecho generador.- El hecho generador de este impuesto **lo constituye la transferencia o traslado de divisas al exterior** en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza con excepción de las compensaciones realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero. Cuando el hecho generador se produzca con intervención de las instituciones del sistema financiero, será constitutivo del mismo el débito a cualesquiera de las cuentas de las instituciones financieras nacionales e internacionales domiciliadas en el Ecuador que tenga por objeto transferir los recursos financieros hacia el exterior (énfasis añadido).

52 Artículo 156, Ley Reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador, Registro Oficial Suplemento 242 del 29 de diciembre de 2007.

del ISD⁵³, el hecho generador del impuesto se configura cuando se produce la transferencia, envío o traslado de divisas al exterior, así como los pagos de cualquier naturaleza realizados desde Ecuador hacia el extranjero, con excepción de las compensaciones expresamente previstas en la ley. Esta definición revela que el ISD no grava actos abstractos ni figuras contractuales en sí mismas, sino movimientos económicos que impliquen una salida efectiva de divisas del sistema financiero nacional.

En este contexto, la utilización de criptoactivos plantea un desafío relevante para el diseño y la aplicación del ISD, precisamente porque estos activos no forman parte del sistema monetario regulado, no constituyen moneda de curso legal ni medios de pago autorizados y pueden circular al margen del sistema financiero tradicional, tal como lo ha reconocido expresamente el BCE. Esta característica introduce una zona de fricción entre la lógica del impuesto y la realidad económica de determinadas operaciones.

El propio Reglamento del ISD, al definir el concepto de divisa, vincula este término a medios de pago cifrados en moneda aceptada internacionalmente, lo que refuerza que el objeto del impuesto se circunscribe a instrumentos monetarios tradicionales y excluye activos digitales que no cumplen dicha condición. El cual se cita a continuación:

Art. 1.- Divisas: Para efectos de la aplicación de este impuesto **entiéndase por divisa cualquier medio de pago, o de extinción de obligaciones, cifrado en una moneda, aceptado internacionalmente como tal** (énfasis añadido)⁵⁴.

En este sentido, desde una lectura estrictamente normativa, la sola utilización de criptoactivos no configura, por sí misma, el hecho generador del ISD, en la medida en que no exista una transferencia de divisas al exterior ni un pago canalizado a través de los mecanismos financieros sujetos a control. Esta lectura se ve acompañada por el criterio administrativo del Servicio de Rentas Internas, expresado en el Oficio n.º 917012020OCON002402⁵⁵, en el cual la Administración Tributaria no realiza un pronunciamiento específico sobre el uso de criptoactivos como medio de pago para efectos del ISD, pero reitera que la causación de dicho impuesto se encuentra condicionada a la existencia

53 Art. 1.- Divisas: **Para efectos de la aplicación de este impuesto entiéndase por divisa cualquier medio de pago**, o de extinción de obligaciones, **cifrado en una moneda, aceptado internacionalmente como tal** (énfasis añadido). Reglamento para la Aplicación del Impuesto a la Salida de Divisas, Decreto Ejecutivo 1058, R. O. Suplemento 336 del 14 de mayo de 2008.

54 Id.

55 Servicio de Rentas Internas, Oficio n.º 917012020OCON002402, del 29 de julio de 2021, Tratamiento tributario en la compra venta de criptomonedas-activos digitales, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial 228, 12 de enero de 2023.

de una transferencia o traslado de divisas al exterior⁵⁶, conforme a lo previsto en la normativa vigente. En este sentido, el oficio se limita a reafirmar que, cuando una operación genere dicho flujo de divisas, se causa el ISD, sin extender este análisis a supuestos en los que la operación se ejecute al margen del sistema financiero tradicional.

En efecto, al absolver la tercera pregunta planteada por la compañía consultante, la Administración Tributaria señala que el ISD se causa únicamente cuando la operación provoque la transferencia o traslado de divisas al exterior, diferenciando claramente entre la adquisición de activos digitales como bienes intangibles y el flujo financiero subyacente a dicha adquisición. Este criterio resulta coherente con la naturaleza del impuesto y con el principio de legalidad tributaria, en tanto evita extender el hecho generador más allá de los supuestos expresamente previstos en la ley.

No obstante, la ausencia de una regulación específica sobre criptoactivos genera un riesgo estructural en la aplicación del ISD, particularmente en operaciones transfronterizas complejas. En efecto, pueden presentarse escenarios en los que, si bien no existe una salida directa de divisas a través del sistema financiero, sí se produce un efecto económico equivalente, como ocurre cuando un residente ecuatoriano adquiere criptoactivos mediante mecanismos locales y posteriormente los utiliza para cancelar obligaciones con sujetos no residentes. En estos casos, el uso de criptoactivos puede funcionar como un instrumento de sustitución del pago internacional tradicional, desplazando el momento o el canal de salida de divisas, sin que ello implique necesariamente una elusión en sentido jurídico estricto.

Aquí emerge el principal riesgo derivado de la falta de regulación: la posible tensión entre el principio de legalidad tributaria y el principio de realidad económica. Mientras el primero impide gravar hechos no previstos expresamente por la ley, el segundo obliga a analizar las operaciones conforme a su sustancia económica y no únicamente a su forma. En ausencia de una norma que incorpore explícitamente a los criptoactivos dentro del ámbito objetivo del ISD, la Administración Tributaria se encuentra limitada para recalificar estas operaciones sin incurrir en interpretaciones extensivas o analógicas prohibidas en materia tributaria.

Desde esta perspectiva, el problema no radica en la inexistencia de impuesto, sino en la incertidumbre jurídica que enfrentan los contribuyentes. La misma

56 “En atención a la tercera pregunta, a efectos de acreditar la deducibilidad del costo de los activos digitales adquiridos fuera del país, deberá practicarse la respectiva retención en la fuente si lo pagado constituye para el beneficiario un ingreso gravable en el Ecuador, conforme lo disponen los artículos 13 y 39 de la Ley de Régimen Tributario Interno. **Cuando la operación provoque la transferencia o traslado de divisas al exterior o pagos de cualquier naturaleza con excepción de las compensaciones, se causará el correspondiente Impuesto a la Salida de Divisas. En lo demás, se estará a la respuesta consignada respecto de la primera pregunta [...]** (énfasis añadido).

operación económica puede generar tratamientos distintos dependiendo del canal utilizado para adquirir los criptoactivos, del momento en que se produzca la conversión a moneda fiduciaria o de la jurisdicción en la que se materialice el flujo financiero final. Esta fragmentación dificulta la correcta planificación tributaria y expone a los contribuyentes a contingencias derivadas de eventuales reinterpretaciones administrativas.

En consecuencia, mientras el ordenamiento jurídico ecuatoriano mantenga a los criptoactivos fuera del sistema monetario y de los medios de pago autorizados, pero sin definir expresamente su tratamiento para efectos del ISD, el análisis deberá realizarse caso por caso, atendiendo a la existencia o no de una salida efectiva de divisas, conforme a la normativa vigente y a los principios que rigen el derecho tributario. Cualquier intento de gravar estas operaciones sin una base legal clara no solo comprometería la seguridad jurídica, sino que podría vulnerar el principio de reserva de ley en materia tributaria.

2.3.4. LEGALIDAD TRIBUTARIA Y REALIDAD ECONÓMICA FRENTE A LOS CRIPTOACTIVOS

El riesgo identificado en el apartado anterior, derivado de la ausencia de una regulación específica de los criptoactivos para efectos del ISD, encuentra su fundamento en una tensión estructural entre dos principios fundamentales del derecho tributario: el principio de legalidad tributaria y el criterio de realidad económica. Esta tensión no es nueva en la dogmática fiscal, pero adquiere una intensidad particular cuando se proyecta sobre fenómenos tecnológicos que operan, precisamente, al margen de las categorías jurídicas tradicionales sobre las cuales se construyó el sistema impositivo.

El principio de legalidad tributaria —expresión directa del mandato constitucional de reserva de ley— exige que los elementos esenciales del tributo, incluido el hecho generador, se encuentren definidos de manera expresa y previa por el legislador. En materia tributaria, este principio cumple una función garantista central: impide que la Administración cree obligaciones fiscales mediante analogías, extensiones interpretativas o reconstrucciones económicas que no encuentren respaldo normativo claro. En el caso del ISD, esta exigencia se traduce en la necesidad de identificar una transferencia, envío o traslado de divisas al exterior, o un pago desde Ecuador hacia el extranjero, como presupuesto ineludible para la causación del impuesto.

Por su parte, el criterio de realidad económica —recogido en el artículo 17 del Código Tributario⁵⁷— habilita a la Administración y a los órganos jurisdiccionales a calificar el hecho generador atendiendo a la verdadera esencia del acto

⁵⁷ Artículo 17, Código Tributario, 2005.

o a las relaciones económicas efectivamente existentes, con independencia de las formas jurídicas o denominaciones utilizadas por los contribuyentes. Este principio busca evitar que estructuras formales o artificios jurídicos vacíen de contenido la finalidad del tributo, permitiendo una lectura sustancial de las operaciones cuando el legislador ha optado por definir el hecho imponible en términos económicos.

El punto de fricción surge cuando se pretende utilizar el criterio de realidad económica para extender el ámbito de aplicación de un tributo más allá de los supuestos expresamente previstos en la ley. En el contexto de los criptoactivos, esta tensión se manifiesta con particular claridad en aquellos escenarios en los que no existe una salida formal de divisas a través del sistema financiero regulado, pero sí un resultado económico funcionalmente equivalente, como ocurre cuando los criptoactivos se emplean para cancelar obligaciones con sujetos no residentes. Desde una perspectiva económica, podría sostenerse que estas operaciones producen un efecto similar al de un pago internacional tradicional; sin embargo, desde una perspectiva jurídica estricta, la ausencia de una transferencia de divisas impide subsumir automáticamente dichos supuestos dentro del hecho generador del ISD.

Esta tensión revela un límite claro al alcance del principio de realidad económica en materia tributaria. Dicho principio no autoriza a crear hechos imposibles inexistentes ni a suplir, mediante interpretación, las omisiones del legislador. Su función es calificadora, no creadora. En consecuencia, solo puede operar dentro del marco normativo previamente definido, permitiendo desentrañar la verdadera naturaleza de los actos cuando estos encajan, al menos potencialmente, dentro de los supuestos legales de imposición. Cuando ese encaje no existe, la aplicación extensiva del tributo no solo vulnera el principio de legalidad, sino que compromete la seguridad jurídica de los contribuyentes.

En el caso específico del ISD, cuya configuración responde a una lógica económica, pero anclada normativamente al concepto de divisas, la utilización de criptoactivos expone una zona de indeterminación que no puede resolverse únicamente a través de la interpretación administrativa. Pretender gravar estas operaciones sobre la base de su equivalencia económica, sin una norma que incorpore expresamente a los criptoactivos dentro del ámbito objetivo del impuesto, implicaría desplazar el centro de gravedad del sistema desde la ley hacia la discrecionalidad interpretativa, en abierta contradicción con los principios que rigen el derecho tributario.

Desde esta perspectiva, la tensión entre legalidad y realidad económica no debe resolverse en favor de una u otra de manera absoluta, sino mediante una correcta delimitación de sus ámbitos de actuación. Mientras no exista una reforma normativa que redefina el hecho generador del ISD para incorporar

expresamente ciertos usos de criptoactivos, la aplicación del tributo debe mantenerse dentro de los márgenes trazados por la ley vigente. Corresponde al legislador —y no a la Administración— decidir si determinados fenómenos económicos emergentes deben ser gravados y bajo qué condiciones, preservando así el equilibrio entre eficacia recaudatoria y garantías del contribuyente.

2.3.5. PRESUNCIÓN DE SALIDA DE DIVISAS Y SUS LÍMITES EN OPERACIONES CON CRIPTOACTIVOS

El análisis precedente conduce necesariamente a examinar el régimen de presunciones previsto en el ISD, en particular aquellas contempladas en el artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador. Dichas disposiciones establecen, entre otros supuestos, que determinados pagos efectuados desde el exterior por sujetos domiciliados o residentes en el país se presumen realizados con recursos que causan el impuesto, aun cuando no exista una remesa directa desde Ecuador. Asimismo, se configuran presunciones en casos como la falta de ingreso de divisas provenientes de exportaciones que citamos a continuación:

Art. 156.- Hecho generador.- [...] **Todo pago efectuado desde el exterior por personas naturales o sociedades ecuatorianas o extranjeras domiciliadas o residentes en el Ecuador, se presume efectuado con recursos que causen el ISD en el Ecuador, aun cuando los pagos no se hagan por remesas o transferencias, sino con recursos financieros en el exterior de la persona natural o la sociedad o de terceros. También se presumirá haberse efectuado la salida de divisas,** causándose el correspondiente impuesto, en el caso de exportaciones de bienes o servicios generados en el Ecuador, efectuadas por personas naturales o sociedades domiciliadas en Ecuador, que realicen actividades económicas de exportación, **cuando las divisas correspondientes a los pagos por concepto de dichas exportaciones no ingresen al Ecuador.** En este caso, al impuesto causado en las divisas no ingresadas, se podrá descontar el valor del Impuesto a la Salida de Divisas (ISD) generado en pagos efectuados desde el exterior, referidos en el párrafo anterior. El pago del ISD definido en este párrafo, se efectuará de manera anual, en la forma, plazos y demás requisitos que mediante resolución de carácter general establezca el Servicio de Rentas Internas (énfasis añadido)⁵⁸.

Estas previsiones responden a una finalidad antifraude, orientada a facilitar la actuación de la Administración Tributaria frente a supuestos en los que la salida de divisas, aun siendo real, no se manifiesta de forma directa a través de

58 Artículo 156, Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, 2007.

los mecanismos tradicionales del sistema financiero⁵⁹. No obstante, la correcta aplicación de estas presunciones exige delimitar con precisión su naturaleza jurídica y su ámbito de operatividad, en la medida en que su uso indebido puede generar distorsiones en la determinación de la obligación tributaria⁶⁰.

Desde una perspectiva doctrinal, las presunciones tributarias constituyen mecanismos de inferencia probatoria que permiten a la Administración tener por acreditada la ocurrencia de determinados hechos a partir de indicios o circunstancias objetivas⁶¹. Como ha señalado la doctrina especializada, estas no están dirigidas a crear obligaciones tributarias, sino a probar aquellas que ya existen, pero que no han sido debidamente exteriorizadas ante la Administración⁶². En consecuencia, su función se inscribe en el ámbito probatorio y no en la definición sustantiva del hecho generador.

Bajo esta lógica, las presunciones previstas en el régimen del ISD no constituyen mecanismos de ampliación del hecho generador, sino instrumentos destinados a facilitar su verificación en aquellos supuestos en los que, existiendo una operación con divisas, esta no puede ser comprobada de manera directa. En efecto, las presunciones tributarias no están dirigidas a crear obligaciones fiscales, sino a probar aquellas que ya existen, pero que no han sido debidamente exteriorizadas ante la Administración⁶³. En este contexto, los supuestos contemplados por la normativa⁶⁴ —pagos efectuados desde el exterior, importaciones o exportaciones cuyos valores no ingresan al país— responden a escenarios en los que subyace un elemento común: la existencia de recursos que, por su naturaleza, se insertan dentro del ámbito de las divisas en los términos del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En consecuencia, la operatividad de estas presunciones presupone la existencia previa de divisas y de un hecho generador definido por la ley. No se trata de mecanismos habilitados para redefinir los elementos constitutivos del tributo, sino de herramientas orientadas a inferir su realización cuando esta no puede ser acreditada directamente⁶⁵. Esta interpretación resulta consistente no solo con la naturaleza probatoria de las presunciones, sino también con los límites que impone el principio de legalidad tributaria, conforme al cual los elementos esenciales del tributo deben encontrarse definidos por el legislador y no pueden ser alterados o ampliados por vía interpretativa⁶⁶.

59 Paola Yaber Coronado, “Problemas de la aplicación de presunciones en la evasión fiscal”, *Quaestio facti*, n.º 9 (2025), https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i9.23049.

60 *Ibid.*

61 Mariano J. Curio, “Teoría de la prueba en las presunciones tributarias”, *Revista de Administración Tributaria CIAT*, n.º 45 (2019).

62 *Ibid.*

63 *Ibid.*

64 Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, Registro Oficial Suplemento 242 del 29 de diciembre de 2007, y sus reformas, art. 156.

65 Curio, “Teoría de la prueba en las presunciones tributarias”.

66 Sentencia n.º 101-20-IN/23, Corte Constitucional del Ecuador, 2023, párrs. 49-53.

En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador ha señalado que el ejercicio de potestades tributarias debe sujetarse estrictamente a las competencias atribuidas por la Constitución y la ley, de modo que la creación o modificación de un impuesto —y, por extensión, de sus elementos esenciales— requiere una habilitación normativa expresa⁶⁷. En consecuencia, no resulta jurídicamente admisible utilizar presunciones para extender el ámbito del hecho generador más allá de los supuestos previstos por el legislador.

A la luz de lo anterior, la aplicación de estas presunciones a operaciones realizadas mediante criptoactivos presenta serias dificultades jurídicas. Como se ha expuesto en apartados anteriores, los criptoactivos no constituyen divisas en el ordenamiento ecuatoriano, ni son reconocidos como moneda de curso legal o medio de pago autorizado. En este contexto, no puede sostenerse que una operación realizada mediante dichos activos configure, por sí misma, una “salida de divisas”, ni directa ni indirectamente.

Pretender aplicar las presunciones del ISD a este tipo de operaciones implicaría, en realidad, sustituir un elemento esencial de la obligación tributaria: el hecho generador⁶⁸⁻⁶⁹. No se estaría presumiendo la existencia de una salida de divisas no declarada, sino equiparando jurídicamente a los criptoactivos con las divisas, lo cual excede el ámbito de aplicación de la norma. Este tipo de interpretación no solo desnaturaliza la función de las presunciones, sino que también vulnera el principio de legalidad tributaria, en la medida en que implica extender el hecho generador más allá de lo expresamente previsto por el legislador⁷⁰.

El criterio de la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia resulta particularmente relevante para delimitar el alcance del hecho generador del ISD. Para el efecto, resulta necesario referir la sentencia dictada dentro del proceso n.º 09501-2017-00207. En dicha sentencia, la Sala —haciendo un análisis sobre la motivación de la sentencia emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario de Guayaquil— precisa que la naturaleza jurídica de este impuesto se sustenta en el traslado de divisas hacia el exterior, de modo que el hecho generador se configura únicamente cuando existe una transferencia, envío o salida efectiva de recursos monetarios en los términos definidos por la ley. A saber:

67 Id.

68 Código Tributario, Registro Oficial Suplemento 38 del 14 de junio de 2005, y sus reformas, art. 16.

69 Id., art. 68.

70 Sentencia n.º 101-20-IN/23, Corte Constitucional del Ecuador, 2023, párrs. 49-53.

... de lo que se infiere que dicho Tribunal no incurre en ningún error en la interpretación del artículo 156 de la Ley Reformativa para la Equidad Tributaria en el Ecuador, **ya que en primer lugar, en el primer inciso del artículo referido, el hecho generador del tributo (ISD), se constituye en forma general por la transferencia o traslado de divisas al exterior en efectivo o a través del giro de cheques, transferencias, envíos, retiros o pagos de cualquier naturaleza** realizados con o sin la intermediación de instituciones del sistema financiero, **entendiéndose que en este inciso el término “pagos de cualquier naturaleza”, hace referencia a erogaciones de divisas o sus equivalentes hacia el exterior**, y así se evidencia de texto final de este primer inciso, al mencionar que cuando el hecho generador se produzca con intervención de las instituciones del sistema financiero, será constitutivo del mismo el débito a cualesquiera de las cuentas de las instituciones financieras nacionales e internacionales domiciliadas en el Ecuador que tenga por objeto transferir los recursos financieros hacia el exterior, **circunstancia que no se aplica al presente caso ya que el sujeto pasivo no está enviado, por su venta de acciones, ningún tipo de divisas al exterior, es decir no se evidencia la intención del contribuyente de trasladar recursos monetarios fuera del país**, que es la esfera de acción del Impuesto a la Salida de Divisas (ISD) (énfasis añadido)⁷¹.

Del fragmento de la sentencia citado, podemos observar que la Sala interpreta que la referencia normativa a “pagos de cualquier naturaleza” debe entenderse como erogaciones de divisas o sus equivalentes hacia el exterior, descartando su aplicación a supuestos en los que no existe una salida efectiva de recursos desde Ecuador. Finalmente, el Tribunal advierte expresamente que el principio de realidad económica no puede ser utilizado para incorporar hipótesis de incidencia no previstas en la ley, reafirmando que la delimitación del hecho generador constituye una competencia exclusiva del legislador. Cito:

... en segundo lugar, el inciso tercero del referido artículo 156, menciona que todo pago efectuado en el exterior por residentes ecuatorianos, se presume efectuado con recursos que, causen ISD, aun cuando los pagos no se hagan por remesas o transferencias, **sino con recursos financieros en el exterior de la persona natural o la sociedad o de terceros, es decir que se asocia el hecho generador del ISD, al pago que la persona natural o jurídica realice, con fondos que mantenga en cuentas del exterior, lo cual tampoco es aplicable al caso en particular, pues éste se vincula a la venta acciones**, por lo cual recibió un pago directamente en el exterior (no lo envió); y, en tercer lugar, la

71 Causa n.º 235, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Tributario, Registro Oficial, Edición Jurídica 99, 3 de febrero de 2021.

norma prevé que se presume salida de divisas causándose el impuesto, en las exportaciones de bienes o servicios generados en el Ecuador, cuando las divisas (pagos) percibidos por dichas exportaciones, no ingresen al Ecuador, **lo cual, al igual que en los incisos ya analizados, no son aplicables al caso en particular, ya que la venta de acciones representa *per se* la transferencia de dominio (derechos) de los títulos de valor (acciones), pero en ningún caso podría tal transferencia de derechos tener el carácter de exportación de bienes o servicios, aun cuando las acciones como títulos de valor pueden ser consideradas como bienes muebles; y es en este sentido que el Tribunal de instancia, luego de vincular el término *divisas* al de *moneda* (dinero), en el considerando 7.4.10 (fs. 414), acierta en su apreciación al exponer que: “El legislador respecto a ‘divisas’ que la persona natural o sociedad domiciliada en Ecuador debe ‘recibir’, ha establecido hecho generador de impuesto a la salida de divisas en caso de que el dinero no ingrese al país y vaya desde un punto del exterior, a otro punto del exterior (cuenta de quien recibe el dinero), solo en caso de que ese dinero recibido sea una contraprestación de una exportación de bienes o servicios. El legislador ha previsto en estos casos que se genera el impuesto a la salida de divisas, determinándose un efecto similar al que se hubiera producido si el exportador hubiera primero recibido el pago en el país y luego lo hubiera transferido al exterior”, de lo que se desprende que el hecho generador del impuesto a la salida de divisas, en el supuesto de que el dinero no ingrese al país, pagándose con cuentas del exterior y receptando dicho pago también en cuentas del exterior, solo se da en el caso de que dicho pago sea consecuencia de una exportación de bienes o servicios, pues esto equivale a que el exportador recibió el dinero en el Ecuador y luego lo transfirió al exterior, tal como lo prevé la norma artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador; **fundamentos con los cuales el Tribunal de instancia, al vincular la norma citada con el principio de la realidad económica, acertadamente sostiene que en el considerando 7.4.11 que: “El principio de realidad económica no puede conducir a invadir la competencia del legislador, consagrada constitucionalmente (art. 301 de la Constitución), para incorporar hipótesis de incidencia no previstas en la norma. En el caso controvertido, el actor no ha sacado divisas del país, ni efectuado pago alguno al exterior por cualquier medio de extinción de obligaciones; sino que lo ha recibido, y ese pago originado en el exterior por parte de un tercero con destino a una cuenta suya en el exterior no lo ha recibido por concepto de exportación de bienes o servicios...”**; lo que conlleva a que se declare con lugar la demanda (énfasis añadido)⁷².**

72 Id.

En la misma línea, dentro del referido fallo, la Sala es contundente al señalar que:

En definitiva, y a criterio de esta Sala especializada, **se debe advertir que el legislador crea el ISD sobre el valor de todas las operaciones y transacciones monetarias que se realicen al exterior**, con o sin intervención de las instituciones que integran el sistema financiero (art. 155 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador), **es decir, su naturaleza jurídica tiene asidero en el traslado de divisas hacia el exterior o, dicho de otra manera, el hecho generador se produce al momento de la transferencia, traslado o envío de divisas al exterior, o cuando se realicen retiros de divisas desde el exterior con cargo a cuentas nacionales, con o sin la intención de las instituciones que integran el sistema financiero** (Reglamento para la Aplicación del Impuesto a la Salida de Divisas); **por lo tanto, en el caso en particular, la interpretación que el Tribunal de instancia realiza del artículo 156 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria en el Ecuador, en el caso en particular, es la correcta, pues el pago recibido en el exterior por el contribuyente [...], por la enajenación del paquete accionario que mantuvo en la empresa [...], sociedad constituida y domiciliada en el Ecuador, a la empresa [...], domiciliada en España, no configura los presupuestos establecidos en la norma tributaria para que sobre dicho pago se determine el ISD o, dicho de otra manera, la norma no ha previsto, como hecho generador del tributo (ISD), el traslado de los derechos por la venta de acciones, pues la recepción de dinero en el exterior por la venta de un paquete accionario no equivale a la transferencia o traslado de divisas al exterior** (énfasis añadido)⁷³.

De lo anterior se desprende que la jurisprudencia nacional adopta una concepción estricta del hecho generador del ISD, vinculándolo de manera directa con la existencia de una erogación efectiva de divisas hacia el exterior. En este sentido, no basta la presencia de un resultado económico transfronterizo ni la utilización de mecanismos alternativos de pago para configurar el tributo, sino que resulta indispensable la verificación de una salida real de recursos monetarios en los términos definidos por la ley.

Este criterio adquiere particular relevancia en el contexto de los criptoactivos en la medida en que su utilización, aun cuando pueda generar efectos económicos equivalentes a los de un pago internacional, no implica necesariamente la transferencia de divisas, en sentido estricto. En consecuencia, pretender subsumir estas operaciones dentro del ámbito del ISD, ya sea mediante

73 Id.

presunciones o interpretaciones basadas en la realidad económica, supondría una extensión indebida del hecho generador, en contravención de los principios de legalidad y reserva de ley en materia tributaria.

Cabe añadir que, incluso desde la perspectiva de los mecanismos de determinación tributaria, la utilización de herramientas presuntivas encuentra límites adicionales. La determinación de la obligación tributaria, conforme al artículo 68 del Código Tributario, supone la verificación previa de la existencia del hecho generador como presupuesto indispensable para establecer el sujeto obligado, la base imponible y la cuantía del tributo⁷⁴. En este sentido, la facultad determinadora no habilita a la Administración a construir o suplir la inexistencia del hecho generador, sino únicamente a verificarlo y cuantificarlo cuando este efectivamente se ha producido.

Adicionalmente, la determinación presuntiva constituye un mecanismo excepcional y subsidiario⁷⁵, aplicable únicamente cuando no es posible establecer la obligación tributaria mediante determinación directa⁷⁶. En el caso de operaciones con criptoactivos, no solo no se verifica una imposibilidad probatoria que justifique la utilización de una determinación presuntiva —salvo aquellos casos en que por sus particularidades así lo justifiquen—, sino que, en estricto sentido, tampoco se configura el hecho generador del impuesto en los términos definidos por la ley.

En definitiva, la interpretación sistemática de la normativa del ISD, la doctrina sobre presunciones tributarias y la jurisprudencia nacional conducen a una conclusión clara: la configuración del hecho generador del impuesto exige la existencia de una salida efectiva de divisas en los términos definidos por la ley, sin que resulte jurídicamente admisible extender dicho concepto mediante presunciones o interpretaciones basadas exclusivamente en equivalencias económicas. En este sentido, la utilización de criptoactivos, aun cuando pueda producir efectos económicos similares a los de un pago internacional tradicional, no permite por sí sola configurar el hecho generador del ISD en ausencia de una norma expresa que así lo disponga.

3. CONCLUSIONES GENERALES

El análisis desarrollado a lo largo del presente artículo permite afirmar que los criptoactivos constituyen uno de los principales puntos de fricción entre la innovación tecnológica y los esquemas tradicionales del derecho tributario. Su creciente utilización en operaciones económicas, especialmente de carácter transfronterizo, ha evidenciado las limitaciones de marcos normativos

⁷⁴ Artículo 68, Código Tributario, 2005.

⁷⁵ *Id.*, art. 92.

⁷⁶ *Id.*

concebidos para una economía bancarizada y basada en medios de pago soberanos, obligando a replantear los criterios de identificación y gravamen de las manifestaciones contemporáneas de capacidad contributiva.

Desde una perspectiva comparada, se observa una tendencia consistente: los criptoactivos no son reconocidos como moneda de curso legal, pero tampoco son excluidos del ámbito de imposición. Por el contrario, las administraciones tributarias han optado por integrarlos dentro de categorías jurídicas existentes —principalmente como activos patrimoniales o bienes inmateriales— aplicando criterios de sustancia económica, trazabilidad y documentación, sin necesidad de crear regímenes fiscales autónomos. Esta aproximación funcional ha permitido gravar los efectos económicos derivados de su utilización, sin alterar los elementos estructurales de los tributos.

En el caso ecuatoriano, el panorama presenta una particular complejidad. Si bien el Estado ha sido categórico en excluir a los criptoactivos del sistema monetario y de los medios de pago autorizados, dicha exclusión se ha construido principalmente desde el ámbito monetario, sin un desarrollo sistemático paralelo en materia tributaria. Esta asimetría genera una tensión estructural: los criptoactivos no son dinero ni divisas, pero canalizan valor económico, extinguen obligaciones y producen efectos patrimoniales jurídicamente relevantes.

Esta tensión adquiere especial relevancia en el ámbito del ISD. Su diseño normativo exige la existencia de una transferencia o traslado de divisas al exterior, lo que presupone la utilización de recursos que califiquen jurídicamente como tales. En este contexto, la utilización de criptoactivos permite, en determinados escenarios, generar efectos económicos equivalentes a los pagos internacionales tradicionales, sin que exista necesariamente una salida de divisas en los términos previstos por la ley.

Desde la perspectiva del principio de legalidad tributaria, la ausencia de una norma expresa que incorpore a los criptoactivos dentro del ámbito objetivo del ISD impide extender el hecho generador mediante interpretaciones analógicas o construcciones basadas exclusivamente en equivalencias económicas, lo que impide, en principio, su subsunción dentro del hecho generador del impuesto, pudiendo dar lugar —desde una interpretación estricta— a escenarios de no sujeción en la medida en que no se verifiquen los elementos constitutivos del tributo. No obstante, ello no elimina por completo el riesgo fiscal asociado a estas operaciones.

En efecto, desde la perspectiva del contribuyente, la falta de regulación genera un escenario de incertidumbre jurídica significativa, en el que operaciones económicamente similares pueden recibir tratamientos fiscales distintos, dependiendo del canal utilizado o de la forma en que se estructuren las

transacciones. Esta situación dificulta la planificación tributaria y expone a los sujetos pasivos a contingencias derivadas de procesos de determinación tributaria.

Por su parte, desde la perspectiva de la Administración Tributaria, la ausencia de una habilitación normativa expresa no elimina completamente el margen de actuación en estos supuestos, sino que condiciona el alcance de su facultad determinadora. En efecto, conforme al Código Tributario, la determinación de la obligación tributaria implica verificar la existencia del hecho generador, establecer el sujeto pasivo y cuantificar el tributo correspondiente, pudiendo para ello emplear mecanismos de valoración y presunciones cuando los hechos no se encuentren plenamente acreditados.

Sin embargo, estas herramientas operan dentro de un límite estructural: no pueden ser utilizadas para sustituir o redefinir los elementos esenciales del tributo. En particular, las presunciones permiten inferir la ocurrencia de un hecho generador previamente definido por la ley, pero no habilitan a la Administración a construirlo en ausencia de una base normativa expresa. En este sentido, aunque en la práctica podrían surgir intentos de calificar ciertas operaciones con criptoactivos —especialmente aquellas vinculadas a la extinción de obligaciones con no residentes— como equivalentes a una salida de divisas, tales interpretaciones se enfrentan a los límites derivados del principio de legalidad tributaria y de la propia configuración normativa del ISD.

En otras palabras, la utilización de criptoactivos para la extinción de obligaciones con no residentes constituye un escenario jurídicamente incierto que no se encuentra expresamente regulado en el ordenamiento ecuatoriano. Si bien, desde una perspectiva estrictamente normativa, podría sostenerse la inexistencia del hecho generador en ausencia de divisas, ello no excluye la posibilidad de que la Administración Tributaria intente recalificar dichas operaciones en el marco de sus facultades de control y determinación, generando potenciales contingencias para el contribuyente.

En este contexto, resulta indispensable avanzar hacia soluciones que reduzcan la brecha entre la realidad económica y el marco normativo vigente. En particular, podrían considerarse: (i) la incorporación de una definición expresa de criptoactivos para efectos tributarios en la normativa del ISD; (ii) la emisión de criterios administrativos interpretativos por parte del Servicio de Rentas Internas que delimiten el alcance del hecho generador en operaciones con activos digitales; y (iii) el desarrollo de reglas específicas que permitan distinguir entre la mera tenencia, la transmisión patrimonial y la utilización de criptoactivos como mecanismos de pago en operaciones transfronterizas.

En definitiva, mientras no exista una intervención normativa expresa, la aplicación del ISD deberá mantenerse dentro de los límites definidos por la ley vigente, atendiendo a la existencia de una salida efectiva de divisas. En este sentido, la utilización de criptoactivos, por sí sola, no permite configurar el hecho generador del impuesto. Sin embargo, ello no elimina la posibilidad de controversias interpretativas ni el riesgo de actuaciones administrativas expansivas.

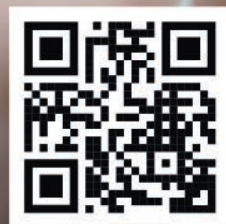
Así, la pregunta que da título a este artículo mantiene plena vigencia: en Ecuador, en el estado actual del derecho, no toda salida de valor constituye jurídicamente una salida de divisas ni puede ser tratada como tal sin una habilitación normativa expresa que así lo disponga.



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

Coronel & Pérez®

QUITO

 Av. de los Shyris No. N35-174
y Suecia, Edif cio Renazzo Plaza

 +593-2-6014000

GUAYAQUIL

 Av. 9 de Octubre y Malecón,
Edif cio La Previsora

 +593-4-3519900



A | G Almeida
& | A Guzmán
Asociados

ESTUDIO JURÍDICO | LAW FIRM



**Almeida Guzmán &
Asociados**

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

CABEZAS WRAY & ALBÁN

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

Justicia
presenta
Ley de
Nacional
Documento



Homologación de sentencias extranjer​as a la luz del Código Orgánico General de Procesos

Recognition and Enforcement of Foreign Judgments Under the General Organic Code of Processes

GABRIEL ALEJANDRO MONCAYO GRIJALVA*

Recibido / Received: 19/01/2026

Aceptado / Accepted: 17/04/2026

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v13i1.4180>

Citación:

Moncayo, Gabriel. "Homologación de sentencias extranjeras a la luz del Código Orgánico General de Procesos". *USFQ Law Review*, vol. 13, n°. 1. (Junio de 2026): <https://doi.org/10.18272/ulr.v13i1.4180>.

* Pérez Bustamante & Ponce, Abogado asociado, Av. República del Salvador y Naciones Unidas, Quito 170505, Pichincha, Ecuador. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Correo electrónico: gabrielmoncayo@outlook.fr. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0000-7267-7473>.

RESUMEN

En su análisis sobre el sistema de reconocimiento de sentencias extranjeras bajo el derogado Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), Santiago Andrade Ubidia ya advertía en 2006 sobre la urgencia de una reforma que instaurara “un proceso rápido y sencillo para el reconocimiento de las sentencias extranjeras”¹. Esta transformación se materializó con la entrada en vigor del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), el cual estableció una vía especial para la homologación de sentencias, laudos y actas de mediación, marcando una ruptura conceptual con el régimen anterior.

En este contexto, el presente artículo ofrece una revisión sistemática y actualizada del esquema ecuatoriano de homologación, contrastando las disposiciones del COGEP con el sistema del CPC, describiendo sus requisitos, características y procedimiento. En particular, se examina una tensión crítica en la práctica contemporánea: el control del orden público. El estudio evidencia cómo, pese a que la norma vigente prohíbe la revisión de fondo en litigios entre particulares, existe una tendencia judicial a reintroducir este control, contraviniendo el espíritu de la ley y generando inseguridad jurídica.

PALABRAS CLAVE

Homologación de sentencias extranjeras; *exequatur*; derecho procesal; orden público; derecho internacional privado; reconocimiento y ejecución

ABSTRACT

In his analysis of the system for the recognition of foreign judgments under the repealed Code of Civil Procedure (CPC), Santiago Andrade Ubidia stated in 2006 the urgency of a reform that would establish “a quick and simple process for the recognition of foreign judgments”². This transformation materialized with the entry into force of the General Organic Code of Processes (COGEP), which established a special procedure for the homologation of judgments, arbitral awards, and mediation agreements, marking a conceptual break with the previous regime.

In this context, this article offers a systematic and updated review of the Ecuadorian homologation scheme, contrasting the provisions of the COGEP with the system of the CPC, describing its requirements, characteristics, and procedure. In particular, a critical tension in contemporary practice is examined: the control of public policy. This article evidences how, even though the current rule prohibits review of the merits in disputes between private parties, a judicial tendency to reintroduce this control exists, contravening the spirit of the law and generating legal uncertainty.

1 Santiago Andrade Ubidia, “En torno al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales”, *Foro: Revista de Derecho*, n.º 6 (2006): 73, <http://hdl.handle.net/10644/1506>.

2 *Ibid.*

KEYWORDS

Recognition and enforcement of foreign judgments; exequatur; procedural law; public policy; private international law; recognition and enforcement

1. INTRODUCCIÓN

El ordenamiento jurídico ecuatoriano regula el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras a través de un procedimiento específico, generalmente denominado *exequatur*. Su configuración ha variado sustancialmente en el tiempo. Bajo la vigencia del derogado CPC, la homologación se encontraba sujeta a un régimen rígido, caracterizado por un control amplio de legalidad y por la ausencia de un trámite autónomo claramente delimitado.

Con la entrada en vigor del COGEP en el año 2015, se instauró un procedimiento especial para la homologación de sentencias extranjeras, laudos arbitrales y actas de mediación, concentrando la competencia en las Cortes Provinciales y delimitando de manera expresa los requisitos que deben verificarse para su procedencia. Esta reforma introdujo un sistema de regularidad que, en principio, excluye la revisión del fondo de la decisión extranjera en litigios entre particulares, diferenciando además el tratamiento aplicable a las sentencias dictadas en contra del Estado y aquellas relativas a niñez y adolescencia.

No obstante, la aplicación práctica de este régimen ha evidenciado inconsistencias interpretativas, especialmente en relación con el alcance del control del orden público y la exigencia de requisitos no previstos expresamente en la norma vigente. A partir del análisis normativo, histórico y jurisprudencial, el presente artículo realiza una revisión sistemática y actualizada del esquema ecuatoriano de homologación, contrastando las disposiciones del COGEP con el sistema del CPC, describiendo sus requisitos, características y procedimiento.

2. ANÁLISIS DE LOS SISTEMAS DE RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS EXTRANJERAS Y LA FIGURA DEL *EXEQUATUR*

En general, la actitud de un Estado frente a una sentencia extranjera puede reducirse a dos supuestos: el primero, un sistema avalorativo, es decir, que rechaza todo valor a estas; el segundo, un sistema valorativo, que les dota de eficacia³. Nos centraremos en este último que, en la actualidad, es el más aceptado.

3 Diego Guzmán de la Torre, *Tratado de derecho internacional privado* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1989), 562.

El sistema valorativo otorga un valor a la sentencia extranjera “cuando esta reúne los requisitos señalados por la legislación del país en que ha de aplicarse”⁴. Esta valoración puede ser a su vez absoluta o relativa⁵. La valoración absoluta implica que el Estado donde se pretende ejecutar la sentencia dota automáticamente a esta de eficacia por el solo hecho de tener los requisitos mínimos establecidos, sin necesidad de una intervención previa de los órganos judiciales, es decir, sin que sea necesario homologarla previo a su ejecución. Por otra parte, la valoración relativa “requiere como condición para que la sentencia extranjera adquiera eficacia, de una declaración judicial previa en que se establezca que posee las condiciones exigidas por la *lex fori*”⁶.

Actualmente en el Ecuador coexiste tanto el sistema valorativo absoluto como el valorativo relativo. Mientras que para los laudos extranjeros se aplica el valorativo absoluto, para las sentencias extranjeras en contra de particulares, aquellas en contra del Estado y las actas de mediación se aplica el valorativo relativo, conforme se explicará más adelante.

Este tratamiento diferenciado de los laudos arbitrales extranjeros es el resultado de una compleja evolución normativa. Originalmente, el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM) establecía que estos se ejecutarían de la misma forma que los laudos domésticos, sin necesidad de homologación previa⁷. Sin embargo, con la entrada en vigencia del COGEP, se instauró un régimen de homologación aplicable también a los laudos extranjeros, al exigir su reconocimiento previo como presupuesto de ejecución⁸.

Posteriormente, en 2018, con la publicación de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal (en adelante LFP) se restableció el último inciso del artículo 42 de la LAM y se eliminó a los laudos arbitrales extranjeros del régimen de homologación previsto en el artículo 102 del COGEP⁹. Sin embargo, el legislador no eliminó la referencia de homologación de sentencias extranjeras en el numeral 5 del artículo 363 del COGEP, relativo a los títulos de ejecución.

Así, frente a la disyuntiva sobre si era o no necesario homologar un laudo arbitral extranjero previo a su ejecución, la Corte Constitucional emitió la sentencia

4 Guzmán de la Torre, 563.

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*, 564.

7 Artículo 42, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R. O. Suplemento 417 del 14 de diciembre de 2006. “Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional [...] serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional”.

8 Artículo 363, numeral 5, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R. O. Suplemento 506 del 22 de mayo de 2015. “Títulos de ejecución.- Son títulos de ejecución los siguientes: 5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código”.

9 Disposición derogatoria segunda, Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal [LFP], R. O. Suplemento del 21 de agosto de 2018.

3232-19-EP/24, basándose en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante Convención de Nueva York), las reformas al COGEP y el artículo 15 del Reglamento a la LAM. En dicha sentencia estableció que en Ecuador ya no existe una obligación de homologar un laudo extranjero previo a su ejecución¹⁰.

Ahora bien, en el marco del sistema valorativo relativo surge la figura del *exequatur*. No existe un consenso respecto de la definición de *exequatur* y su relación con el “reconocimiento” y la “homologación” de sentencias. Ni el CPC ni el COGEP lo mencionan. De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, la palabra viene del latín *exsecuatur*, cuya traducción es ‘ejecútese’ o ‘cúmplase’. Tiene acepciones propias en el derecho canónico y en el derecho internacional público. No obstante, por el objeto de este estudio nos centraremos en la concepción propia del derecho internacional privado y del derecho procesal.

La doctrina tampoco es unánime respecto a la definición de *exequatur* ni a su distinción técnica frente al reconocimiento y la homologación. Al respecto, se identifican tres corrientes principales. La primera, seguida por autores como Morán Sarmiento¹¹ y Mojica Gómez¹², identifica al *exequatur* como el procedimiento judicial propiamente dicho que busca el reconocimiento de una sentencia extranjera para permitir su ejecución local. Una segunda tendencia opta por reservar el término exclusivamente para el resultado de dicho trámite; es decir, para la resolución o “visto bueno” que atribuye al fallo extranjero la fuerza ejecutiva de la que carece fuera de su jurisdicción de origen. En este sentido, Miaja de la Muela sostiene que el *exequatur* es la “resolución judicial que atribuye fuerza ejecutoria a una sentencia extranjera”¹³. Finalmente, una tercera postura, representada por autores como Virgós Soriano y Garcimartín Alférez¹⁴, emplea la denominación de forma genérica para referirse indistintamente tanto al proceso de deliberación como a su resultado final.

Por su parte, el jurista colombiano Devis Echandía concibe el *exequatur* como “el requisito que deben llenar las sentencias dictadas en un país [...] para

10 Sentencia n.º 3232-19-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 9 de mayo de 2024, párr. 59. En esta sentencia la Corte indicó que: “[en] Ecuador ya no existe el proceso para homologación de laudos y su exigencia torna en imposible la ejecución de estos [...] es evidente que, si los laudos nacionales ecuatorianos no requieren ser homologados para su ejecución, para la ejecución de aquellos extranjeros tampoco podría ser imponible un requisito de tal grado, pues esto constituiría una condición ‘apreciablemente más rigurosa’ que los diferenciaría, so pena de incurrir en un incumplimiento de tal obligación internacional. Por tanto, también a la luz de la normativa internacional aplicable a la ejecución de laudos extranjeros en Ecuador, tampoco existe la obligación de una homologación previa”.

11 Roberto E. Morán Sarmiento, *El Código Orgánico de la Función Judicial y su Incidencia en el procesalismo civil* (Guayaquil: Edilex, 2012), 16.

12 L. Mojica Gómez, *Manual práctico derecho internacional privado* (Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2003), 320.

13 Adolfo Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado* (Madrid: Atlas, 1974), 463.

14 Miguel Virgós Soriano, y Francisco J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional: Litigación internacional* (Navarra: Thomson Civitas, 2007), 580.

tener cumplimiento en otro”¹⁵, entendiendo que dicho requisito consiste precisamente en el proceso de deliberación, reconocimiento u homologación. Así, para Echandía, tanto la exigencia necesaria para ejecutar una sentencia extranjera como el propio procedimiento mediante el cual se satisface reciben la denominación de *exequatur*. Este término se utiliza como sinónimo del proceso de reconocimiento o de homologación, lo que parece haber sido el criterio adoptado por los códigos procesales ecuatorianos.

En una circular emitida en 2013 por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador, se indicó que se denomina *exequatur* “al procedimiento jurídico internacional por el cual un Estado solicita a otro el reconocimiento u homologación y la ejecución de una sentencia que se dictó en el Estado requiriente”¹⁶. Se considera que esta definición incurre en una confusión entre el *exequatur* y el exhorto.

La circular identifica erróneamente al *exequatur* —proceso que realiza el juez del Estado donde pretende ejecutarse la sentencia— con el exhorto, que es una figura procesal de carácter diplomático, a través de la cual un juez remite una solicitud a otro, por medio de la Cancillería o de las autoridades judiciales centrales, para que se ejecute una sentencia extranjera¹⁷. Esta definición también ignora que el *exequatur* no requiere necesariamente de exhorto: puede iniciarse por solicitud directa de la parte interesada ante el juez competente del Estado donde pretende posteriormente ejecutarse la sentencia, conforme se reconoce actualmente en el COGEP.

Como ya se anticipó, en el sistema valorativo relativo, necesariamente debe darse el *exequatur* para poder dotar de fuerza a la sentencia extranjera en otro Estado. Así, existen tres sistemas valorativos relativos que, en realidad, se refieren a cómo ha de ser el proceso de *exequatur*: (i) el sistema de ejecución previo examen de forma y fondo de la resolución, (ii) el sistema basado en el principio de reciprocidad y (iii) el sistema de regularidad¹⁸.

15 Hernando Devis Echandía, *Teoría general del proceso* (Buenos Aires: Universidad, 2004), 429.

16 Circular, Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración [remitida por la Coordinadora General Jurídica al Presidente del Consejo de la Judicatura], 29 de mayo de 2013.

17 Art. 2, Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, Panamá, 30 de enero de 1975. “La presente Convención se aplicará a los exhortos o cartas rogatorias expedidos en actuaciones y procesos en materia civil o comercial por los órganos jurisdiccionales de uno de los Estados Parte en esta Convención, y que tengan por objeto: a. La realización de actos procesales de mero trámite, tales como notificaciones, citaciones o emplazamientos en el extranjero; b. La recepción y obtención de pruebas e informes en el extranjero, salvo reserva expresa al respecto”.

18 Juan Larrea Holguín, *Manual de Derecho internacional privado* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 1998), 335.

2.1. EL SISTEMA DE EJECUCIÓN PREVIO EXAMEN DE FORMA Y FONDO DE LA RESOLUCIÓN

El sistema de examen previo de forma y fondo constituye, en la actualidad, uno de los sistemas menos empleados debido a su carácter invasivo. Este sistema permite una revisión no solo de los requisitos formales de la sentencia y que no contravenga el orden público interno, sino más bien de la “justicia o injusticia del contenido de la sentencia”¹⁹. Es por este motivo que el sistema ha sido rechazado y criticado por conducir en la realidad a negar el valor de las sentencias extranjeras.

Al respecto, Guzmán de la Torre sostiene que, cuando se permite revisar la conformidad del fallo con la legislación del Estado a ejecutarse, lo que en realidad se ejecuta no es dicha sentencia extranjera, sino más bien “la sentencia nacional recaída en el mismo asunto en virtud de un juicio de revisión”²⁰. En una línea similar, Cock llega a afirmar que este sistema “no trata de cumplir el fallo extranjero, sino de dictar un fallo nacional”²¹, lo cual “desquicia el mecanismo del derecho procesal universal, cuya base tiene que reposar en la autoridad de la cosa juzgada”²².

2.2. EL SISTEMA BASADO EN EL PRINCIPIO DE RECIPROCIDAD

Este sistema, propio del derecho diplomático, se basa en una especie de igualdad o justicia en el trato, sea este positivo o negativo, que se otorga a los nacionales de otro Estado. Bajo esta lógica de correspondencia mutua, un Estado solo reconocerá una sentencia extranjera si el país que la emitió otorga el mismo trato a sus propias resoluciones²³.

Así, por ejemplo, si el Estado A exige requisitos excesivos para homologar una sentencia del Estado B, sería razonable que el Estado B también imponga dichos requisitos a la sentencia emitida en el Estado A. En consecuencia, este sistema podría generar un círculo vicioso en el cual cada Estado aguarda a que las demás naciones le otorguen primero un trato procesal favorable para, recién entonces, corresponderlo, propiciando incluso que estas exigencias se instrumentalicen como medidas de retaliación²⁴.

2.3. EL SISTEMA DE REGULARIDAD

19 Guzmán de la Torre, *Tratado de derecho internacional privado*, 563.

20 *Ibid.*, 564.

21 Alfredo Cock Arango, *Tratado de derecho internacional privado* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1952), 343.

22 *Ibid.*

23 Mario Ivo Malvezzi, “Reconocimiento de sentencias extranjeras: Los procedimientos del derecho interno italiano y español”, *Canales de Derecho: Universidad de Murcia*, n.º 23 (2005): 350, <https://revistas.um.es/analesderecho/issue/view/5641>.

24 Hernán Coello, *Derecho internacional privado* (Cuenca: UDA, 2004), 56.

También conocido como sistema de internacionalidad de los fallos, sistema moderno o sistema de aplicación regulada, el sistema de regularidad es el más ampliamente acogido por los Estados contemporáneos. En los ordenamientos que acogen este sistema se autoriza únicamente la verificación de determinados requisitos formales de la sentencia extranjera, denominados requisitos de regularidad, de donde proviene la denominación del sistema. En consecuencia, no se admite o exige un examen de fondo de la decisión, sino exclusivamente un control formal, a fin de que “el país en el que se aplicará la sentencia no venga a conocer, en un nuevo juicio, lo ya juzgado”²⁵.

3. SISTEMAS DE *EXEQUATUR* ADOPTADOS HISTÓRICAMENTE EN ECUADOR

3.1. SIGLO XIX E INICIOS DEL SIGLO XX

El Código de Enjuiciamientos, promulgado en 1889, omitía toda referencia al reconocimiento o ejecución de sentencias extranjeras en el Ecuador. Este vacío legal interno se contrastaba con una incipiente tendencia de integración latinoamericana que comenzaba a tomar forma ese mismo año, marcada por la primera Conferencia Panamericana en 1889²⁶.

De hecho, dicha tendencia ya contaba con un antecedente crucial: el Tratado para establecer reglas uniformes en materia de derecho internacional privado, aprobado en Lima el 2 de noviembre de 1880, del cual Ecuador fue parte. El título sexto de dicho tratado, “De la ejecución de las sentencias y otros actos jurisdiccionales”, establecía un sistema que no requería una homologación previa de la sentencia a ejecutarse. En su lugar, el juez que emitía la sentencia dirigía un exhorto con todas las piezas necesarias al juez o tribunal de primera instancia donde debía cumplirse la sentencia²⁷. Una vez exhortado el juez, este debía dar cumplimiento a la sentencia si esta cumplía con ciertos requisitos, entre los que se incluía el no contravenir el orden público²⁸. Así, la homologación y la ejecución se daban en el mismo proceso y por el mismo juez, pero el proceso no iniciaba a solicitud de una parte, sino del juez que dictó la sentencia.

25 Larrea Holguín, *Manual de derecho internacional privado*, 336.

26 Carlos Marichal, *México y las Conferencias Panamericanas 1889-1938: Antecedentes de la globalización* (Ciudad de México: Secretaría de Relaciones Exteriores, 2002), 254.

27 Artículo 41, Tratado para establecer reglas uniformes en materia de Derecho Internacional Privado, Lima, 2 de noviembre de 1880. “La ejecución de dichas sentencias o resoluciones [extranjeras] se pedirá al juez o Tribunal de 1ª Instancia del lugar en que han de cumplirse, para lo que se le dirigirá un exhorto con inserción de todas las piezas necesarias”.

28 Id., Artículo 54. “Las leyes, sentencias, contratos y demás actos jurídicos que hayan tenido origen en país extranjero, sólo se observarán en la República, en cuanto no sean incompatibles con su Constitución Política, con las leyes de orden público o las buenas costumbres”.

Posteriormente, el 18 de junio de 1903 se aprobó el Tratado sobre Derecho Internacional Privado entre la República de Colombia y Ecuador. Este tratado reiteró este procedimiento de ejecución, el cual iniciaba con el exhorto: “[l]a ejecución de dichas sentencias o resoluciones se pedirá al Juez o Tribunal de primera instancia del lugar en que han de cumplirse, para lo que se le dirigirá un exhorto con inserción de todas las piezas necesarias”²⁹.

En 1907 se promulgó el Código de Enjuiciamiento en materia civil. Al igual que en los tratados vigentes a esa fecha, no existía un proceso de homologación independiente de la ejecución. Así, el artículo 500 del citado código establecía que: “[l]as sentencias extranjeras se ejecutarán: 1. Si estuvieren arregladas a los Tratados vigentes; 2. Si, a falta de Tratados, en el exhorto en que se pida la ejecución consta: [...]”³⁰. De esta forma, el proceso de homologación iniciaba con un exhorto únicamente en caso de que no existieran tratados vigentes entre Ecuador y el país en donde se emitió la sentencia.

En 1912 se aprobó el Pacto sobre Ejecución de Actos Extranjeros del cual eran suscriptores Ecuador, Venezuela, Colombia, Perú y Bolivia. Este instrumento reformó el Tratado sobre Derecho Procesal adoptado en Montevideo en 1889 por estas mismas naciones. Este instrumento tampoco establecía un proceso de homologación previo a la ejecución, sino que mantenía el sistema en el que el juez ordinario que debe ejecutar la sentencia verifica el cumplimiento de ciertos requisitos previstos en el artículo 6 del Tratado³¹.

Sin embargo, la principal diferencia con los sistemas de ejecución adoptados por los tratados a los que nos referimos anteriormente es que el proceso iniciaba con la presentación de ciertos documentos con los cuales se le solicitaba al juez el cumplimiento de la sentencia extranjera o fallo arbitral. Así, el tratado excluía la figura del exhorto, haciendo que el proceso iniciara a solicitud de parte y no del juez originario.

Este sistema, en el que la ejecución inicia a solicitud de parte y no por exhorto del juez, fue igualmente adoptado en la Convención sobre Derecho Internacional Privado de 1928, también conocida como Código Sánchez de Bustamante. Este establecía que “[l]a ejecución de la sentencia deberá solicitarse del tribunal o juez competente para llevarla a efecto”³².

29 Artículo XL, Tratado sobre Derecho Internacional Privado entre la República de Colombia y el Ecuador, Bogotá, 18 de junio de 1903.

30 Código de Enjuiciamiento en Materia Civil, R. O. del 19 de octubre de 1907.

31 Pacto sobre Ejecución de Actos Extranjeros, Caracas, 17 de julio de 1911.

32 Artículo 424, Código de Derecho Internacional Privado “Antonio Sánchez Bustamante”, La Habana, 20 de febrero de 1928.

3.2. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

3.2.1. SISTEMA DE *EXEQUATUR* ADOPTADO POR EL CPC

El artículo 414 del ya derogado CPC, previsto en el párrafo de los títulos ejecutivos, establecía que:

Art. 414.- Las sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravinieren al Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier ley nacional y si estuvieren arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes. A falta de tratados y convenios internacionales, se cumplirán si, además de no contravenir al Derecho Público o a las leyes ecuatorianas, constare del exhorto respectivo: a) Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada, conforme a las leyes del país en que hubiere sido expedida; y, b) Que la sentencia recayó sobre acción personal³³.

Andrade Ubidia, en su momento, afirmó que el artículo 414 del ya derogado CPC “aplicaba el sistema de regularidad”³⁴. Así, los requisitos de regularidad, exigidos por el CPC para la homologación de una sentencia extranjera, dependían de si a dicho fallo le era aplicable un instrumento internacional³⁵. En este caso, los requisitos de regularidad que debía cumplir la sentencia a homologarse eran los previstos en dicho instrumento; a esto se refiere el artículo 414 del CPC cuando establece: “y si estuvieren arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes”³⁶. De acuerdo con Andrade Ubidia:

Si existe un tratado o un convenio internacional vigente con el Estado en donde se ha dictado la resolución, deberán cumplirse los requisitos contemplados en dicho instrumento internacional. [...] En definitiva, el juez nacional velará porque la sentencia cumpla con los requisitos de “regularidad” antes señalados³⁷.

Subsidiariamente, en ausencia de tratados o convenios aplicables, se exigían dos condiciones: (i) la sentencia debía respetar el derecho público y las leyes ecuatorianas y (ii) se tenía que presentar un exhorto que certificara que la sentencia había adquirido autoridad de cosa juzgada y que la sentencia se refiriera únicamente a una acción personal³⁸.

33 Código de Procedimiento Civil [CPC]. R. O. Suplemento 58 del 12 de julio de 2005.

34 Andrade Ubidia, “En torno al tema del reconocimiento y ejecución”, 64.

35 Artículo 414, CPC. “Las sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravinieren al Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier ley nacional y si estuvieren arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes”.

36 *Ibid.*

37 Andrade Ubidia, “En torno al tema del reconocimiento y ejecución”, 73.

38 Artículo 414, CPC.

A diferencia de otros ordenamientos, el CPC no se refería a la reciprocidad en este supuesto, por lo que no se puede asumir que esta fuera una circunstancia que el juez debiera tener en consideración para aceptar o no lo solicitado en el exhorto. Aunque ciertas interpretaciones sugirieron erróneamente que nuestro sistema se basaba en la reciprocidad, la estructura del artículo 414 del CPC obedecía a una lógica distinta. La diferenciación que establecía la norma no buscaba condicionar la ejecución al trato recíproco del otro Estado, sino únicamente aclarar la fuente de los requisitos aplicables: si existía un tratado, la homologación se regía por las condiciones de ese instrumento; en su defecto, se activaban las reglas subsidiarias del derecho interno, tal como se detallará *ut infra*.

Sin embargo, la caracterización del régimen del CPC como un sistema de regularidad resulta cuestionable. Cuando el CPC indicaba que podrían homologarse las sentencias extranjeras solo “si no contravinieren al Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier ley nacional”³⁹. Así, la norma instauraba un mecanismo excesivamente rígido, próximo al sistema de revisión integral de forma y fondo.

Esta disposición imponía una carga procesal significativamente más gravosa que la exigida por los instrumentos internacionales y la legislación comparada. Lo comúnmente aceptado por otros Estados, y recogido en la Convención de Nueva York, es limitar el control judicial a la verificación de que el fallo no vulnere el “orden público interno”⁴⁰. Jurídicamente, resulta improcedente equiparar este concepto con la noción de “derecho público” o el cumplimiento irrestricto de “cualquier ley nacional”, pues el orden público interno no es toda norma jurídica de un Estado, sino más bien “los valores fundamentales de un ordenamiento jurídico”⁴¹.

En consecuencia, el régimen instaurado por el CPC, lejos de constituir un sistema de regularidad puro, establecía barreras normativas que dificultaban la homologación de sentencias extranjeras. Al equiparar el orden público con la conformidad a “cualquier ley nacional”, el legislador de la época impuso un filtro de legalidad exhaustivo que desnaturalizaba la institución del *exequatur*, convirtiéndola, en la práctica, en una revisión de fondo encubierta. Este enfoque anacrónico, disonante con los estándares de la Convención de Nueva York, evidenció la necesidad de una reforma procesal que alineara al Ecuador con las tendencias modernas de cooperación judicial internacional, transición

39 Ibid.

40 Artículo V, numeral 2, literal (b), Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958. “1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: [...] b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”.

41 Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Guía relativa a la Convención sobre Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras: Edición de la Guía 2016* (Nueva York: Naciones Unidas, 2017), 262.

que finalmente se materializaría con la entrada en vigor del COGEP.

3.2.2. CUESTIONES PROCESALES DEL *EXEQUATUR* EN EL CPC

La jurisprudencia de la ex Corte Suprema indicaba que, al no haberse establecido en el CPC de manera expresa el juez competente para la homologación de sentencias extranjeras, era competente el juez de lo civil de primera instancia competente en el domicilio del demandado⁴², de conformidad con el artículo 71 de la derogada Ley Orgánica de la Función Judicial y el artículo 15 del CPC. Esto aun cuando el proceso iniciara con un exhorto emitido por el juez extranjero emisor de la sentencia⁴³.

Respecto a la vía, Andrade Ubidia afirmó en su momento que, al no haberse previsto un procedimiento sumario, el reconocimiento y homologación debía sustanciarse por la vía ordinaria, de conformidad con el artículo 59 del CPC⁴⁴. Asimismo, la jurisprudencia de la ex Corte Suprema confirmó que:

Necesariamente tendrá que someterse a las reglas de acción general que establece nuestra legislación; esto es, que la petición de declaratoria judicial de reconocimiento y ejecutabilidad de sentencia extranjera debe precisamente pasar por un proceso declarativo para establecer su aplicabilidad⁴⁵.

Este criterio fue reiterado en la Resolución 227-2001⁴⁶. En consecuencia, al categorizarse como un juicio de conocimiento, también era procedente la interposición de los recursos de apelación y de casación.

4. EL *EXEQUATUR* EN EL COGEP

4.1. COMPETENCIA Y PARTES PROCESALES

El COGEP introdujo cambios sustanciales en la homologación de sentencias extranjeras, centralizando la competencia y simplificando el procedimiento. De conformidad con su artículo 102, la competencia para conocer estos procesos radica exclusivamente en la Sala de la Corte Provincial especializada del domicilio del requerido. En caso de que este no tenga domicilio en Ecuador,

42 Resolución n.º 290-2000, Juicio n.º 177-99, Ex Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil 6 de julio de 2000, pág. 64.

43 Ibid.

44 Resolución n.º 223-2004, Ex Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala de lo Civil y Mercantil, 2 de febrero de 2005, pág. 7.

45 Andrade Ubidia, "En torno al tema del reconocimiento y ejecución", 64.

46 Resolución n.º 99-2001, Ex Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 13 de junio de 2001. En esta sentencia, la Corte declaró que para homologar o conceder el *exequatur* de una sentencia extranjera debe demandarse en proceso de conocimiento.

será competente la sala del lugar donde se encuentren los bienes o donde deba surtir efectos la sentencia⁴⁷. Por su parte, el artículo 143 del Código Orgánico de la Función Judicial ratifica esta regla⁴⁸ y el numeral 6 de su artículo 208 establece adicionalmente que, de existir dos o más salas especializadas en la misma circunscripción, la competencia de la causa se definirá mediante sorteo⁴⁹.

Por “demandado”, la norma se refiere en realidad a la persona contra la cual pretende hacerse valer la sentencia extranjera. Esta aclaración es necesaria pues, en el supuesto en que exista una reconvencción, el demandante original puede resultar vencido y convertirse, por tanto, en obligado a cumplir con la sentencia dictada en su contra.

4.2. NATURALEZA DEL PROCESO

Para comprender la verdadera naturaleza de este procedimiento, es necesario primero analizar su ubicación sistemática en el COGEP. La homologación de sentencias extranjeras se encuentra regulada en el Libro II del COGEP relativo a la “Actividad procesal” y no en el libro IV sobre “Procesos”, en donde se encuentran los procesos de conocimiento y los ejecutivos. Esto nos lleva a la conclusión de que, para el legislador, el procedimiento de homologación no es un proceso de conocimiento ni ejecutivo, sino que tiene una naturaleza especial. La homologación constituye, en realidad, el presupuesto habilitante para dotar de eficacia coercitiva a la decisión extranjera; pues, de conformidad con el numeral 5 del artículo 363 del COGEP, una vez homologada, la sentencia sirve como título de ejecución⁵⁰.

Tampoco se puede afirmar que la homologación de sentencias extranjeras debe tramitarse bajo el procedimiento ordinario. Esto por varias razones. La primera es que el artículo 103 del COGEP establece que en la homologación no procede la “revisión sobre el asunto de fondo, objeto del proceso en que se dictaron”⁵¹. En consecuencia, el COGEP indica que de la sentencia de la Sala de la Corte Provincial únicamente se pueden poner recursos horizontales y no

47 Artículo 102, COGEP.

48 Artículo 143, Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ]. R. O. Suplemento 544 del 9 de marzo de 2009. “El conocimiento de las causas para el reconocimiento u homologación de las sentencias extranjeras, corresponderá a la sala de la corte provincial especializada en razón de la materia del distrito del demandado. Una vez ejecutoriada la sentencia que declare el reconocimiento u homologación de la sentencia extranjera, la ejecución de la misma corresponderá a la jueza o el juez de primer nivel del domicilio del demandado, competente en razón de la materia”.

49 Artículo 208, numeral 6, COFJ. “COMPETENCIA DE LAS SALAS DE LAS CORTES PROVINCIALES.- A las salas de las cortes provinciales les corresponde: [...] 6. Conocer, en única instancia, las causas para el reconocimiento u homologación de las sentencias extranjeras, que, de acuerdo a la materia, corresponderá a la Sala Especializada. En caso de existir dos salas, se establecerá la competencia por sorteo. Una vez ejecutoriada la sentencia que declare el reconocimiento u homologación de la sentencia extranjera, la ejecución de la misma corresponderá al juzgador de primer nivel del domicilio del demandado, competente en razón de la materia”.

50 Artículo 363, numeral 5, COGEP. “Títulos de ejecución.- Son títulos de ejecución los siguientes: 5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código”.

51 Artículo 103, COGEP.

verticales⁵², eliminando así la procedencia de la apelación y el recurso extraordinario de casación previsto anteriormente en el CPC y en la Ley de Casación. Estos son recursos procedentes en el procedimiento ordinario.

En segundo lugar, es claro que la homologación no se tramita mediante el procedimiento ordinario, pues, al tener un trámite específico previsto en el artículo 105 del COGEP, la homologación se sustrae de la regla general del artículo 289 del mismo cuerpo normativo. Este establece que “[s]e tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación”⁵³.

4.3. AUDIENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE HOMOLOGACIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

Ahora bien, una interrogante operativa surge respecto a la sustanciación de las audiencias en este procedimiento especial. Se desprende del artículo 105 del COGEP que la audiencia no es obligatoria, sino que el juez tiene la potestad discrecional de convocarla si se presentara una oposición a la homologación debidamente fundamentada y acreditada; y, además, si la complejidad del caso lo amerita⁵⁴. Respecto a la audiencia, el citado artículo indica que esta “se sustanciará y resolverá conforme con las reglas generales de este código”⁵⁵, pero ¿a qué se refiere con esta última afirmación?

En primer lugar, se debe descartar la aplicación de las reglas del procedimiento ordinario. Esto en gran parte debido a lo indicado en la anterior sección, pero también debido a que el procedimiento ordinario prevé dos audiencias, una preliminar y otra de juicio, mientras que el artículo 105 del COGEP establece la realización de una audiencia única. Se llega a dicha conclusión ya que la normativa se refiere a una “audiencia”, en singular⁵⁶.

Por otra parte, si se interpreta que la remisión legislativa a las “reglas generales de este código”⁵⁷ alude exclusivamente al capítulo V, denominado “Audiencia”, del libro II, “Actividad procesal”, del COGEP —artículos 79 a 87—, la solución resulta deficiente. Esto dado que dichas normas regulan aspectos procesales, pero guardan silencio respecto a la estructura de las audiencias. Ante este

52 Artículo 105, COGEP. “De la sentencia de la sala de la Corte Provincial podrán interponerse únicamente los recursos horizontales [...]”.

53 Artículo 289, COGEP.

54 Artículo 105, COGEP. “La o el juzgador resolverá en el término de treinta días contados desde la fecha en que se citó. Si se presenta oposición debidamente fundamentada y acreditada y la complejidad de la causa lo amerite, la Corte convocará a una audiencia, la cual se sustanciará y resolverá conforme con las reglas generales de este Código. La audiencia deberá ser convocada dentro del término máximo de veinte días contados desde que se presentó la oposición”.

55 Artículo 105, COGEP.

56 Id.

57 Id.

vacío, y aunque resulta hermenéuticamente forzado derivar la aplicación del procedimiento sumario de una remisión a “reglas generales”, la praxis judicial ha optado por tramitar la audiencia de homologación de sentencias extranjeras con las normas del artículo 333 del COGEP, es decir, con la estructura de la audiencia única del procedimiento sumario. Esta solución, aunque discutible, surge como la única vía capaz de concentrar las etapas procesales en una audiencia única.

Por ejemplo, en el auto de admisión a la oposición y convocatoria a audiencia única en el proceso 17113-2023-00005, debidamente sustanciado bajo el COGEP, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha indicó que la audiencia única se sustanciaría “con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. La segunda fase se desarrollará en el siguiente orden: debate probatorio, alegato inicial, práctica de pruebas, alegato final”⁵⁸, citando el artículo 333, numeral 4, del COGEP. En ese sentido, se refiere a la sustanciación de la audiencia única en el procedimiento sumario.

4.4. SOBRE LOS REQUISITOS PARA LA HOMOLOGACIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

El artículo 104 del COGEP supedita la homologación de sentencias y actas de mediación a la verificación de cinco requisitos de regularidad. Además, establece un régimen diferenciado para las decisiones contra el Estado, el cual será analizado *ut infra*. En lo principal, la norma dispone que la sala competente de la Corte Provincial de Justicia deberá verificar:

1. Que tengan las formalidades externas necesarias para ser considerados auténticos en el Estado de origen.
2. Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada conforme con las leyes del país en donde fue dictada y la documentación anexa necesaria está debidamente legalizada.
3. Que, de ser el caso, estén traducidos.
4. Que se acredite con las piezas procesales y certificaciones pertinentes que la parte demandada fue legalmente notificada y que se haya asegurado la debida defensa de las partes.
5. Que la solicitud indique el lugar de citación de la persona natural o jurídica contra quien se quiere hacer valer la resolución expedida en el extranjero⁵⁹.

Para efectos del reconocimiento de las sentencias en contra del Estado,

⁵⁸ Proceso n.º 17113-2023-00005, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, providencia del 6 de febrero de 2024, párr. 3.

⁵⁹ Artículo 104, COGEP.

por no tratarse de asuntos comerciales, deberá además demostrarse que no contrarían las disposiciones de la Constitución y la ley, y que estén arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes. A falta de tratados y convenios internacionales se cumplirán si constan en el exhorto respectivo o la ley nacional del país de origen reconoce su eficacia y validez⁶⁰.

Ahora bien, respecto al acto procesal que da inicio a este procedimiento, el legislador ha optado por denominarla *solicitud* y no *demanda*. Esta calificación se desprende del artículo 105 del COGEP, que establece que “la persona requirente presentará su solicitud ante la sala competente”⁶¹.

Esta denominación no es accidental, sino que responde a la naturaleza especial del procedimiento, el cual no busca resolver un litigio *ex novo*. Sin embargo, surge una interrogante procesal fundamental: ¿el hecho de llamarse *solicitud* la exime de cumplir los requisitos generales de la demanda previstos en el artículo 142 del COGEP o debe cumplir tanto estos como los del artículo 104?

Al respecto, la Corte Nacional de Justicia, en un criterio no vinculante, ha indicado que:

Se tendrá que cumplir específicamente con los requisitos de ley determinados en el artículo 104 del COGEP, cuando se trate de reconocimiento y homologación de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación, con efecto de sentencia en su legislación de origen, expedidos en el extranjero. No es aplicable el artículo 142 *ibidem*, ya que no se trata de una demanda o diligencias preparatorias, sino un trámite especial. En todo caso lo que se deben cumplir son los requisitos formales de identificación de la parte actora y demanda⁶².

Si bien es correcto afirmar que el acto de proposición de la homologación se denomina técnicamente *solicitud* y no *demanda*, conforme lo califica el artículo 105 del COGEP. El criterio de la Corte desatiende el tenor literal y la estructura sistemática de dicho cuerpo normativo. El artículo 142 se encuentra inserto en el título I, “Actos de proposición”, del libro III, denominado “Disposiciones comunes a todos los procesos”.

En consecuencia, por su ubicación normativa, se colige que el artículo 142 del COGEP rige para todo acto de proposición, independientemente de la naturaleza especial del procedimiento de homologación. Esta interpretación se ve reforzada por el numeral 13 del artículo 142, el cual dispone que la demanda contendrá “los demás requisitos que las leyes de la materia determinen

60 Id.

61 Artículo 105, COGEP.

62 Criterio no vinculante n.º 1165-P-CNJ-2021, Corte Nacional de Justicia, 29 de diciembre de 2021, p. 2.

para cada caso”⁶³. Si se aplica dicha disposición al caso de homologación, remite por integración a los requisitos especiales del artículo 104, sin excluir los generales.

Más allá de la ubicación normativa, la distinción teleológica entre ambas disposiciones es evidente al contrastar su redacción. El artículo 142, al establecer que la demanda “contendrá” ciertos elementos, fija los presupuestos de admisión (o calificación) necesarios para que el proceso sea sustanciado. En contraste, el artículo 104 ordena que la sala competente “deberá verificar” el cumplimiento de cinco condiciones específicas. El uso del verbo *verificar* confirma que estos últimos no son requisitos de forma para admitir a trámite la solicitud, sino los requisitos de procedencia de la homologación. Así, mientras el cumplimiento del artículo 142 habilita el inicio del proceso bajo el artículo 141 del COGEP, la verificación del artículo 104 determina si la sentencia extranjera puede o no ser homologada en la sentencia.

Asimismo, y en contraposición a lo señalado por la Corte Nacional de Justicia, resulta evidente que la simple identificación de los intervinientes es insuficiente para sustanciar el procedimiento. Desde una perspectiva lógica-jurídica, la solicitud requiere indispensablemente de otros elementos constitutivos previstos en el artículo 142: la designación del juzgador competente (numeral 1); la fundamentación fáctica y jurídica, orientada específicamente a demostrar el cumplimiento de los requisitos de procedencia (numerales 5 y 6); el anuncio probatorio (numeral 7) —que incluye la sentencia, su traducción y las constancias de notificación y firmeza—; la pretensión clara de homologación (numeral 9); la cuantía (numeral 10), esencial dado que la sentencia se convertirá en título de ejecución; la especificación del procedimiento (numeral 11); y las firmas del actor o su procurador (numeral 12).

En conclusión, dado que el artículo 105 del COGEP no detalla cómo debe presentarse la solicitud, es necesario aplicar lo dispuesto en el artículo 142 *ibidem*. No es lógico pensar que un trámite judicial pueda avanzar sin datos básicos como la designación del juez, la cuantía o las firmas de responsabilidad. Por lo tanto, para que el proceso sea válido, la solicitud de homologación debe cumplir tanto con los requisitos generales de toda demanda como con las condiciones específicas que exige el artículo 104.

4.5. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE REGULARIDAD

A continuación analizaremos cada uno de los requisitos de regularidad que establece el COGEP para la homologación de sentencias que se pretendan ejecutar en contra de particulares.

63 Artículo 142, numeral 13, COGEP.

4.5.1. QUE TENGAN LAS FORMALIDADES EXTERNAS NECESARIAS PARA SER CONSIDERADOS AUTÉNTICOS EN EL ESTADO DE ORIGEN

En concordancia con el artículo 201 del COGEP, este requisito exige que la sentencia o el acta de mediación que se pretende homologar cuente con una legalización o apostilla de conformidad con la Convención de la Haya sobre la Apostilla.

4.5.2. QUE LA SENTENCIA PASÓ EN AUTORIDAD DE COSA JUZGADA CONFORME CON LAS LEYES DEL PAÍS EN DONDE FUE DICTADA Y LA DOCUMENTACIÓN ANEXA NECESARIA ESTÁ DEBIDAMENTE LEGALIZADA

Uno de los requisitos esenciales para la homologación es que la sentencia extranjera tenga autoridad de cosa juzgada, según la ley de su país de origen. Esto se debe a que, una vez homologada, la sentencia sirve como título de ejecución⁶⁴. La forma de acreditar esta condición varía entre las principales tradiciones jurídicas.

En el sistema de derecho continental o civil, la cosa juzgada “emana del tribunal que dictó la sentencia a los efectos del reconocimiento o ejecución sería suficiente que en el testimonio de la sentencia se aclare su calidad de firme”⁶⁵ o, tal como ocurre en Ecuador, que se siente una razón de ejecutoria. En contraste, en la tradición del *common law*, este concepto es más bien “una cuestión procesal y es la ley del foro la que va a otorgar calidad de cosa juzgada”⁶⁶. Esto lleva a que, en ciertos países del *common law* no exista como tal una razón de ejecutoria.

Más allá de estas diferencias, el criterio determinante para el juez que realiza la ejecución debe ser la fuerza ejecutoria del fallo en su jurisdicción de origen. Es decir, “si el tribunal del cual ha emanado el pronunciamiento puede ejecutar la sentencia en su país, este carácter de ejecutoriedad debe ser reconocido por el juez requerido”⁶⁷.

Satisfactoriamente, el estándar de este requisito ha sido establecido por la Corte Constitucional. En el proceso de ejecución de laudo arbitral extranjero 17230-2019-03159, tanto el juez de primera instancia como la Corte Provincial inadmitieron a trámite la petición de ejecución puesto que el laudo, supuestamente, no había adquirido “la calidad de título de ejecución” ya que

64 Artículo 363, numeral 5, COGEP: “Títulos de ejecución.- Son títulos de ejecución los siguientes: 5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código”.

65 Inés M. Weinberg, *Nuevo derecho internacional privado* (Buenos Aires: Erreius, 2021), 356.

66 Ibid.

67 Ibid.

no había “pasado en autoridad de cosa juzgada [...] al no existir evidencia, conforme a la normativa de la República del Ecuador, de que el laudo arbitral extranjero tenga la condición de cosa juzgada, con constancia de autoridad competente”⁶⁸.

Adicionalmente, el juez del caso citado consideró que la razón de ejecutoria era un requisito de admisibilidad de la ejecución, en virtud del artículo 32 de la LAM que establece que “[c]ualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo [...] con la razón de estar ejecutoriada”⁶⁹.

La Corte Constitucional en su sentencia 3232-19-EP/24, al conocer la acción de protección en contra del fallo antes mencionado, definió la razón de ejecutoria en el sistema procesal ecuatoriano como:

Un acto no jurisdiccional que da fe de forma declarativa —mas no constitutiva— de que una decisión ha adquirido autoridad de cosa juzgada formal. Para el caso de los laudos nacionales, esto implica que el proceso arbitral *per se* ha concluido, pues ha vencido el término para interponer (sin haberlo hecho) o ya se han resuelto los recursos horizontales de aclaración y ampliación⁷⁰.

Con base en lo anterior, y reconociendo que esta es una figura particular de nuestro ordenamiento jurídico, indicó que:

Esta previsión ecuatoriana —la razón de ejecutoria— no puede ser generalizable a los sistemas procesales extranjeros, pues cada país norma de forma independiente lo concerniente a los procesos arbitrales, los cuales, además, por regla general, están concebidos y existen de manera relativamente autónoma frente a los sistemas procesales nacionales. Esto devela que la posibilidad material de presentar una certificación oficial sobre la ejecutoriedad de un laudo expedido internacionalmente está supeditada a la existencia de dicha figura en el ordenamiento jurídico (extranjero) en el cual se ha anidado el proceso arbitral que originó a la decisión jurisdiccional a intentar ejecutar en Ecuador⁷¹.

Se reconoce que el criterio citado fue establecido respecto de la denegación de ejecución de un laudo arbitral extranjero; sin embargo, nada impide aplicarlo por analogía al procedimiento de homologación de sentencias extranjeras.

68 Juicio n.º 17230-2019-03159, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 30 de septiembre de 2018, citado en Sentencia n.º 3232-19-EP/24, párr. 64.

69 Artículo 32, LAM.

70 Sentencia n.º 3232-19-EP/24, párr. 67.

71 Id., párr. 68-69.

En este sentido, exigir la presentación de una razón de ejecutoria sería excesivamente gravoso para la parte solicitante si en el Estado de origen de la sentencia no existe dicha figura jurídica. En consecuencia, el cumplimiento del requisito contenido en el numeral 2 del artículo 104 del COGEP no implica la obligación imposible de presentar una “razón de ejecutoria” cuando el país de origen no la contempla. Lo que el COGEP exige es la certeza de que el fallo es definitivo. Esto claramente debido a que el objetivo de la homologación de una sentencia es contar con un fallo ejecutable en el país.

Por tanto, ante la ausencia de una razón de ejecutoria, tal como se emite en Ecuador, la parte solicitante debe acreditar la firmeza de la sentencia valiéndose de los medios probatorios admitidos en la jurisdicción de origen o en la práctica internacional debidamente traducidos y apostillados o legalizados.

En sistemas de *common law* u otros ordenamientos que no emiten certificaciones de ejecutoría, esta condición habitualmente se satisface mediante la presentación de (i) una certificación del tribunal extranjero indicando que no existen recursos pendientes, (ii) el texto de la ley extranjera aplicable que confiere carácter de cosa juzgada a la decisión por el mero transcurso del tiempo o (iii) informes periciales legales, *affidavits*, suscritos por juristas habilitados en dicha jurisdicción, que den fe de la ejecutabilidad de la sentencia conforme a su derecho interno.

4.5.3. QUE, DE SER EL CASO, ESTÉN TRADUCIDOS

Este requisito se relaciona directamente con el artículo 200 del COGEP, que establece que los documentos extendidos en un idioma distinto al castellano, para hacerse valer como prueba, deben haber sido traducidos por un intérprete y contar con una validación conforme la ley. Así, se hace referencia a ciertos documentos: la razón por la que la sentencia o el laudo a homologarse pasó en autoridad de cosa juzgada, la constancia de la citación del demandado y las piezas procesales correspondientes, junto con sus correspondientes certificaciones o apostillas, deberán haber sido previamente traducidas.

4.5.4. QUE SE ACREDITE CON LAS PIEZAS PROCESALES Y CERTIFICACIONES PERTINENTES QUE LA PARTE DEMANDADA FUE LEGALMENTE NOTIFICADA Y QUE SE HAYA ASEGURADO LA DEBIDA DEFENSA DE LAS PARTES

Este requisito impone una doble verificación. En primer lugar, es preciso acatar que no se exige demostrar que se haya citado al requerido con la solicitud de homologación de la sentencia extranjera, pues este requisito ya se prevé a continuación en el artículo 105 del COGEP: “[p]ara proceder a la homologación, la persona requirente presentará su solicitud ante la sala competente de la Corte Provincial, la que, revisado el cumplimiento de este capítulo, dispondrá la **citación del requerido en el lugar señalado para el efecto**” (énfasis añadido)⁷².

Así, en realidad, el primer requisito que exige este numeral es que se pruebe que el demandado fue debidamente notificado o citado con la demanda dentro del proceso judicial extranjero del cual emanó la sentencia a homologarse.

El segundo requisito es que “se haya asegurado la debida defensa de las partes”. Este variará según el ordenamiento jurídico del Estado en el que se dictó la sentencia a homologarse. Dado que las normas procesales varían según cada Estado, el estándar de revisión no puede basarse en los procedimientos y formalidades previstas en la ley ecuatoriana, sino en los principios fundamentales del debido proceso reconocidos internacionalmente. Ejemplos de estos son el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁷³ y el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁴. Esto implica que la persona contra la cual se pretenda hacer valer la sentencia haya sido tratada con igualdad ante el tribunal extranjero, que haya tenido el derecho a ser oído públicamente y dentro de un plazo razonable, y que su causa haya sido resuelta por un tribunal independiente e imparcial, previamente establecido por la ley extranjera.

Es importante precisar que este análisis no faculta al juez ecuatoriano a revisar nuevamente la competencia específica del tribunal extranjero que

⁷² Artículo 105, COGEP.

⁷³ Artículo 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, San José, 22 de noviembre de 1969. “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

⁷⁴ Artículo 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966. “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil [...]”.

dictó la sentencia a homologarse —atribuyéndose erróneamente la competencia de interpretar la norma procesal extranjera— ni a cuestionar, en definitiva, la decisión que dicho tribunal haya tomado sobre su propia jurisdicción. La verificación se debería limitar a constatar que la sentencia no provenga de tribunales de excepción o comisiones especiales creadas *ex post facto* y que se hayan respetado garantías mínimas de imparcialidad frente a las partes.

4.5.5. QUE LA SOLICITUD INDIQUE EL LUGAR DE CITACIÓN DE LA PERSONA NATURAL O JURÍDICA CONTRA QUIEN SE QUIERE HACER VALER LA RESOLUCIÓN EXPEDIDA EN EL EXTRANJERO

A primera vista, este requisito parece ser una redundancia, toda vez que el artículo 142, numeral 4, del COGEP ya exige como contenido obligatorio de todo acto de proposición la designación del lugar en que debe citarse al demandado. Sin embargo, la inclusión específica de este requisito busca precisar la legitimación pasiva en el proceso de homologación.

Al disponer que se indique el lugar de citación de la persona “contra quien se quiere hacer valer la resolución”, el legislador aclara que el sujeto pasivo de la homologación no es necesariamente el demandado del juicio extranjero del cual emanó la sentencia a homologarse. Como se indicó previamente, podría tratarse del actor reconvenido, herederos o sucesores del demandado o, en general, de quien deba soportar los efectos jurídicos del fallo, por ejemplo, la persona contra quien se pretende hacer valer la sentencia extranjera como prueba en juicio.

Además, esta disposición sirve como prueba de la aplicabilidad del artículo 142 al trámite de homologación. Específicamente porque, si se acepta la tesis de que los requisitos generales de la demanda no son exigibles en la solicitud de homologación, arribaríamos al absurdo jurídico de tener una solicitud que exige obligatoriamente el lugar de citación del demandado, por mandato del artículo 104, pero que no requiere la identificación del actor, ni del juez, ni la fundamentación fáctica o jurídica, al no estar estos elementos listados en el artículo 104. En consecuencia, la interpretación sistemática correcta es que el numeral 5 del artículo 104 funciona como una norma especial que complementa el requisito general de citación previsto en el artículo 142, adaptándolo a la naturaleza particular del reconocimiento internacional.

4.6. LA HOMOLOGACIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS EN EL COGEP

Como se indicó previamente, en Ecuador coexisten los sistemas valorativo absoluto y valorativo relativo. Mientras que para los laudos extranjeros se aplica el valorativo absoluto, para las sentencias extranjeras en contra de particulares, aquellas en contra del Estado y las actas de mediación, se aplica el valorativo relativo.

Este tratamiento diferenciado de los laudos arbitrales extranjeros es el resultado de una compleja evolución normativa. Originalmente, el artículo 42 de la LAM establecía que estos se ejecutarían de la misma forma que los laudos domésticos, sin necesidad de homologación previa⁷⁵. Sin embargo, con la entrada en vigencia del COGEP en 2015, se instauró un régimen de homologación aplicable también a los laudos extranjeros al exigir su reconocimiento previo como presupuesto de ejecución⁷⁶. Posteriormente, en 2018, con la publicación de la LFP, se restableció el último inciso del artículo 42 de la LAM y se eliminó a los laudos arbitrales extranjeros del régimen de homologación previsto en el artículo 102 del COGEP⁷⁷. Sin embargo, el legislador no eliminó la referencia de homologación de sentencias extranjeras en el numeral 5 del artículo 363 del COGEP, relativo a los títulos de ejecución. En la práctica, esta contradicción generó una disyuntiva sobre la pervivencia del requisito de homologación.

Esta cuestión fue resuelta por la CCE en la sentencia 3232-19-EP/24. Basándose en la Convención de Nueva York, las reformas al COGEP y el artículo 15 del Reglamento a la LAM, la CCE reconoció que en Ecuador ya no existe una obligación de homologar un laudo extranjero previo a su ejecución⁷⁸.

5. SISTEMA DE *EXEQUATUR* ADOPTADO EN EL COGEP: ORDEN PÚBLICO Y EXHORTO

En la actualidad, el COGEP instaura un sistema mixto que distingue dos categorías fundamentales. La primera abarca las sentencias dictadas contra particulares, las resoluciones en materia de niñez y adolescencia y aquellas

75 Artículo 42, LAM. “Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional [...] serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional”.

76 Artículo 363, numeral 5, COGEP. “Títulos de ejecución.- Son títulos de ejecución los siguientes: 5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código”.

77 Disposición derogatoria segunda, LFP.

78 Sentencia n.º 3232-19-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 9 de mayo de 2024, párr. 59. En esta sentencia la Corte indicó que: “[en] Ecuador ya no existe el proceso para homologación de laudos y su exigencia torna en imposible la ejecución de estos [...] es evidente que, si los laudos nacionales ecuatorianos no requieren ser homologados para su ejecución, para la ejecución de aquellos extranjeros tampoco podría ser imponible un requisito de tal grado, pues esto constituiría una condición ‘apreciablemente más rigurosa’ que los diferenciaría, so pena de incurrir en un incumplimiento de tal obligación internacional. Por tanto, también a la luz de la normativa internacional aplicable a la ejecución de laudos extranjeros en Ecuador, tampoco existe la obligación de una homologación previa”.

emitidas contra el Estado en asuntos comerciales; todas ellas sujetas al sistema de regularidad. La segunda categoría, reservada para las sentencias contra el Estado en materias no comerciales, mantiene el sistema de ejecución previo examen de forma y fondo, tal como se analiza a continuación.

5.1. ¿ES REQUISITO PARA LA HOMOLOGACIÓN DE UNA SENTENCIA ENTRE PRIVADOS QUE NO SE CONTRAVENGAN LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY ECUATORIANAS?

Respecto a esta cuestión, el derogado CPC establecía que: “[l]as sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravinieren al Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier ley nacional y si estuvieren arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes”⁷⁹. Así, conforme se explicó previamente, el CPC establecía un rígido sistema de control de fondo y forma pues permitía que se verificara que las sentencias cuya homologación se pretendía no contravinieren ninguna ley nacional.

Dicho paradigma cambió radicalmente con la entrada en vigor del COGEP. El artículo 103 de dicha norma prohíbe expresamente la revisión sobre el asunto de fondo, indicando que la homologación de sentencias extranjeras se tramitará “sin que proceda su revisión sobre el asunto de fondo, objeto del proceso en que se dictaron”⁸⁰. Si bien se establece una excepción clara para sentencias dictadas en materia de niñez y adolescencia⁸¹, esta disposición deja en evidencia que el legislador ecuatoriano se alejó del sistema de revisión integral de forma y fondo previsto en el CPC para acoger un sistema de regularidad.

De una lectura del artículo 104 del COGEP se desprende que, para homologar una sentencia o acta de mediación expedida en el extranjero, solamente existen cinco requisitos, mientras que para el reconocimiento de dichos instrumentos en contra del Estado se debe demostrar adicionalmente que la sentencia no contraría la Constitución y la ley. Se encuentra en un párrafo separado en ese mismo artículo: “[p]ara efectos del reconocimiento de las sentencias en contra del Estado, por no tratarse de asuntos comerciales, deberá además demostrarse que no contrarían las disposiciones de la Constitución y la ley”⁸².

El texto de la norma es claro: en las sentencias entre particulares se deben cumplir los cinco requisitos de regularidad, pero en las sentencias en contra

79 Artículo 414, CPC.

80 Artículo 103, COGEP.

81 Id., inciso segundo. “En materia de niñez y adolescencia, se estará a lo que dispone la ley de la materia y los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador”.

82 Id., artículo 104.

del Estado se deberán cumplir dos requisitos más⁸³. Sin embargo, estos dos últimos requisitos no son de regularidad, sino que hacen que la homologación de sentencias en contra del Estado siga el denominado *sistema de examen de la forma y el fondo*.

En principio, la aplicación del artículo 104 del COGEP, por su claridad, no debería suscitar controversias. Sin embargo, ciertas cortes provinciales han desconocido el tenor literal de la norma, extendiendo erróneamente los requisitos de fondo —diseñados exclusivamente para sentencias contra el Estado— a litigios entre particulares o de índole comercial.

Frente a esta distorsión hermenéutica, y aunque el texto de la norma resulta claro, es pertinente acudir al método histórico previsto en el numeral 2 del artículo 18 del Código Civil⁸⁴. El recurrir a la historia fidedigna del establecimiento de la ley no busca aquí aclarar una oscuridad normativa, sino ratificar que la intención del legislador fue restringir la revisión de los méritos de la sentencia extranjera únicamente a los casos donde se comprometa el interés estatal en materias no comerciales. El texto del COGEP, originalmente aprobado por la Asamblea Nacional, establecía:

Art. 104.- Homologación de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero. Para la homologación de sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero, la sala competente de la Corte Provincial deberá verificar:

Que tengan las formalidades externas necesarias para ser considerados auténticos en el Estado de origen.

Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada conforme con las leyes del país en donde fue dictada y la documentación anexa necesaria está debidamente legalizada.

Que, de ser el caso, estén traducidos.

Que se acredite con las piezas procesales y certificaciones pertinentes que la parte demandada fue legalmente notificada y que se haya asegurado la debida defensa de las partes.

83 Así ha sido reconocido en otras obras: “De acuerdo con la redacción del último inciso, se podría deducir que sólo aquellas sentencias emitidas en contra del Estado ecuatoriano —por no tratarse de asuntos comerciales—, están sujetas a la verificación de no contravenir a la Constitución ni a las leyes ecuatorianas.” Adriana Jaramillo, “Límites de aplicación del *exequatur* en la ejecución de sentencia en el Ecuador” (tesis de grado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016), 93.

84 Artículo 18, numeral 2, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 46 del 27 de junio de 2005. “1. [...] Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

Que no contraríen las disposiciones de la Constitución y la ley y que estén arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes. A falta de tratados y convenios internacionales se cumplirán si consta en el exhorto respectivo o la ley nacional del país de origen reconoce su eficacia y validez.

Que la solicitud indique el lugar de citación de la persona natural o jurídica contra quien se quiere hacer valer la resolución expedida en el extranjero⁸⁵.

Como es evidente, en el texto original remitido por la Asamblea Nacional al presidente de la república, se incluía como requisito general para el reconocimiento de toda sentencia extranjera, laudo u acta de mediación que el solicitante acreditase que dicho instrumento no contraríe la Constitución y la ley ecuatoriana. Ello se encuentra claramente inspirado en el artículo 414 del CPC, acogiendo así el sistema de ejecución previo examen de forma y fondo.

Sin embargo, dicho texto fue objetado por el presidente de la república, por considerar que contenía requisitos excesivamente gravosos y contrarios a los principios que deben regir esta materia, en especial la Convención de Nueva York. A criterio del presidente, el texto como inicialmente fue concebido imponía “más requisitos” y, por lo mismo, “contradice a la convención supradicha”⁸⁶. El veto presidencial indicaba que:

El reconocimiento de los laudos [y, por ende, de las sentencias extranjeras] **se lo hace de manera simplificada invirtiéndose la carga de la prueba sobre la validez de la decisión**, de manera que **es el vencido quien puede acusar vicios formales**. También establece que la oposición del ejecutado sólo podrá versar sobre asuntos formales, como no haberse notificado debidamente el laudo (énfasis añadido)⁸⁷.

El reconocimiento o la ejecución **no impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas**, ni honorarios o costas más elevados, que las aplicables al reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales [y, por ende, también las sentencias judiciales] nacionales (énfasis añadido)⁸⁸.

Como consecuencia directa del veto, la arquitectura del artículo 104 sufrió una transformación sustancial. La norma pasó de contener una lista única de

85 Oficio n.º PAN-GR-2015-0476, Asamblea Nacional del Ecuador [remitido al Presidente de la República con el contenido del texto discutido y aprobado del Proyecto de Código Orgánico General de Procesos], 30 de marzo de 2015.

86 Id.

87 Oficio n.º T.6344-SGJ, Presidencia de la República [objeción parcial presidencial al proyecto de Código Orgánico General de Procesos], 29 de abril de 2015.

88 Id.

seis numerales aplicables a todos los casos a una estructura diferenciada: cinco requisitos numerados de regularidad y un régimen de excepción separado. Los requisitos de “no contrariar la constitución y la ley” y de “estar regladas a convenios” fueron segregados de la lista general y reubicados bajo la forma de un párrafo final, independiente e innumerado, a diferencia del resto de requisitos generales. Este desplazamiento estructural demuestra que dicho control dejó de ser un requisito general para convertirse en una condición exigible exclusivamente en el supuesto específico previsto en ese párrafo: las sentencias contra el Estado.

Es de importancia también analizar la redacción del último párrafo del artículo 104: “[p]ara efectos del reconocimiento de las sentencias en contra del Estado, por no tratarse de asuntos comerciales, deberá además demostrarse [...]”⁸⁹. El legislador no solo distinguió entre las sentencias en contra de particulares y aquellas en contra del Estado, sino que también distingue aquellas que, siendo en contra del Estado, son relativas a asuntos comerciales y aquellas que no lo son. En este caso, los requisitos del último párrafo del artículo 104 serían solamente aplicables a las sentencias o actas de mediación en contra del Estado relativas a asuntos no comerciales, mientras que aquellas relacionadas con asuntos comerciales seguirían la regla general del sistema de regularidad.

5.2. ¿SON REQUISITOS PARA LA HOMOLOGACIÓN DE UNA SENTENCIA LA EXISTENCIA DE UN TRATADO APLICABLE O LA PRESENTACIÓN DE UN EXHORTO?

Esta interrogante aborda dos dimensiones distintas: la fuente normativa que habilita el reconocimiento y los requisitos aplicables —tratado internacional— y el vehículo procesal para activarlo, ya sea exhorto o solicitud directa.

Bajo el régimen del derogado CPC, la norma establecía que “[l]as sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravinieren al Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier ley nacional y **si estuvieren arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes**” (énfasis añadido)⁹⁰. Esto generaba la interpretación de que (i) las sentencias debían cumplir los requisitos del tratado y (ii), en ausencia de un convenio internacional, la comunicación judicial vía exhorto era un requisito *sine qua non* para la procedencia de la ejecución.

En la actualidad, el COGEP introduce un cambio paradigmático al permitir el reconocimiento unilateral de sentencias, desligando —para los casos entre particulares— la procedencia de la homologación de la existencia de un tratado o de un exhorto.

89 Artículo 104, COGEP.

90 Artículo 414, CPC.

5.2.1. ACCIÓN DIRECTA EN SENTENCIAS CONTRA PARTICULARES

Respecto a las sentencias dictadas contra particulares —o en materias comerciales contra el Estado—, el COGEP elimina la exigencia del exhorto como mecanismo de activación. El artículo 105 faculta expresamente a la persona requirente a presentar su solicitud directamente ante la Corte Provincial. Al habilitar la acción directa de parte, el legislador descarta implícitamente la necesidad de que la sentencia llegue precedida de un exhorto o carta rogatoria enviada por el juez de origen.

Asimismo, al establecer requisitos de regularidad taxativos en el artículo 104 que no incluyen la existencia de un tratado, se confirma que el sistema ecuatoriano admite la homologación basada en la reciprocidad o *comitas gentium*. Pretender lo contrario implicaría descontextualizar la norma: si bien la exigencia de un tratado o exhorto sigue estando presente en el texto legal, su segregación estructural en un párrafo final e innumerado —como se analizó *ut supra*— confirma la voluntad legislativa de excluirla del régimen general, reservando su exigibilidad únicamente para el supuesto excepcional de las sentencias contra el Estado.

5.2.2. LA SUBSISTENCIA DEL REQUISITO DE CONVENIO TRATADO APLICABLE O PRESENTACIÓN DE EXHORTO

La situación varía para las sentencias dictadas contra el Estado en materias no comerciales. En este supuesto específico, debido a la ubicación del último párrafo del artículo 104 del COGEP, se establece un requisito adicional a los requeridos en las sentencias entre particulares:

Para efectos del reconocimiento de las sentencias en contra del Estado, por no tratarse de asuntos comerciales, deberá además demostrarse [...] que estén arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes. A falta de tratados y convenios internacionales se cumplirán si constan en el exhorto respectivo o la ley nacional del país de origen reconoce su eficacia y validez⁹¹.

Para desentrañar la lógica operativa de este párrafo, es indispensable acudir a su génesis legislativa. El último inciso del artículo 104 no es una creación *ex novo*, sino una reproducción imperfecta del artículo 414 del derogado

91 Artículo 104, COGEP.

CPC⁹². Por tanto, su interpretación debe realizarse a la luz de este antecedente histórico.

Cuando el redactor del COGEP pone un punto final después de la frase “convenios internacionales vigentes” y comienza otra oración con “[a] falta de tratados y convenios internacionales”, crea dos escenarios, cuya aplicación dependerá de si existe o no un convenio aplicable a la sentencia que se pretende homologar.

En el primer supuesto, marcado por la existencia de un tratado vigente y aplicable, la exigencia legal de que las sentencias estén “arregladas a los tratados” constituye una remisión normativa implícita. Esto significa que, tal como ocurría bajo la vigencia del CPC, no basta con cumplir las normas internas y los requisitos de regularidad del artículo 104 del COGEP, sino que la sentencia debe satisfacer las condiciones específicas y los requisitos de procedencia estipulados en el instrumento internacional aplicable. El derogado artículo 414 del CPC no listaba requisitos para este escenario precisamente porque los mismos emanaban del propio tratado.

Es en el segundo supuesto —la ausencia de un tratado internacional— donde se manifiesta con mayor claridad una notable deficiencia en la técnica legislativa. La redacción actual del COGEP es prácticamente ininteligible si no se la confronta con su fuente original, el artículo 414 del CPC. Dicha norma establecía que, en ausencia de tratados, la ejecución procedía si “constare del exhorto respectivo: (i) que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada, conforme a las leyes del país en que hubiere sido expedida; y (ii) que la sentencia recayó sobre acción personal”. En otras palabras, el exhorto era el medio probatorio de ciertas condiciones específicas que, al parecer, debía declarar el juez que emitía el exhorto en el extranjero. En ese contexto, el verbo *constar* tenía un objeto claro: la certificación de los requisitos (i) y (ii).

Sin embargo, el artículo 104 del COGEP realizó una transcripción mutilada: conservó el verbo *constan*, pero suprimió los literales que le daban sentido. Esto provocó una inconsistencia gramatical: al eliminar los requisitos específicos, el sujeto del verbo *constan* pasa a ser tácitamente “las sentencias” —único plural disponible en la oración—. Esto genera una tautología jurídica: la norma parecería exigir “que la sentencia conste en el exhorto”, lo cual es una obviedad.

92 Artículo 414, CPC. “Las sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravinieren al Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier ley nacional y si estuvieren arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes. A falta de tratados y convenios internacionales, se cumplirán si, además de no contravenir al Derecho Público o a las leyes ecuatorianas, constare del exhorto respectivo: a) Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada, conforme a las leyes del país en que hubiere sido expedida; y, b) Que la sentencia recayó sobre acción personal”.

A este yerro se suma la inclusión de la frase disyuntiva “o la ley nacional del país de origen reconoce su eficacia y validez”, la cual, en el contexto de un sistema de control reforzado para el Estado, resulta carente de lógica procesal. No es plausible afirmar que el legislador pretendió sustituir la formalidad del exhorto o del tratado con una simple remisión a la ley extranjera, pues ello vaciaría de contenido el estándar de protección estatal.

Pese a estos defectos de técnica legislativa, la mención al “exhorto”, aunque desprovista de sus complementos lógicos originales, devela que este instrumento continúa siendo un requisito de procedibilidad de la homologación de sentencias en contra del Estado cuando no existe un convenio internacional aplicable.

A manera de conclusión, podemos afirmar que no es correcto que sea siempre necesario un tratado o un exhorto para homologar sentencias en contra del Estado. La lógica es subsidiaria: en caso de existir un instrumento internacional, la homologación se rige por los requisitos de este —sin necesidad de exhorto si el tratado lo permite—, pero ante la ausencia de un convenio internacional aplicable el juez debe exigir el exhorto respectivo como un requisito *sine qua non* y de procedibilidad de la homologación de la sentencia extranjera.

5.2.3. RELACIÓN ENTRE EL COGEP Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

De un análisis pormenorizado del artículo 104 del COGEP y del CPC, se desprende que no es un requisito para la homologación de una sentencia extranjera dictada en un proceso entre particulares la existencia de un tratado internacional en esta materia entre el Estado donde se dictó la sentencia y el Estado territorial donde pretende ejecutarse.

Sin perjuicio de todo lo mencionado anteriormente, varios jueces han llegado a sostener que, en virtud de la jerarquía normativa establecida en la Constitución, que en su artículo 425 establece que los tratados y convenios internacionales prevalecen sobre las leyes orgánicas⁹³ —como el COGEP— deberían prevalecer las normas procesales y los requisitos de regularidad previstos en dicho tratado antes que las previstas en el COGEP.

En nuestro ordenamiento jurídico se encuentran vigentes únicamente tratados en esta materia suscritos con otros Estados latinoamericanos, por ejemplo, el Tratado para establecer reglas uniformes en materia de Derecho Internacional Privado entre Ecuador, Argentina, Perú, Chile, Bolivia, Venezuela y Costa

93 Artículo 425, Constitución de la República del Ecuador R. O. 449, 20 de octubre de 2008. “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”.

Rica⁹⁴; el Tratado de Derecho Internacional Privado entre la República del Ecuador y la República de Colombia⁹⁵; el Pacto sobre Ejecución de Actos Extranjeros⁹⁶; el Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante⁹⁷; la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros⁹⁸; y la Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero⁹⁹.

El objetivo primordial de estos tratados es facilitar la homologación. Precisamente es por esta razón que han sido suscritos con naciones cercanas de Latinoamérica, tal como lo indica el considerando de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros: “Que la administración de justicia en los Estados americanos requiere su mutua cooperación para los efectos de asegurar la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales dictados en sus respectivas jurisdicciones territoriales”¹⁰⁰.

Esto nos lleva a concluir que dichos instrumentos no fueron diseñados para crear candados adicionales a la homologación, sino para garantizar un piso mínimo de cooperación. Por esta razón, sostener que estos tratados pueden ser invocados para entorpecer la homologación o imponer requisitos más gravosos que los que prevé el propio COGEP es ir en contra de su finalidad misma.

Un ejemplo paradigmático de las consecuencias absurdas de ignorar este principio se encuentra en el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. Si aplicáramos rígidamente la supremacía de los tratados para imponer requisitos procesales, deberíamos exigir el cumplimiento de las formalidades de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros a los laudos internacionales, a pesar de que la Corte Constitucional¹⁰¹ y la ley ya han establecido que no es necesario homologar un laudo extranjero para ejecutarlo en el país.

Bajo esta misma óptica, el artículo 425 del Código Sánchez de Bustamante indica que contra la resolución judicial de homologación se otorgarán todos

94 Tratado para establecer reglas uniformes en materia de Derecho Internacional Privado, Lima, 2 de noviembre de 1880.

95 Tratado sobre Derecho Internacional Privado entre la República de Colombia y el Ecuador, Bogotá, 18 de junio de 1903.

96 Pacto sobre Ejecución de Actos Extranjeros, Caracas, 18 de julio de 1911.

97 Código de Derecho Internacional Privado “Antonio Sánchez Bustamante”, La Habana, 20 de febrero de 1928.

98 Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Montevideo, 8 de mayo de 1979.

99 Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, Nueva York, 20 de junio de 1956.

100 Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, Montevideo, 8 de mayo de 1979.

101 Sentencia n.º 3232-19-EP/24, párr. 64. En esta sentencia la Corte indicó que en: “Ecuador ya no existe el proceso para homologación de laudos y su exigencia torna en imposible la ejecución de estos [...] es evidente que, si los laudos nacionales ecuatorianos no requieren ser homologados para su ejecución, para la ejecución de aquellos extranjeros tampoco podría ser imponible un requisito de tal grado, pues esto constituiría una condición ‘apreciablemente más rigurosa’ que los diferenciaría, so pena de incurrir en un incumplimiento de tal obligación internacional. Por tanto, también a la luz de la normativa internacional aplicable a la ejecución de laudos extranjeros en Ecuador, tampoco existe la obligación de una homologación previa”.

los recursos que las leyes de dicho Estado conceden a las sentencias definitivas dictadas en juicio declarativo de mayor cuantía¹⁰². Suponer que, por ejemplo, el Código Sánchez de Bustamante deba prevalecer sobre el COGEP llevaría a la ilógica conclusión de que se puede interponer inclusive casación contra la sentencia de la Corte Provincial negando la homologación de una sentencia dictada en Perú, mientras que la sentencia de la Corte Provincial negando la homologación de una sentencia dictada en Francia no tendría casación ni sería apelable, conforme la regla general prevista en el párrafo tercero del artículo 105 del COGEP¹⁰³.

Estos resultados inverosímiles demuestran por qué la interpretación meramente mecánica de la jerarquía normativa es incorrecta. La prevalencia de los tratados internacionales no puede utilizarse para frustrar el propio objetivo de estos. Cuando la ley nacional —en este caso el COGEP— ofrece un mecanismo más ágil y favorable para la eficacia de decisiones extranjeras que el propio tratado, se debe aplicar la ley nacional. Optar por la norma más favorable a la homologación no implica una violación a la jerarquía constitucional; por el contrario, materializa de forma más efectiva el espíritu de cooperación judicial internacional que esos mismos tratados buscan fomentar.

6. ANÁLISIS DE SENTENCIAS: EL ORDEN PÚBLICO INTERNO Y LA HOMOLOGACIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

6.1. HOMOLOGACIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA. PROCESO N.º 09141-2021-00011

En el proceso n.º 09141-2021-00011, la Sala de la Familia, Mujer, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas conoció la solicitud de homologación de una sentencia de adopción de un ecuatoriano.

Al ser esta una sentencia dictada en materia de niñez y adolescencia, la Sala debía estar a lo que dispone la ley de la materia y los instrumentos internacionales ratificados por Ecuador, de conformidad con artículo 103 del COGEP. Sin embargo, la Sala indicó que debía considerar la conformidad del fallo con el orden público, las leyes ecuatorianas y la Constitución basada erróneamente en el principio de regularidad que, como vimos, implica únicamente la revisión de requisitos formales:

¹⁰² Artículo 425, Código de Derecho Internacional Privado “Antonio Sánchez Bustamante”. “Contra la resolución judicial, en el caso a que el artículo anterior se refiere, se otorgarán todos los recursos que las leyes de ese Estado concedan respecto de las sentencias definitivas dictadas en juicio declarativo de mayor cuantía”.

¹⁰³ Artículo 105, COGEP. “De la sentencia de la sala de la Corte Provincial podrán interponerse únicamente los recursos horizontales”.

La Sala debe garantizar y precautelar, bajo el Principio de Regularidad Internacional de los fallos, que exista compatibilidad entre la sentencia y la legislación ecuatoriana, es decir, que no sea contraria a la Constitución y las leyes al tenor del Art. 417 de la Constitución, del Art. 2 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales de 1979, ratificado por el Ecuador, y del Art. 423 del Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante. Se verifica además que la sentencia venga revestida de formalidades, que estén debidamente legalizados y no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público y se adjunten la documentación necesaria para el caso¹⁰⁴.

A pesar de la errónea afirmación de la Sala respecto al principio de regularidad y el mandato del artículo 103 del COGEP, la Sala decidió homologar la sentencia de adopción de la persona ecuatoriana que, a la fecha de presentación de la demanda de adopción, tenía veintitrés años. Aun cuando el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (en adelante CONA) establece como limitación que la persona adoptada sea menor a dieciocho años y, de forma excepcional, a veintiún años, prohibiéndose expresamente la adopción de personas mayores de dicha edad.

6.2. HOMOLOGACIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA DENTRO DEL PROCESO N.º 17113-2023-00005

En el proceso n.º 17113-2023-00005, la Corte Provincial de Pichincha conoció la solicitud de homologación de una sentencia de las Islas Vírgenes Británicas relativa a la ejecución de un fideicomiso tras el fallecimiento de su constituyente.

Una vez citada, una de las demandadas —la viuda del constituyente— presentó su defensa alegando que, bajo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, todos los bienes adquiridos por el constituyente durante el matrimonio pertenecían a la sociedad conyugal en igual proporción y que, por ende, para haberlos aportado al fideicomiso debía contar con el consentimiento de la demandada, lo cual nunca habría ocurrido. Adicionalmente, la demandada interpuso una reconvencción solicitando que se declare la nulidad del fideicomiso por las razones antes mencionadas.

El 29 de septiembre de 2020, la Corte de las Islas Vírgenes dictó una primera sentencia aceptando las pretensiones de la demanda y declarando que la

104 Sentencia n.º 2021-00011, Corte Provincial de Justicia del Guayas, Sala de la Familia, Niñez y Adolescencia, 22 de abril de 2021.

viuda del constituyente “no es ni ha sido nunca beneficiaria del fideicomiso”¹⁰⁵. Posteriormente, el 16 de noviembre de 2020, la misma Corte dictó una segunda sentencia en la que se refirió exclusivamente a la reconvencción presentada por la viuda del constituyente. En la misma, la Corte rechazó la reconvencción y ordenó a cada uno de los demandados el pago de USD 450 000,00; siendo “dicha obligación conjunta y solidaria”¹⁰⁶.

En síntesis, el objeto de la solicitud se circunscribió a la homologación de la sentencia del 16 de noviembre de 2020, la cual resolvió la reconvencción y las costas procesales. Frente a ello, la contraparte fundamentó su oposición argumentando que la decisión vulneraba el orden público y que existía la obligación de presentar un exhorto.

En primer lugar, la Sala planteó el siguiente problema jurídico: “¿El Tribunal debe verificar que la sentencia extranjera no contraría el orden público ecuatoriano?”¹⁰⁷. Al respecto, el Tribunal consideró el último párrafo del artículo 104, admitiendo inicialmente la interpretación literal que se ha sostenido a lo largo de este artículo: que el COGEP determina que solo en casos de sentencias extranjeras en contra del Estado procede realizar dicha verificación. Sin embargo, apartándose injustificadamente de dicho mandato bajo el argumento de que la lectura textual sería insuficiente, indicó que:

Esta interpretación puramente literal de la disposición normativa, sin embargo, no parecería del todo correcta, ya que el legislador no señala, de manera expresa, que sólo las sentencias dictadas contra el Estado ameritan dicho control de parte del Tribunal, sino más bien aclara que en dicho escenario procede el control del Tribunal “por no tratarse de asuntos comerciales” (énfasis añadido)¹⁰⁸.

Esta conclusión reconoce el tenor literal de la norma para luego negarla, también ignora la estructura del artículo y que el último párrafo del artículo 104 tiene el adverbio de adición *además*, lo cual hace innecesaria la supuesta referencia expresa a la que se refirió el Tribunal.

Sin embargo, luego de haber reconocido la literalidad de la norma, concluyó que:

Es claro para el Tribunal que la distinción que realizó el legislador de cuando procede el control de si la decisión extranjera contraría o no el

105 Sentencia n.º BVIHCOM2019/0185, Corte Suprema del Caribe Oriental, en la Corte Superior de Justicia de las Islas Vírgenes Británicas, 29 de septiembre de 2020, citado en sentencia n.º 17113-2023-00005, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 5 de julio de 2024, párr. 22.

106 Id.

107 Sentencia n.º 17113-2023-00005, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 5 de julio de 2024, pág. 10.

108 Id.

orden público local es si el asunto sobre el que versa la sentencia extranjera es o no de índole comercial. En aquellos casos donde la sentencia extranjera que se pretende homologar versa sobre asuntos comerciales, a criterio del Tribunal y conforme lo previsto en el artículo 104 del COGEP no procedería determinar si la decisión contraría o no el orden público. Tomar una interpretación contraria a lo expuesto conllevaría a anular la distinción realizada por el legislador respecto de los asuntos comerciales¹⁰⁹.

Como se indicó anteriormente, la cláusula “por no tratarse de asuntos comerciales” tiene por objeto diferenciar los tipos de sentencias que existen en contra del Estado y no crear una clasificación general que diferencie únicamente sentencias en materia comercial y en materia no comercial. Interpretar lo contrario desnaturalizaría la *ratio legis* de la norma tras el veto presidencial, cuya finalidad fue establecer un régimen dual basado en la calidad de los sujetos —particulares vs. Estado— y no en la naturaleza objetiva —comercial vs. no comercial— de la controversia.

En su análisis, la Sala indicó que “la discusión sobre la cual versó el conflicto resuelto a través de la sentencia extranjera es uno de familia y sucesión”¹¹⁰. Sin embargo, esta categorización resulta insuficiente para activar la excepción prevista en el artículo 103 del COGEP, la cual se limita exclusivamente a la materia de niñez y adolescencia. Es imperativo distinguir que, mientras en el caso de adopción analizado *ut supra*, es decir, el proceso n.º. 09141-2021-00011, la revisión de fondo era legalmente aplicable por tratarse de niñez y adolescencia. En el caso presente de derecho sucesorio dicha facultad resulta inexistente debido a su naturaleza patrimonial.

Una vez que la Sala concluyó que sí podía revisar la conformidad de la sentencia con el ordenamiento jurídico ecuatoriano, indicó que esta contravenía tanto la normativa en materia de sucesión prevista en el Código Civil así como las normas relativas a la gratuidad de la justicia y la condena en costas, previstas en el Código Orgánico de la Función Judicial y el COGEP. Esto parece indicar que estos principios también eran extrapolables y debieron ser considerados en la sentencia extranjera que se pretendía homologar.

En definitiva, la Sala rechazó la solicitud de homologación “por contravenir el orden público ecuatoriano”, pese a que el COGEP no permite en su tenor literal la revisión de esta cuestión en la sentencia por haber sido dictada en contra de una persona natural.

109Id.

110Id.

6.3. HOMOLOGACIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA EN EL PROCESO N.º 17141-2016-00072

Otro fallo relevante en esta cuestión fue el del proceso de homologación n.º 17141-2016-00072. En dicho caso, la Corte Provincial de Justicia de Pichincha revisó la solicitud de reconocimiento y homologación de una sentencia de divorcio, supuestamente emitida por la Corte Superior de Justicia de Ontario, Canadá. En este caso, estamos ante una sentencia emitida en una controversia entre particulares, que no versa sobre niñez y adolescencia, sino sobre divorcio, un tema regulado por nuestro Código Civil y no por el CONA.

En su resolución, la Sala determinó, sin mayor claridad, que el documento que se pretendía homologar no era una sentencia, sino más bien “un certificado de divorcio”. La conclusión en principio parece acertada. En este caso, la Sala debió denegar la ejecución por no acreditarse que es una sentencia, lo que hace por defecto que se incumplan los requisitos 2 y 4 del artículo 104 del COGEP.

Sin perjuicio de lo simple que habría sido la resolución de dicho problema jurídico, la Sala fue más allá, afirmando que la sentencia a homologarse, por mandato constitucional y legal, debía estar motivada:

La decisión sobre la disolución del vínculo matrimonial [...] a través del divorcio, debe reflejarse en una exposición motivada de los fundamentos de hecho y derecho con los cuales se concluye en dicho fallo, es por ello que nuestra legislación en el Art. 76 Nral 7 l) de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con el Art. 89 del Código Orgánico General de Procesos, establece la obligatoriedad de motivar las sentencias, lo que en el presente caso no se puede determinar esta obligación [...] **sin que en el mismo pueda evidenciarse la motivación que exige nuestra legislación** (énfasis añadido)¹¹¹.

Asimismo, sin considerar la diferenciación que hace el COGEP entre las sentencias entre particulares y las dictadas en contra del Estado, afirmó que la motivación de la sentencia era necesaria para verificar si la misma transgrede la ley ecuatoriana:

Al respecto es importante establecer lo previsto en el Art. 104 inciso final del COGEP: “Para efectos del reconocimiento de las sentencias y laudos arbitrales en contra del Estado [...]”, consecuentemente al no

¹¹¹ Sentencia n.º 17141-2016-00072, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, 17 de noviembre de 2016, considerando segundo.

tener la certeza para analizar una sentencia que declara disuelto el vínculo matrimonial, este Tribunal no puede llegar a tener convicción si la misma transgrede o no la Constitución y la Ley ecuatoriana¹¹².

En definitiva, en este caso la Sala de la Corte Provincial ignoró el tenor literal de la norma, exigiendo que la sentencia esté motivada y, en segundo lugar, indicando que era necesario verificar si esta sentencia transgredía la Constitución y la ley ecuatoriana, aun cuando esta había sido dictada en contra de un particular.

6.4. HOMOLOGACIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL N.º 2813-19-EP/23 Y EL PROCESO N.º 17141-2019-00021

En 2019 se presentó una solicitud de reconocimiento y homologación de una sentencia extranjera dictada en Canadá, la cual declaró el divorcio entre el accionante y su exesposa con el fin de que surta efectos en Ecuador. En una primera sentencia, dictada el 6 de septiembre de 2019, la Sala aceptó la excepción de cosa juzgada planteada por el demandado, indicando que ya se había intentado previamente homologar la misma sentencia¹¹³. En consecuencia, la Sala negó la solicitud. El solicitante interpuso acción extraordinaria de protección en contra de dicha decisión.

En su sentencia, la Corte Constitucional resolvió ciertas interrogantes respecto al proceso de homologación. En primer lugar, dejó claro que “los jueces en estos casos tienen una competencia netamente declarativa”¹¹⁴. Asimismo dejó ver que en estos procesos sí se puede alegar la excepción previa de cosa juzgada y, podemos asumir, también el resto de las excepciones previas del artículo 153 del COGEP¹¹⁵.

La Corte además indicó la existencia de tres escenarios en los procesos de homologación de sentencias extranjeras:

- i) si la solicitud de homologación procede, la sentencia extranjera es reconocida en el país y se configurará cosa juzgada respecto de dicha sentencia, que previamente tuvo un debido proceso y un pronunciamiento de fondo en el país de origen; ii) la demanda no procede, porque la decisión a homologar se contrapone al ordenamiento jurídico ecuatoriano, en estos casos habría un pronunciamiento directo sobre

112 Id.

113 Sentencia n.º 17141-2019-00021, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores, 6 de septiembre de 2019, pág. 10.

114 Sentencia n.º 2813-19-EP/23, Corte Constitucional, 1 de noviembre de 2023, párr. 26.

115 Id., párr. 33.

la pretensión, pues se genera una imposibilidad de reconocerla; y iii) la demanda no procede por no cumplir con los requisitos exigidos en el COGEP¹¹⁶.

En la sentencia n.º 17113-2023-00005, analizada *ut supra*, el Tribunal dio un alcance extensivo al texto antes citado concluyendo injustificadamente que “la Corte Constitucional ha sido clara en determinar que, en efecto, en un proceso de homologación de sentencia extranjera corresponde determinar si la decisión que se pretende homologar es o no compatible al ordenamiento jurídico local”¹¹⁷.

Al respecto, es necesario considerar que la cita de la sentencia de la Corte Constitucional no fue parte de la *ratio decidendi* de la decisión, pues en ningún momento dicha magistratura realizó un análisis de la conformidad de la sentencia que se pretendía homologar con el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Además, se debe tener en consideración que, aunque la Corte Constitucional haya reconocido la existencia de dicho escenario —en el cual se niega la homologación de la sentencia por contravenir el orden público interno—, no significa que esta haya reconocido que es aplicable en todos los casos.

7. HOMOLOGACIÓN Y EJECUCIÓN DE ACTAS DE MEDIACIÓN EXPEDIDAS EN EL EXTRANJERO

El artículo 102 del COGEP establece la competencia de las Cortes Provinciales para “el reconocimiento y homologación de sentencias y actas de mediación con efecto de sentencia en su legislación de origen”¹¹⁸. Asimismo, el artículo 363, numeral 5, de la norma *ibidem* indica que el acta de mediación expedida en el extranjero es un título de ejecución, siempre y cuando esta haya sido homologada “conforme con las reglas de este código”¹¹⁹.

A diferencia de los laudos arbitrales, la referencia a “actas de mediación expedidas en el extranjero” no fue eliminada en las reformas de los artículos antes citados del COGEP, razón por la cual parecería claro que las actas de mediación extranjeras deben ser homologadas previo a su ejecución. Sin embargo, el artículo 17 del Reglamento de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante RLAM), publicado en 2021, basándose en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (en adelante Convención de Singapur), establece contradictoriamente que:

¹¹⁶Id., párr. 26.

¹¹⁷Sentencia n.º 17113-2023-00005, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, 5 de julio de 2024, párr. 1.4.

¹¹⁸Artículo 103, COGEP.

¹¹⁹Artículo 363, numeral 5, COGEP. “Títulos de ejecución.- Son títulos de ejecución los siguientes: 5. La sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código”.

Las actas de mediación internacional suscritas al amparo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación tendrán los mismos efectos y serán ejecutadas ante el mismo juez y de la misma forma que un acta de mediación suscrita al amparo de la Ley de Arbitraje y Mediación y este Reglamento¹²⁰.

Es claro que esta disposición resulta incompatible con el régimen actual previsto en el COGEP. En efecto, mientras este último exige la homologación como presupuesto para la ejecución, el Reglamento a la LAM equipara las actas de mediación extranjeras a las nacionales, las cuales no requieren la homologación previa, eliminando en la práctica este requisito.

Esta contradicción se agrava si se analiza el alcance de la Convención de Singapur, ratificada por Ecuador el 4 de mayo de 2020¹²¹. Este instrumento otorga a las actas de mediación fuerza ejecutiva directa sin necesidad de homologación previa¹²², siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos en su artículo 4. Sin embargo, la Convención no establece un sistema de ejecución irrestricta; y su artículo 5 prevé causales para denegarla, como la nulidad del acuerdo, incumplimientos graves del mediador o la contravención del orden público¹²³.

De manera contradictoria, el artículo 17.3 del Reglamento a la LAM establece que “[n]ingún juez aceptará acción alguna que tenga como objeto retrasar, entorpecer o impedir la ejecución de un acta de mediación internacional”¹²⁴. Esta prohibición resulta inconciliable con la Convención de Singapur, que precisamente reconoce la posibilidad de oponerse a la ejecución en los supuestos determinados en su artículo 5.

Además, desde una perspectiva práctica, esta falta de armonización plantea varios problemas. Si se asume que en virtud de la Convención y el Reglamento no es necesaria la homologación de las actas de mediación extranjeras, la parte interesada podría optar por acudir directamente a la ejecución. En tal caso, el juez debería verificar, como una “cuestión previa”, si el acuerdo invocado se encuentra dentro del ámbito de la Convención, en los términos del artículo

120 Artículo 17, Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación [Reglamento a la LAM], R. O. 524 de 26 de agosto de 2021.

121 Decreto Ejecutivo 1016, Presidencia de la República, R. O. 195 del 4 de mayo de 2020.

122 María Chéliz Inglés, “La Convención de Singapur y los acuerdos de mediación comercial internacional”, *REEI* n.º 41 (2021): 18, <https://reei.tirant.com/reei/article/view/2549>.

123 Artículo 5, Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, Singapur, 7 de agosto de 2019. “1. La autoridad competente de la Parte en la Convención en que se soliciten medidas de conformidad con el artículo 4 podrá negarse a otorgarlas a instancia de la parte contra la cual se solicitan, solo si esa parte suministra a la autoridad competente prueba de que [...]”. Art. 2, Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, Panamá, 30 de enero de 1975:

124 Artículo 17, numeral 3, Reglamento a la LAM.

1 y 2 de la misma¹²⁵, y, de no ser así, cabría rechazar la ejecución y exigir la homologación, aun cuando el COGEP no regule expresamente este supuesto. No obstante, la posibilidad de prescindir de la homologación no es una cuestión pacífica debido a la jerarquía normativa del COGEP.

Por otro lado, incluso si la Convención de Singapur resultase aplicable, subsiste otra interrogante: el momento y la vía a través de la cual el ejecutado puede alegar las causales de denegación previstas en su artículo 5. Esta cuestión no es evidente, considerando tanto la taxatividad de las excepciones en el proceso de ejecución en el COGEP¹²⁶ como la restricción del artículo 17, numeral 3, del Reglamento a la LAM.

En definitiva, las respuestas a estos problemas aún no son claras. El régimen vigente presenta varios vacíos y contradicciones que recuerdan a lo ocurrido con la homologación de laudos arbitrales extranjeros, cuestión que solo pudo ser zanjada tras una reforma legal y una decisión de la Corte Constitucional. Un análisis detallado de estas tensiones excede el objeto del presente trabajo.

8. CONCLUSIONES

Como se ha evidenciado, la vigencia del COGEP marcó un punto de inflexión en el régimen ecuatoriano de homologación de sentencias extranjeras. El nuevo cuerpo normativo abandonó el modelo de control amplio de legalidad consagrado en el derogado CPC, para instaurar el sistema de regularidad, cuya regla general se circunscribe a la constatación de los supuestos expresamente tasados.

Bajo este esquema, la homologación de sentencias dictadas entre particulares, así como de aquellas emitidas contra el Estado en materias comerciales, se rige únicamente por los cinco requisitos del artículo 104 del COGEP, sin posibilidad de revisión del fondo de la decisión extranjera. La verificación de que la sentencia extranjera no contravenga las leyes ecuatorianas, así la exigencia de tratado o exhorto, se reservan de forma excepcional para las sentencias dictadas contra el Estado en materias no comerciales, conforme a la diferenciación normativa introducida tras el veto presidencial a la norma.

Sin embargo, el examen de la práctica judicial evidencia que esta distinción no siempre es observada. En diversos casos, cortes provinciales han aplicado

¹²⁵De conformidad con el artículo 1 de la Convención de Singapur, su ámbito de aplicación se restringe exclusivamente a los acuerdos de transacción por escrito resultantes de la mediación que versen sobre controversias comerciales de carácter internacional. Se excluyen expresamente de este régimen los acuerdos derivados de transacciones de consumo (fines personales o domésticos), derecho de familia, sucesiones o laboral, así como aquellos que hayan sido aprobados por un órgano judicial o incorporados a un laudo arbitral.

¹²⁶Artículo 373, COGEP. "La o el deudor únicamente podrá oponerse al mandamiento de ejecución dentro del término de cinco días señalados en el artículo anterior, por las siguientes causas [...]".

controles de fondo bajo la categoría de orden público, han exigido estándares de motivación propios del derecho interno o han extendido el régimen excepcional previsto para el Estado a litigios entre particulares, apartándose del texto del COGEP.

Asimismo, se puede concluir que ni la existencia de un tratado internacional ni la presentación de un exhorto constituyen requisitos generales para la homologación de sentencias extranjeras entre particulares. El COGEP permite la acción directa de la parte interesada y configura un sistema unilateral de reconocimiento. La exigencia de tratado o exhorto subsiste únicamente en el régimen excepcional aplicable a sentencias dictadas contra el Estado en materias no comerciales.

En síntesis, el COGEP regula la homologación de sentencias extranjeras mediante un control de regularidad limitado y diferenciado según la naturaleza del litigio y de las partes involucradas, promoviendo la reciprocidad internacional y la ejecutoriedad de las sentencias extranjeras en el país.



ROBALINO

**Firma líder en soluciones
legales y consultoría
estratégica en Ecuador.**

Presencia nacional,
proyección internacional, con
un equipo de abogados y
consultores de excelencia.




Innovación, integridad y visión
empresarial: somos socios
estratégicos en el crecimiento
de nuestros clientes.




Quito • Guayaquil • Cuenca • Manta • Machala

S &
Co.

Santamaría Abogados

“Convertimos los conceptos en
soluciones eficaces.”

 www.syco-abogados.com
 +593 997984326
 Santamaría Abogados
Tributaristas

 Santamaría Abogados
 @santamaria.abogados
 @sycoabogados

Great
Place
To
Work®

Certified

NOV 2024-NOV 2025

ECUADOR



ZION

ADMINISTRADORA DE FONDOS Y FIDEICOMISOS S.A.



www.zion.com.ec

[in](#) [ig](#) [fb](#) @zionfondos

Crterios jurisprudenciales sobre la procedencia de la accin de incumplimiento en las medidas cautelares autnomas constitucionales en Ecuador

Jurisprudential Criteria on the Admissibility of the Action for Non-Compliance in Autonomous Constitutional Precautionary Measures in Ecuador

OSWALDO RAPHAEL ABALCO VIZCAINO*
JHONY MARCELO TOAQUIZA DÍAZ**

Recibido / Received: 18/01/2026
Aceptado / Accepted: 17/04/2026
DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v13i1.4179>

Citacin:

Abalco Vizcaino, Oswaldo y Jhony Toaquiza DÍaz. "Crterios jurisprudenciales sobre la procedencia de la accin de incumplimiento en las medidas cautelares autnomas constitucionales en Ecuador". USFQ Law Review, vol. 13, n.º. 1. (Junio de 2026): <https://doi.org/10.18272/ulr.v13i1.4179>.

* Lexrab Servicios Legales Integrales, abogado litigante, casilla postal 17-11-06362, Quito 170506, Pichincha, Ecuador. Abogado por la Universidad Regional Autnoma de los Andes, especialista en Garantías Jurisdiccionales y Reparación Integral por el Instituto de Altos Estudios Nacionales IAEN. Correo electrónico: oabalco@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0003-5447-3647>.

** Jurislaw Abogados, abogado litigante, 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, magíster en Derecho Procesal Penal, magíster en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad de Otavalo, estudiante de la maestría en Sociología Política en Flasco Ecuador. Correo electrónico: toaquiza586@gmail.com. ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0001-8401-6055>.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación examina la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante CCE) respecto de la procedencia de la acción de incumplimiento (en adelante IS) en la ejecución de medidas cautelares autónomas constitucionales (en adelante MC). Se evidencia la tensión entre el carácter preventivo de las MC y la necesidad de garantizar la eficacia de las decisiones constitucionales, dado que estas carecen de un mecanismo autónomo cuando un juez de instancia no puede lograr una ejecución plena por su carácter cautelar. Aunque la CCE ha sostenido la improcedencia de la IS frente a las MC por su naturaleza provisional y revocable, reconoce tres excepciones: la antinomia jurisdiccional, el gravamen irreparable y la desnaturalización. Dichas excepciones refuerzan el carácter subsidiario de la IS, reservándola para casos excepcionales en los que la ejecución autónoma de las MC resulta insuficiente. El análisis concluye que la restricción estricta de la IS puede debilitar la tutela judicial efectiva. Por ello, se propone flexibilizar los criterios jurisprudenciales y ampliar su alcance, con el fin de fortalecer la eficacia de las garantías constitucionales y consolidar la protección real de los derechos fundamentales en el sistema jurídico ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE

Acción de incumplimiento; medidas cautelares constitucionales; ejecución; jurisprudencia; subsidiariedad; excepciones de improcedencia

ABSTRACT

This research paper examines the jurisprudence of the Constitutional Court of Ecuador (hereinafter CCE) regarding the admissibility of the action for non-compliance (hereinafter IS) in the execution of autonomous constitutional precautionary measures (hereinafter MC). It highlights the tension between the preventive nature of MC and the need to guarantee the effectiveness of constitutional decisions, given that these lack an independent mechanism when a trial judge cannot attain full execution due to their precautionary nature. Although the CCE has maintained the inadmissibility of the IS in the face of MC due to their provisional and revocable nature, it recognizes three exceptions: jurisdictional conflict, irreparable harm, and distortion of the constitutional nature of the measure. These exceptions reinforce the subsidiary nature of the IS, reserving it for exceptional cases in which the autonomous execution of MC proves insufficient. The analysis concludes that a strict restriction on the IS can weaken effective judicial protection. Therefore, it is proposed to make the jurisprudential criteria more flexible and broaden their scope, in order to strengthen the effectiveness of constitutional guarantees and consolidate the real protection of fundamental rights in the Ecuadorian legal system.

KEY WORDS

Action for non-compliance; constitutional precautionary measures; enforcement; jurisprudence; subsidiarity; exceptions of inadmissibility

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), vigente desde 2008, reconoce y tutela siete categorías de derechos constitucionales, concebidos para garantizar el bienestar y la dignidad de todos los habitantes del país¹. En la práctica, varios de estos derechos enfrentan un riesgo de ser vulnerados, se encuentran actualmente en situación de vulneración o, en su defecto, han sido vulnerados. Ante este escenario, la propia norma suprema prevé un sistema de garantías jurisdiccionales orientadas a prevenir o reparar los derechos reconocidos en su texto, reafirmando el carácter vinculante y su centralidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Para el caso que exista una amenaza inminente de vulneración o se esté produciendo una violación efectiva de derechos constitucionales, el artículo 87 de la CRE, en concordancia con el artículo 6 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (en adelante LOGJCC), contempla la petición de MC, cuya finalidad es “prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho”². De estas disposiciones se desprende la existencia de dos tipos de medidas: por un lado, aquellas de naturaleza cautelar —orientadas a prevenir la consumación de una afectación— y, por otro, las de carácter tutelar —destinadas a detener una violación que ya se encuentra en curso y que exige una intervención urgente e inmediata—.

Así, la LOGJCC es la normativa encargada de regular el procedimiento para conceder o negar las MC. En el caso de concesión, el artículo 33 dispone que el juez, mediante un auto de resolución, debe especificar e individualizar “las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la medida cautelar y las circunstancias de tiempo, modo y lugar que deben cumplirse”³. Para ello, podrá emplear los medios que estén a su alcance, como llamadas telefónicas, envío de comunicaciones por fax o visitas inmediatas al lugar de los hechos, con el fin de asegurar la ejecución efectiva de la medida.

En esta línea, debido a su carácter temporal y revocable, las MC se dictan mediante providencias no definitivas —autos interlocutorios—, lo que las distingue de una sentencia. Esta naturaleza ha generado dificultades en la práctica, pues cuando el juez que conoce las MC no logra una ejecución efectiva para

1 Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R. O. Suplemento 568 del 30 de mayo de 2024.

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

3 Artículo 33, LOGJCC.

salvaguardar el derecho comprometido, no existe posibilidad de apelación ni se garantiza el acceso a mecanismos adicionales de revisión, como la acción extraordinaria de protección. Con el propósito de abordar esta problemática, se ha considerado a la acción de incumplimiento como un posible mecanismo para exigir la ejecución de las MC. Esta garantía fue introducida por la CCE dentro de la sentencia 001-10-PJO-CC del año 2010, mediante la cual se reconoció su competencia para “velar por el cumplimiento de todas las sentencias, resoluciones y dictámenes constitucionales, sin consideración al tipo de proceso constitucional del que provengan”⁴. No obstante, aunque la IS constituye una herramienta disponible, la propia CCE ha establecido que, en términos generales, no procede como vía para exigir el cumplimiento de providencias dictadas en procesos de medidas cautelares.

Para fundamentar esta improcedencia, en el año 2019, la CCE, mediante sentencia 61-12-IS/19, sostuvo que el auto resolutorio dictado en el marco de las MC no constituye sentencia ni dictamen constitucional y, por tanto, “no tiene por objeto la declaratoria de vulneración de un derecho, ni la declaratoria de inconstitucionalidad, ni ordena medidas de reparación integral”⁵. Se trata, más bien, de una medida provisional, revocable y carente de efectos de cosa juzgada, cuya ejecución corresponde exclusivamente a los jueces inferiores que conocen la causa. Sin embargo, en contraposición a esta regla general, la CCE estableció, en la sentencia 21-24-IS/25, dictada en el año 2025, tres excepciones en las que sí procede la acción de incumplimiento respecto de resoluciones dictadas en procesos de MC: (i) cuando existen dos o más resoluciones contradictorias que no pueden ser ejecutadas simultáneamente (antinomía jurisdiccional); (ii) cuando el incumplimiento de la medida genera un gravamen irreparable y (iii) cuando se trate de decisiones que desnaturalizan el objeto de la garantía⁶.

En este contexto, el presente trabajo se propone analizar los criterios jurisprudenciales establecidos por la CCE para determinar la procedencia de la IS en casos vinculados con la ejecución de medidas cautelares autónomas. Ello obedece a que las medidas cautelares conjuntas no pueden ser objeto de dicha acción, puesto que en tales supuestos el juez constitucional necesariamente debe sustituir la medida por mecanismos de reparación sobre el fondo del asunto o, en su defecto, desestimar la acción planteada —no existe problema—. Por consiguiente, a lo largo de este estudio, toda referencia a las medidas cautelares debe entenderse circunscrita a aquellas de carácter autónomo⁷.

4 Sentencia n.º 001-10-PJO-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de diciembre de 2010, párr. 51.

5 Sentencia n.º 61-12-IS/19, Corte Constitucional del Ecuador, 23 de octubre de 2019, párr. 26.

6 Sentencia n.º 21-24-IS/25, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de noviembre de 2025, párr. 26.

7 En tal sentido, entiéndase a la denominación *MC* como medida cautelar constitucional autónoma en todo el desarrollo del presente texto.

Del análisis preliminar se desprende que, si bien la acción de incumplimiento no constituye una vía ordinaria para ejecutar medidas cautelares, las excepciones identificadas por la jurisprudencia abren un campo de estudio relevante respecto de su aplicabilidad. Bajo esta perspectiva, resulta fundamental que la CCE garantice la ejecutabilidad de las medidas cautelares, en tanto constituyen una garantía jurisdiccional de gran relevancia práctica, orientada a prevenir, impedir o interrumpir la vulneración de derechos constitucionales. Incluso la LOGJCC establece expresamente que “el incumplimiento de las MC será sancionado de la misma manera que en los casos de incumplimiento de la sentencia en las garantías jurisdiccionales constitucionales”⁸. Esta previsión normativa refuerza la necesidad de contar con mecanismos eficaces —como la IS, no solo en los casos excepcionales señalados— para asegurar la efectividad de las MC y, con ello, la vigencia real de los derechos constitucionales.

2. DESARROLLO

La nueva configuración del Estado de derechos y justicia instituida por la CRE de 2008 significó un cambio radical respecto de las concepciones anteriores. Pasó de una visión predominantemente legalista, centrada en la norma como mandato, hacia una visión garantista, orientada a la protección y efectividad de los derechos fundamentales. Esta transformación estructural redefinió la relación entre el Estado y la sociedad, colocando a los derechos en el centro de la organización constitucional.

La propia CRE organiza los derechos en siete grandes categorías: (i) derechos del buen vivir, (ii) derechos de las personas y grupos de atención prioritaria, (iii) derechos de libertad, (iv) derechos de participación, (v) derechos de protección, (vi) derechos de la naturaleza y derechos de las comunidades y (vii) pueblos y nacionalidades. Cada una de estas categorías contiene un amplio conjunto de disposiciones destinadas a salvaguardar la esencia del Estado garantista y a asegurar que la dignidad humana, la diversidad cultural y el equilibrio ambiental sean principios rectores de la vida social.

Entre estas categorías, los derechos de protección ocupan un lugar central, pues garantizan que los demás derechos puedan ejercerse de manera efectiva. El debido proceso, la tutela judicial efectiva y la presunción de inocencia son ejemplos de esta categoría, que actúa como un pilar para la vigencia real de los derechos. Sin embargo, cuando estos derechos no logran cumplir su finalidad, la CRE prevé un sistema de garantías constitucionales que refuerza la protección y asegura su cumplimiento.

8 Artículo 30, LOGJCC.

Las garantías constitucionales se dividen en tres tipos: normativas, que aseguran la coherencia del ordenamiento jurídico con la CRE; políticas públicas, que orientan la acción estatal hacia la realización de los derechos; y jurisdiccionales, que permiten la defensa directa frente a vulneraciones concretas. Dentro de las últimas se encuentran mecanismos como la acción de protección, el *habeas corpus*, el *habeas data*, la acción de acceso a la información pública, la acción de y por incumplimiento y la acción extraordinaria de protección. Además, el artículo 87 de la CRE menciona a las MC como instrumentos destinados a evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho, ya sea de manera autónoma o conjunta⁹, lo que las convierte en una garantía jurisdiccional.

En virtud de lo anterior, la CRE pone a disposición siete garantías jurisdiccionales, las MC forman parte de este grupo. Empero, su “estudio ha pasado en gran medida desapercibido e incluso relegado a un segundo plano en comparación con otras garantías”¹⁰. Frente a este escenario, en los siguientes acápites se realiza un estudio de las MC en la fase de ejecución, relacionándolas con la IS —garantía de ejecución de sentencias de las garantías jurisdiccionales creada por la jurisprudencia de la CCE—, especialmente en los casos de inejecución o defectuosa ejecución de una resolución favorable dictada en el marco de una medida cautelar.

2.1. MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA CONSTITUCIONAL

2.1.1. NATURALEZA JURÍDICA

Previo al análisis de las MC, conviene señalar que el término *cautelar* proviene del latín *cautela*, que significa ‘prevenir’ o ‘precaer’. A lo largo del tiempo, se ha consolidado un criterio relativamente uniforme respecto de su definición. Según Santiago Guarderas, las MC se conciben como aquellas cuyo fin es “evitar peligros que, por múltiples factores, podrían convertir en inejecutable la decisión judicial durante el lapso inevitable entre la presentación de la demanda y el fallo final”¹¹. En la misma línea, la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, en su artículo 1, establece que las medidas cautelares, de seguridad o de garantía se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los

9 Artículo 87, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

10 Juan Cardenas, “Las medidas cautelares constitucionales”, *Lexis Blog*, 29 de noviembre de 2022, <https://www.lexis.com.ec/blog/constitucional/las-medidas-cautelares-constitucionales-LOGJCC>.

11 Santiago Guarderas, *Medidas cautelares en procesos constitucionales* (Quito: Editora Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2014), 9.

bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica¹².

Esta concepción general adquiere matices propios en el ámbito constitucional. La naturaleza jurídica de las MC se distingue por elementos que las separan de las sentencias y de otras decisiones jurisdiccionales. El artículo 87 de la CRE establece expresamente que “se podrán ordenar medidas cautelares conjunta o independientemente de las acciones constitucionales de protección de derechos, con el objeto de evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho”¹³. De manera concordante, el artículo 6 de LOGJCC prevé que las MC “tienen como finalidad prevenir, impedir o interrumpir la violación de un derecho”¹⁴, mientras que su artículo 26 dispone que estas procuran “evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la CRE y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos”¹⁵.

De las normas citadas, se desprende que existen dos tipos de medidas cautelares: (i) autónomas y (ii) conjuntas. De modo que la jurisprudencia ha precisado que una MC puede presentarse en dos momentos:

(1) cerca de producirse una violación (amenaza); (2) se está produciendo la violación. El primer momento se da antes de la violación, y el segundo momento durante la violación de derechos. La violación a los derechos no se ha consumado en el primer momento y solo cabría interponer medidas cautelares [autónomas]. Si se está produciendo la violación de derechos, se causa un daño, entonces procede la garantía jurisdiccional de conocimiento que corresponda —por ejemplo, la acción de protección— de forma conjunta con la medida cautelar o de manera autónoma [es decir sólo la acción]¹⁶.

Así, las MC cumplen con una doble naturaleza: tutelar y cautelar. Son tutelares porque buscan prevenir o evitar la vulneración de un derecho, actuando frente a una amenaza en el primer momento (autónomas). Son cautelares porque se accionan para interrumpir o cesar la vulneración ya producida, operando en el segundo momento (conjuntas)¹⁷.

Frente a este escenario, tanto la LOGJCC como la jurisprudencia de la CCE han coincidido en señalar que las MC poseen características generales como la instrumentalidad, la temporalidad y la revocabilidad:

12 Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, Montevideo, 8 de mayo de 1979.

13 Artículo 87, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

14 Artículo 6, LOGJCC.

15 Artículo 26, LOGJCC.

16 Sentencia n.º 66-15-JC/19, Corte Constitucional del Ecuador, 10 de septiembre de 2019, párr. 19.

17 Por este motivo, si se presenta una MC autónoma y el juez advierte que se trata de una vulneración de derechos o estima que la amenaza proviene de una vulneración de derechos, deberá transformar la causa a un proceso de garantía jurisdiccional de conocimiento con medida cautelar conjunta.

- Instrumentalidad: en términos generales, las MC suelen ser accesorias a un proceso principal de conocimiento, asegurando la eficacia de la decisión de fondo. Sin embargo, en el ámbito constitucional esta característica adquiere un matiz distinto, pues no buscan garantizar la ejecución de un juicio principal, sino impedir la violación de un derecho. En tal sentido, si la medida logra su finalidad, un eventual proceso de conocimiento podría resultar innecesario¹⁸.
- Temporalidad: las MC son provisionales, en el sentido de que su vigencia se limita al tiempo durante el cual subsiste la amenaza o vulneración de derechos. No pueden dictarse de manera indefinida, y una vez cumplida su finalidad deben ser revocadas¹⁹.
- Revocabilidad: lo resuelto mediante una MC no genera cosa juzgada material, ya que se dicta mediante auto y no mediante sentencia. De lo contrario, se estaría prejuzgando el fondo del asunto y contradiciendo la naturaleza propia de estas medidas. La LOGJCC, en este sentido, establece diversas implicaciones de su carácter revocable²⁰.

Con esta categoría expuesta, las MC se constituyen en un mecanismo constitucional de protección urgente, cuya función esencial es garantizar la eficacia inmediata de los derechos fundamentales frente a amenazas o vulneraciones, sin prejuzgar sobre el fondo del litigio. Para ello, la ley y la jurisprudencia constitucional han fijado un procedimiento que debe observarse para determinar la procedencia o improcedencia de estas.

2.1.2. PROCEDIMIENTO

Como toda garantía jurisdiccional, las MC se identifican por su flexibilidad procesal. Su inicio puede darse mediante la presentación de una solicitud autónoma por cualquier persona, o bien dentro de una demanda cuando se plantean de manera conjunta. De conformidad con el artículo 31 de la LOGJCC, el juez constitucional que avoca conocimiento debe otorgar prioridad a esta garantía frente a otras, en atención a la necesidad de proteger de forma inmediata el derecho que se encuentra amenazado o vulnerado.

Una vez recibida la causa, el juez, dentro de las veinticuatro horas siguientes, debe calificar la solicitud. En esa primera providencia, mediante resolución, aceptará o negará la medida cautelar verificando la concurrencia de los siguientes requisitos:

¹⁸ Artículo 28, LOGJCC.

¹⁹ Sentencia n.º 026-13-SCN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 30 de abril de 2013, p. 13.

²⁰ Artículo 35, LOGJCC.

1. Las medidas cautelares procederán cuando la jueza o juez tenga conocimiento de un hecho por parte de cualquier persona que amenace de modo inminente y grave con violar un derecho o viole un derecho.
2. Se considerará grave cuando pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación.
3. No procederán cuando existan medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias, cuando se trate de ejecución de órdenes judiciales o cuando se interpongan en la acción extraordinaria de protección de derechos²¹.

Del análisis de esta norma, la CCE ha precisado que, para verificar la procedencia o improcedencia de las MC, el juez debe confirmar la existencia de tres requisitos fundamentales: “(i) verosimilitud fundada de la pretensión o *fumus bonis iuris*; (ii) gravedad; y (iii) inminencia”²²:

- Verosimilitud: este requisito en primer lugar exige al juez verificar, conforme al artículo 26 de la LOGJCC, que el derecho esté reconocido en la Constitución o en instrumentos internacionales de derechos humanos. En segundo, demanda que la solicitud tenga el *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho). Según el artículo 33 de la LOGJCC, la solicitud debe contener una presunción razonable de veracidad, de modo que con la sola verificación de los hechos el juez pueda formarse un criterio. No se exige prueba plena, sino una fundamentación probable o plausible.
- Gravedad: la afectación a un derecho se considera grave cuando “pueda ocasionar daños irreversibles o por la intensidad o frecuencia de la violación”²³. La CCE ha definido el daño irreversible como aquel que no permite regresar al estado anterior; intenso, cuando es profundo o difícil de cuantificar; y frecuente, cuando se repite habitualmente o evidencia un patrón de violación²⁴.
- Inminencia: alude a la cercanía temporal de la vulneración. El hecho puede estar próximo a ocurrir —amenaza—, encontrarse en curso o incluso haberse consumado —violación—. Este requisito refleja la urgencia de una respuesta inmediata, pues la demora incrementaría el riesgo de afectación, configurando el denominado *peligro en la demora*²⁵.

Si concurren estos requisitos, el juez aceptará la solicitud y ordenará las

21 Artículo 27. LOGJCC.

22 Sentencia n.º 118-22-JC/23, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de noviembre de 2023, párr. 36.

23 Artículo 27. LOGJCC.

24 Sentencia n.º 66-15-JC/19, párr. 29. Es necesario precisar que la primera categoría —irreversible— opera con las MC autónomas porque se trata de una eventual amenaza, la segunda y tercera categoría —intensidad o frecuencia— operan con las MC conjuntas porque ya ha ocurrido o está ocurriendo la vulneración.

25 Sentencia n.º 16-16-JC/20, Corte Constitucional del Ecuador, 30 de septiembre de 2020, párr. 43.

medidas correspondientes conforme al artículo 33 de la LOGJCC. En caso contrario, deberá negar la petición observando las causales de improcedencia previstas en el artículo 27 de la misma ley: (i) existencia de medidas cautelares en la vía administrativa o judicial; (ii) ejecución de órdenes judiciales; (iii) interposición conjunta con la acción extraordinaria de protección; o (iv) presentación contra otra medida cautelar, lo cual está expresamente prohibido²⁶.

Una vez concluido el trámite de las MC, los recursos disponibles son restringidos. La resolución que las admite o las niega no admite apelación. No obstante, si aparecen nuevas circunstancias, las personas pueden presentar una nueva solicitud. Sin embargo, la apelación únicamente procede en un supuesto específico: cuando la medida ha sido concedida y ha cumplido su finalidad, el legitimado pasivo solicita la revocatoria y el juez la niega. En cambio, si el juez acepta la revocatoria, no cabe recurso adicional. Esta limitación en los recursos responde a la naturaleza temporal y provisional de las medidas, pues la finalidad es brindar una protección inmediata y urgente. De este modo, se evita que se conviertan en pronunciamientos definitivos o inamovibles, preservando el carácter instrumental y flexible dentro del sistema de garantías constitucionales.

2.2 ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

2.2.1. NATURALEZA JURÍDICA

Uno de los derechos reconocidos por la CRE es la tutela judicial efectiva, en virtud de la cual “todas las personas tienen acceso gratuito a la justicia y a la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses con sujeción a los principios constitucionales”²⁷. La CCE transitoria ha señalado que el contenido de este derecho es amplio y se articula en tres parámetros fundamentales: (i) el acceso a la justicia, (ii) el desarrollo del proceso en un tiempo razonable y ante un juez imparcial y (iii) la ejecución de la sentencia²⁸. Estos parámetros implican, en conjunto, la posibilidad de acudir a las judicaturas, el respeto al debido proceso y la eficacia de las decisiones judiciales.

En los procesos de garantías jurisdiccionales se observaba que los casos cumplían con los dos primeros parámetros —acceso y desarrollo del proceso—. Sin embargo, el problema surgía en el tercero, cuando la sentencia no se

²⁶ Artículo 37, LOGJCC.

²⁷ Silvia Zambrano, “El acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva en relación con la seguridad ciudadana en Ecuador”, *Tla-Melaua: Revista de Ciencias Sociales* 9, n.º 39 (marzo de 2016): 369, <https://www.scielo.org.mx/pdf/tla/v9n39/1870-6916-tla-9-39-00058.pdf>.

²⁸ Sentencia n.º 022-10-SCN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 19 de agosto de 2010, 7.

ejecutaba o carecía de eficacia. Este último parámetro resulta crucial, pues: se refiere a la determinación de la existencia de ejecución de la sentencia, toda vez que las decisiones jurisdiccionales deben cumplirse, porque solo así pueden las personas estar realmente protegidas por el correcto inicio, desenvolvimiento y final de los procesos judiciales establecidos en la normativa²⁹.

En virtud de lo detallado, una sentencia dictada en el marco de las garantías jurisdiccionales debe cumplirse de manera integral. Ello significa que el juez que declara la vulneración de un derecho y ordena su reparación, ya sea mediante sentencia o acuerdo reparatorio, tiene la obligación de “emplear todos los medios que sean adecuados y pertinentes para que se ejecute, incluso podrá disponer la intervención de la Policía Nacional”³⁰. El ordenamiento jurídico, en efecto, otorga amplias prerrogativas al juez de instancia para garantizar la ejecución plena de la decisión. Solo cuando este cumplimiento se haya verificado, conforme al artículo 21 de la LOGJCC, podrá procederse al archivo de la causa.

En la misma línea, la Constitución faculta al juez constitucional para ordenar la destitución de servidores públicos que incumplan la sentencia o resolución³¹ —prerrogativa eliminada mediante jurisprudencia—; y respecto de particulares, imponer las responsabilidades que la ley determine³². Es decir, el constituyente buscó asegurar que las decisiones en materia de garantías jurisdiccionales sean ejecutadas de manera eficaz. Surge entonces una interrogante de gran relevancia: ¿qué ocurre si, pese a todas estas facultades, el juez de instancia no logra garantizar la ejecución integral de la decisión?

La respuesta se encuentra en el artículo 436, numeral 9, de la CRE, que establece un mecanismo excepcional para “conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales”³³. Este precepto se complementa con lo dispuesto en el artículo 162 y siguientes de la LOGJCC, de donde se desprende que el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales fue concebido como un procedimiento específico para garantizar su ejecución, con competencia atribuida a la CCE.

A pesar de estas disposiciones, la tutela judicial efectiva no lograba satisfacer plenamente sus tres parámetros, pues en numerosos casos los jueces de instancia se veían impedidos de ejecutar las sentencias o de materializar las soluciones en materia constitucional. Ante esta limitación, y con el propósito de ofrecer una respuesta integral al problema identificado en el año 2010, la

29 Sentencia n.º 121-16-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 19 de agosto de 2010, 13.

30 Artículo 21, LOGJCC.

31 Facultad que actualmente le corresponde solo a la Corte por el desarrollo jurisprudencial emitido para el efecto.

32 Artículo 86.4, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

33 Artículo 436.9, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

CCE, mediante la sentencia 001-10-PJO-CC, elevó el procedimiento de incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales al rango de garantía jurisdiccional, estableciendo la siguiente regla de precedente vinculante:

Como consecuencia del problema jurídico reflejado en el caso, la Corte Constitucional establece, a través de una regla jurisprudencial, que los mecanismos constitucionales de cumplimiento de sentencias, dictámenes y resoluciones constitucionales se constituyen en garantías jurisdiccionales. Ante la existencia de sentencias constitucionales contradictorias y a falta de precedente constitucional en la materia que impidan la ejecución de estas, la Corte Constitucional, de conformidad con el artículo 436, numeral 9 de la Constitución, se constituye en el órgano competente para conocer sobre dicho incumplimiento y, en caso de ser necesario, dirimir el conflicto suscitado³⁴.

Con esta regla jurisprudencial se creó a la acción de incumplimiento, bajo el propósito de asegurar que la tutela judicial efectiva cumpla con sus tres parámetros esenciales —acceso, debido proceso y ejecución—. Desde esta óptica, la IS se incorpora al catálogo de garantías jurisdiccionales, aunque con un carácter exclusivo, ya que su finalidad es garantizar el cumplimiento de las decisiones emanadas de la jurisdicción constitucional. Por tanto, esta garantía posee una doble dimensión de exigencia de cumplimiento: por un lado, respecto de las decisiones emitidas por jueces ordinarios que ejercen jurisdicción constitucional en primera instancia; y, por otro, en relación con las decisiones de la propia CCE.

En correspondencia con lo señalado, el presente trabajo aborda a la IS desde la perspectiva de las decisiones emitidas por jueces ordinarios en el ejercicio de la jurisdicción constitucional. En consecuencia, para poder activar esta garantía resulta indispensable —como requisito *sine qua non*— que previamente se haya tramitado un proceso constitucional ante dichos jueces. Esta circunstancia revela que la IS posee una naturaleza complementaria y accesorio, pues solo entra en juego en caso de incumplimiento. Así, tiene la función de ejecutar la garantía jurisdiccional previamente reconocida, asegurando que las decisiones constitucionales no se queden en el plano formal, sino que produzcan efectos reales y efectivos en la protección de los derechos fundamentales.

2.2.2. PROCEDIMIENTO

Ahora bien, la IS surge como un mecanismo excepcional dentro del sistema constitucional ecuatoriano, cuya finalidad es garantizar que las sentencias y resoluciones emitidas en materia constitucional no queden en letra muerta,

³⁴ Sentencia n.º 001-10-PJO-CC, párr. 101.

sino que se ejecuten de manera efectiva. En tal efecto, la CRE y la LOGJCC confieren a la CCE la competencia exclusiva para conocer y sancionar los procesos que llegan a su conocimiento mediante esta garantía, asegurando así la vigencia real de los derechos fundamentales.

De manera general, el procedimiento puede iniciarse de oficio o a través de la acción presentada por la persona afectada, persona beneficiaria o por cualquier sujeto con interés legítimo³⁵ —legitimado activo— ante el juez ejecutor. Este juez debe remitir el expediente a la CCE acompañado de un informe que detalle las razones del incumplimiento. En caso de que dicha remisión no se produzca, la acción puede ser presentada directamente ante la CCE. La demanda debe contener la identificación del accionante, la copia de la sentencia, resolución o dictamen incumplido y una exposición clara de los hechos que evidencien el incumplimiento y los demás requisitos legales exigidos³⁶.

La jurisprudencia de la CCE ha precisado que, para activar una acción de incumplimiento, deben concurrir ciertos requisitos:

- Impulso: la persona afectada debe promover la ejecución de la sentencia, solicitando su cumplimiento ante la autoridad judicial encargada de ejecutarla.
- Requerimiento: debe pedir expresamente a dicha autoridad que remita el expediente y un informe a la CCE.
- Plazo razonable: este requerimiento solo puede hacerse una vez transcurrido un tiempo razonable que permita al juez ejecutor cumplir con la decisión.
- Negativa expresa o tácita del juez ejecutor: la acción procede si el juez (i) niega el requerimiento o (ii) incumple el plazo de cinco días previsto en el artículo 164 de la LOGJCC para enviar el expediente y el informe a la CCE³⁷.

En síntesis, el artículo 164 de la LOGJCC y el artículo 97 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional establecen el procedimiento de la siguiente manera:

- (i) Remisión inicial del expediente: Cuando se verifica el incumplimiento de una sentencia dictada por jueces de instancia o cortes de apelación, el juez competente debe remitir el expediente a la Corte Constitucional, junto con un informe argumentado que explique las razones del incumplimiento, ya sea por parte de la autoridad obligada o

35 Artículo 164.1, LOGJCC.

36 Artículo 10, LOGJCC.

37 Sentencia n.º 98-21-IS/24, Corte Constitucional del Ecuador, 13 de junio de 2024, párr. 46.

por circunstancias procesales. El plazo para cumplir con esta obligación es de cinco días desde la solicitud del interesado.

(ii) Acción directa ante la Corte: Si el juez se rehúsa a remitir el expediente o lo hace fuera del tiempo previsto, la persona afectada puede acudir directamente a la Corte Constitucional. En este caso, dentro de los diez días posteriores al vencimiento del plazo inicial, el afectado solicita que la Corte ordene la remisión del expediente y declare el incumplimiento, abriendo así la posibilidad de que el ciudadano demande directamente ante la máxima instancia constitucional.

(iii) Designación de juez ponente: Una vez recibida la demanda o el informe del juez de instancia, el Pleno de la Corte Constitucional designa, mediante sorteo, a un juez ponente. Este magistrado es el encargado de sustanciar la acción, lo que implica reunir toda la información pertinente, convocar audiencias si lo considera necesario y ordenar diligencias que permitan formar un criterio sólido sobre el caso.

(iv) Resolución final: Concluida la etapa de sustanciación, el juez ponente presenta un proyecto de sentencia al Pleno de la Corte Constitucional. Este órgano colegiado es el que, en última instancia, resuelve la acción de incumplimiento, garantizando que las decisiones constitucionales se ejecuten y que la tutela judicial efectiva se materialice en la práctica³⁸.

Cabe señalar que, conforme a las normas transcritas, la IS, una vez que llega a conocimiento de la CCE —sea mediante el informe remitido por un juez o a través de una demanda presentada por la parte interesada— no atraviesa una fase de admisibilidad como ocurre con otras acciones constitucionales. En este caso, el proceso pasa directamente al pleno de la CCE, el cual designa por sorteo a un juez ponente encargado de sustanciar la acción. Dicho magistrado dispone de amplias facultades para ordenar las diligencias necesarias, recabar información y, en general, formar un criterio sólido respecto del incumplimiento alegado. Con base en ello, el juez ponente elabora un proyecto de sentencia que posteriormente es sometido a consideración del pleno para su resolución definitiva.

La resolución emitida por el pleno tiene efectos inapelables. En ella, la CCE puede motivadamente negar la acción —lo que implica el archivo del proceso— o aceptarla, atendiendo al grado de ejecución de la sentencia, dictamen, resolución o acuerdo reparatorio demandado. En este último caso, el pleno puede declarar un incumplimiento parcial o total de la decisión cuestionada. Tanto en uno como en otro supuesto, dispondrá la ejecución integral de la garantía jurisdiccional o, en su defecto, podrá ordenar nuevas medidas de

³⁸ Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte constitucional, Resolución de la Corte Constitucional 0, Registro Oficial 613 del 22 de octubre de 2015.

reparación. Además, en caso de persistir el incumplimiento, la CCE se encuentra facultada para imponer sanciones a las personas responsables, de conformidad con lo establecido en el artículo 86.4 de la CRE y en el artículo 22.1 de la LOGJCC³⁹.

La CCE, en la sentencia de una IS, solo puede disponer el archivo del proceso cuando se ha verificado la ejecución integral de la decisión, asegurando que la tutela judicial efectiva cumpla con sus tres parámetros esenciales. En consecuencia, la acción se erige como una garantía jurisdiccional que refuerza la supremacía de la CRE y la eficacia de las decisiones judiciales en materia constitucional. Sin este mecanismo, el sistema de protección de derechos quedaría incompleto, pues las sentencias podrían carecer de fuerza práctica. Con él, en cambio, se consolida la idea de que la justicia constitucional no solo declara derechos, sino que los hace efectivos en la vida real.

2.3. LA RELACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES AUTÓNOMAS CON LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

Como se señaló anteriormente, las MC constituyen una garantía jurisdiccional en tanto permiten prevenir o cesar la vulneración de un derecho constitucional, resolviéndose mediante una resolución. En contraste, la IS tiene como finalidad asegurar la ejecución de sentencias, dictámenes, resoluciones o acuerdos reparatorios en los casos de inejecución o defectuosa ejecución por parte de los jueces de instancia que conocen garantías jurisdiccionales. Bajo esta premisa, surge la interrogante: ¿cuál es la relación entre las MC y la IS?

Para responder a esta cuestión se han configurado dos posiciones: (i) relación negativa y (ii) relación positiva. Desde la postura negativa, la jurisprudencia de la CCE ha sostenido que no existe relación entre las MC y la IS, pues resulta improcedente “exigir el cumplimiento de las decisiones de las MC a través de la IS”⁴⁰. En la sentencia 61-12-IS/19, la CCE argumentó que:

Tampoco convendría que esta Corte Constitucional mediante una acción de incumplimiento haga cumplir una decisión constitucional que no es definitiva y cuya vigencia, obligatoriedad y ejecución está supeditada a las circunstancias y a la decisión de jueces inferiores, pues estos tienen la responsabilidad de garantizar la ejecución de las medidas cautelares, pero también pueden revocar las medidas, modificarlas si varían las circunstancias por las cuales fueron concedidas; o, inclusive, dejarlas sin efecto por carecer de fundamento o al momento de conocer una acción constitucional posterior o de conocimiento que resuelva el

³⁹ Artículo 97, Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.

⁴⁰ María Yépez, *Guía de jurisprudencia constitucional: Medidas cautelares constitucionales: Actualizada a septiembre de 2024* (Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional de la Corte Constitucional del Ecuador, 2024), p. 65.

fondo de la controversia constitucional; con lo cual no es procedente que la Corte se superponga o interfiera en decisiones y competencias que le corresponden por ley a los jueces que conocen de medidas cautelares constitucionales y que mutan conforme las circunstancias, hasta que no exista un pronunciamiento definitivo de la controversia constitucional⁴¹.

Debido a esto, la CCE concluyó que las MC no constituyen sentencias ni dictámenes constitucionales, ya que su naturaleza es provisional, revocable y no genera cosa juzgada. Con ello, se apartó de su criterio jurisprudencial anterior, en el que sí procedía la IS para revisar el cumplimiento de las MC⁴². Este cambio de línea ha sido objeto de críticas por parte de la doctrina, que considera que la “decisión que se adopta respecto de una medida cautelar autónoma sí es una decisión constitucional, dictada a propósito de una garantía jurisdiccional y que tiene una importancia muy significativa, que consiste en evitar que la violación del derecho constitucional se concrete”⁴³. Además, se apoya en el artículo 30 de la LOGJCC, que sanciona el incumplimiento de las MC de la misma manera que el incumplimiento de las sentencias de garantías jurisdiccionales⁴⁴. Mantener la improcedencia absoluta podría abrir la puerta a que las MC no sean acatadas, limitando al beneficiario la posibilidad de exigir su cumplimiento ante el máximo órgano de justicia constitucional.

Por otro lado, desde la postura positiva, se sostiene que sí existe relación entre las MC y la IS. El fundamento se encuentra en el artículo 86.3 de la Constitución, que establece que una garantía jurisdiccional concluye únicamente cuando se ha cumplido integralmente la ejecución de la sentencia o resolución. En razón de ello, las MC —las autónomas⁴⁵— forman parte de las garantías jurisdiccionales y, al dictarse mediante resolución, requieren que el proceso culmine con su ejecución efectiva. Si el juez de instancia agota todas las prerrogativas legales para ejecutar las MC y aun así no logra su cumplimiento, debe existir un mecanismo que garantice dicha ejecución.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional, con base en el artículo 436.9 de la CRE y el artículo 163 de la LOGJCC, ha interpretado que la IS tiene como finalidad asegurar el cumplimiento de sentencias, dictámenes y resoluciones constitucionales. Así, al ser una resolución con contenido de MC y no pueda ejecutarse por los jueces de instancia, la última vía para garantizar su eficacia correspondería a la CCE mediante la IS. Ejemplo de ello es la

41 Sentencia n.º 61-12-IS/19, párr. 28.

42 Para mayor información ver Sentencia n.º 23-13-IS/19, Corte Constitucional del Ecuador, 20 de agosto de 2019.

43 Juan Guerrero del Pozo, *Las garantías jurisdiccionales constitucionales en el Ecuador* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020), 292.

44 Artículo 30, LOGJCC.

45 Desde aquí se entiende que trata especialmente a las MC autónomas porque las conjuntas están supeditadas a la sentencia que se expida en la garantía de conocimiento y bien podría por ese camino encontrar la vía para ejecutar y reparar lo inobservado en el procedimiento.

sentencia 23-13-IS/19 —negándola porque las MC que dieron origen al caso habían sido plenamente cumplidas—⁴⁶ y la sentencia 040-17-SIS-CC —negó la IS porque la medida cautelar que se alegaba como incumplida había sido revocada—⁴⁷. Estos casos muestran que, antes de la regla de improcedencia fijada en 2019, la CCE sí tramitaba IS vinculadas a las MC.

Actualmente, aunque la regla general es la improcedencia de la IS para ejecutar decisiones de las MC conforme a la postura negativa, la CCE ha precisado tres excepciones: “(i) para decidir entre dos o más resoluciones que, por ser contradictorias, no pueden ser ejecutadas (antinomia jurisdiccional); (ii) cuando el incumplimiento genere un gravamen irreparable”⁴⁸; y (iii) “se trate de decisiones que desnaturalizan el objeto de la garantía”⁴⁹. Estas excepciones, recogidas en las sentencias 61-12-IS/19, 65-12-IS/20 y 21-24-IS/25, evidencian que la IS conserva un carácter subsidiario frente a las MC, operando únicamente en casos excepcionales.

En sinopsis, la relación entre las MC y la IS se configura como una relación de subsidiariedad. Mientras las MC actúan de manera preventiva y cautelar para preservar derechos, la IS interviene únicamente en supuestos excepcionales, garantizando la ejecución cuando los jueces de instancia no logran cumplir con la resolución. De esta forma, la CCE mantiene una línea jurisprudencial que prioriza la ejecución ordinaria por parte de los jueces *a quo*, reservando su intervención para casos de contradicción, afectaciones irreparables o desnaturalización de la garantía.

2.4. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DE INCUMPLIMIENTO EN LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

En el acápite anterior se concluyó que la IS mantiene una relación de subsidiariedad respecto de la ejecución de las MC, particularmente bajo las tres excepciones a la regla de improcedencia establecida por la jurisprudencia de la CCE. En esta sección, resulta pertinente examinar cada uno de estos supuestos con el fin de identificar sus alcances y limitaciones, y posteriormente establecer criterios críticos que permitan valorar la consistencia y eficacia de dichas causales.

46 Sentencia n.º 23-13-IS/19, párr. 19.

47 Sentencia n.º 040-17-SIS-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 27 de agosto de 2017, p. 7.

48 Yépez, *Guía de jurisprudencia constitucional*, p. 67.

49 Sentencia n.º 21-24-IS/25, párr. 26.

2.4.1. SENTENCIA 61-12-IS/19: ANTINOMIA JURISDICCIONAL

Para crear la primera regla de excepción de improcedencia, la CCE analizó el caso 61-12-IS. En los hechos del caso, el ciudadano Edgar Cevallos presentó una solicitud de MC contra el Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (en adelante SENAE) y la empresa Bureau Veritas. La pretensión era dejar sin efecto la liquidación de tributos autorizada el 4 de octubre de 2011 y que se disponga la liquidación tomando como base su autoliquidación. El Juzgado Cuarto de Trabajo del Guayas, mediante auto del 28 de diciembre de 2011, inadmitió la solicitud porque debía reclamar por la vía correspondiente. Inconforme, apeló directamente ante la Sala de lo Penal, Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Pichincha. Esta aceptó la apelación y ordenó dejar sin efecto la liquidación de tributos, disponiendo que se continúe con el trámite.

El 14 de septiembre de 2012, Cevallos presentó una IS alegando que SENAE no había cumplido con lo dispuesto por la Sala, negando la entrega de las mercancías. Argumentó que estas estaban en abandono definitivo e incluso impuso trabas administrativas que, a su criterio, vulneraban la CRE y la LOGJCC. Por su parte, SENAE sostuvo que sí había dado cumplimiento a la resolución judicial, acompañando providencias en las que se dejaba sin efecto la liquidación de tributos y se ordenaba continuar con el proceso de nacionalización. Sin embargo, también alegó que las mercancías habían sido declaradas en abandono definitivo desde diciembre de 2011, lo que impedía su entrega⁵⁰.

En este caso, la CCE concluyó que los autos resolutorios de MC no pueden ser objeto de IS, dado que no constituyen decisiones definitivas. Por lo tanto, negó la IS presentada por el señor Cevallos. Sin embargo, la CCE precisó que, como regla de excepción, únicamente en situaciones de decisiones constitucionales contradictorias —antinomia jurisdiccional— podría admitirse una IS vinculada a MC autónomas, con el propósito de resolver el conflicto y garantizar la ejecución⁵¹. Sin embargo, pese a la creación de esta regla excepcional, el organismo no desarrolló los presupuestos necesarios para determinar qué debe entenderse por una decisión contradictoria, dejando abierta la discusión sobre los alcances y condiciones de aplicación de dicha excepción.

Por ello, la CCE ha establecido que, ante la existencia de sentencias contradictorias o antinomia jurisdiccional y en ausencia de precedente constitucional que permita su ejecución, es el órgano competente para conocer y resolver el incumplimiento⁵². Además, ha señalado que existe antinomia jurisdiccional cuando dos:

50 Sentencia n.º 61-12-IS/19, párrs. 1-10.

51 Sentencia n.º 61-12-IS/19, párr. 29.

52 Sentencia n.º 96-20-IS/22, Corte Constitucional del Ecuador, 14 de diciembre de 2022, párr. 32.

sentencias que tratan sobre temas aparentemente distintos, pero que convergen en el punto de su ejecución: lo que la una sentencia manda, la otra prohíbe, creando una especie de antinomia jurisdiccional con instrumentos que poseen el mismo valor jurídico y que, tornan ineficaz la decisión al no poder generar efectos jurídicos como consecuencia de su inejecución, por lo que se ha visto afectado directamente uno de los elementos connaturales a una garantía de derechos humanos: la reparación integral⁵³.

En otras palabras, según lo precisado en la sentencia 32-17-IS/21, una antinomia jurisdiccional se configura únicamente cuando concurre al menos uno de los siguientes presupuestos:

- Identidad de hechos y sujetos en causas distintas con resultados diferentes: esto ocurre cuando un mismo fundamento fáctico y las mismas partes procesales son sometidos al conocimiento de órganos jurisdiccionales distintos y, pese a ello, se adoptan decisiones contradictorias⁵⁴.
- Convergencia en el punto de ejecución sin identidad de sujetos procesales: se presenta cuando, al momento de ejecutar las resoluciones judiciales, una sentencia impone una determinada disposición mientras que otra la prohíbe, generando una imposibilidad jurídica de acatar ambas decisiones de manera simultánea⁵⁵.

Con base en estos criterios, la CCE en el caso 0095-11-IS conoció un ejemplo de antinomia jurisdiccional. En los hechos, el Ministerio de Industrias y Productividad (en adelante Ministerio) suscribió con la compañía TPAM Cía. Ltda. (en adelante Empresa) un contrato de consultoría dentro de un proyecto de reactivación industrial. Posteriormente, mediante Resolución 10213 del 27 de julio de 2010, el Ministerio dio por terminado de manera anticipada y unilateral dicho contrato, alegando incumplimiento de obligaciones por parte del contratista⁵⁶.

- Suspender los efectos de la Resolución 10213 hasta que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo resolviera la demanda de impugnación.
- Prohibir al Ministerio ejecutar las pólizas de anticipo y fiel cumplimiento.
- Impedir el inicio de procedimientos coactivos para el cobro de valores.

53 Sentencia n.º 001-10-PJO-CC, párr. 44.

54 Sentencia n.º 32-17-IS/21, Corte Constitucional del Ecuador, 24 de noviembre de 2021, párr. 21.

55 Ibid.

56 Sentencia n.º 045-15-SIS-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 9 de julio de 2015, p. 2.

- Evitar la inscripción de la empresa en el Registro de Contratistas Incumplidos.

El Ministerio solicitó la revocatoria de estas medidas, pero el 10 de septiembre de 2010, el mismo juez negó el pedido. Posteriormente, la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas, el 2 de diciembre de 2010, confirmó la decisión. Ante esta situación, el Ministerio presentó una IS en la CCE, alegando que existía una contradicción entre dos decisiones judiciales: (i) la sentencia de acción de protección (Pichincha), que negó la vulneración de derechos y permitió continuar con la terminación del contrato y ejecución de garantías, y (ii) la resolución de medidas cautelares (Guayas), que suspendió los efectos de la misma resolución administrativa, impidiendo al Ministerio ejecutar las garantías y avanzar en el proceso de terminación⁵⁷.

Para resolver este caso, la CCE identificó que se trataba de un caso encuadrado en el primer presupuesto de la antinomia jurisdiccional. En su análisis, sostuvo que:

es evidente que el incumplimiento de sentencias y dictámenes constitucionales conlleva un ámbito de mayor acción y control cuando tiene relación con el patrón fáctico de antinomia jurisdiccional, pues esto obedece a la vulneración de derechos provocada por la inejecutabilidad de las sentencias constitucionales contradictorias, lo que obliga a la Corte Constitucional a verificar cuál de ellas es la que debe ser cumplida y cuál la que debe quedar sin ejecución⁵⁸.

A partir de este razonamiento, la CCE concluyó que la coexistencia de decisiones jurisdiccionales incompatibles generaba una afectación a la seguridad jurídica y a la eficacia de la tutela constitucional. En efecto, aceptó la IS propuesta y dispuso dejar sin efecto todo lo ordenado en la medida cautelar autónoma. Ordenó cumplir la resolución del 8 de julio de 2010, en relación con la acción de protección presentada. Por tal consideración, se evidencia que la CCE, de manera excepcional, sí puede conocer una acción de incumplimiento respecto de la ejecución o no de medidas cautelares, siempre que estas se encuentren inmersas en un escenario de antinomia jurisdiccional.

2.4.2. SENTENCIA 65-12-IS/20: GRAVAMEN IRREPARABLE

Citando la primera regla de excepción abordada en el caso anterior, la CCE analizó el caso 65-12-IS/20, relativo a la IS vinculada con MC autónomas. En los hechos, el presidente de la Asociación de Trabajadores Agrícolas San

⁵⁷ Sentencia n.º 045-15-SIS-CC, p. 6.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 20.

Antonio de Valencia solicitó MC contra Telmo Cevallos, con el fin de proteger a sus asociados frente a impedimentos de ingreso, amenazas y agresiones. La jueza vigésima cuarta de garantías penales de Pichincha concedió las MC, ordenando el desalojo inmediato de las personas que ocupaban el predio, la intervención de la fuerza pública y la entrega del inmueble a la Subsecretaría de Tierras y Reforma Agraria. Además, se nombró un depositario judicial para custodiar los bienes muebles de la hacienda.

Posteriormente, Telmo Cevallos y Juan Cevallos solicitaron la revocatoria de las medidas. En audiencia celebrada el 31 de agosto de 2012, la jueza consideró que las condiciones habían variado y que las MC ya habían cumplido su finalidad. En consecuencia, el 2 de octubre dispuso el archivo de la causa, al considerar ejecutadas las disposiciones, y ordenó la entrega del predio a la asociación, acreditada como propietaria conforme a la ley. Inconformes con esta decisión, los solicitantes interpusieron recursos de apelación, ambos negados. Finalmente, el 16 de noviembre de 2012, presentaron una IS contra los autos de revocatoria del 31 de agosto y 5 de septiembre de 2012, alegando que no se habían cumplido porque los predios no les fueron restituidos⁵⁹.

En su análisis, la CCE concluyó que los autos de revocatoria de las MC no podían ser objeto de IS, ya que su efecto fue únicamente cesar las medidas previamente ejecutadas y no constituían decisiones definitivas. Por tanto, no estaban dentro del supuesto de antinomia jurisdiccional. A partir de este criterio, la CCE estableció una nueva excepción, siendo esta: “en casos de gravamen irreparable, podría pronunciarse sobre el incumplimiento de una medida cautelar o de autos emitidos en dichos procesos”⁶⁰. No obstante, en el caso concreto rechazó la acción, señalando que:

el accionante cuenta con vías jurisdiccionales para discutir la propiedad o posesión del bien raíz o la juridicidad de las decisiones administrativas sobre ellos, objetos que no son adecuados a una medida cautelar constitucional autónoma en la medida que estas no constituyen juzgamiento ni podrían dar una decisión definitiva con fuerza de cosa juzgada sustancial⁶¹.

Aunque la sentencia introdujo la excepción de gravamen irreparable como posible escenario para admitir una IS respecto de las MC, no estableció parámetros claros para su aplicación. Para comprender este concepto, es necesario remitirse a otros pronunciamientos de la CCE, como la sentencia 154-12-EP/19, en la cual se definió que una decisión causa gravamen irreparable cuando: “(i) genera una vulneración de derechos constitucionales, y (ii) que

59 Sentencia n.º 65-12-IS/20, Corte Constitucional del Ecuador, 12 de agosto de 2020, párr. 11.

60 Sentencia n.º 65-12-IS/20, párr. 48.

61 Ibid., párr. 49.

dicha vulneración no puede ser reparada a través de otro mecanismo u otra vía procesal idónea⁶². En el contexto de las MC, estos dos presupuestos implican lo siguiente:

- Vulneración de derechos constitucionales: la jurisprudencia ha señalado que este requisito no es aplicable a las MC autónomas, dado que su naturaleza es preventiva y, en principio, el derecho aún no ha sido vulnerado. Adquiere relevancia cuando una MC no es acatada y, por ello, se produce la vulneración del derecho. Por ejemplo, si el SENAE aprehende mercancía de un local comercial sin notificar previamente el procedimiento de control correspondiente, el propietario podría solicitar una MC autónoma para que se le restituya la mercadería y se suspenda el acto administrativo, garantizando así el debido proceso. Si el juez concede la medida, pero SENAE incumple la resolución y continúa con el procedimiento, se configura un escenario de vulneración constitucional. En tal caso, procede la IS, pues la inejecución de la MC afecta derechos como la tutela judicial efectiva, el debido proceso, la seguridad jurídica y la propiedad.
- La vulneración no puede ser reparada a través de otro mecanismo u otra vía procesal idónea: este presupuesto exige que se utilice el mecanismo más eficaz y oportuno para prevenir el detrimento de un derecho constitucional. En este sentido, las MC autónomas constituyen el remedio más inmediato. Retomando el ejemplo anterior, el propietario acudió a la MC para evitar que se consumara la vulneración derivada del procedimiento irregular del SENAE. Al no cumplirse la medida, se configura un gravamen irreparable, pues ninguna otra vía procesal podría restituir con la misma celeridad los derechos afectados.

En esta línea, la existencia de un gravamen irreparable faculta a la CCE para conocer y resolver una IS respecto de una resolución de MC, siempre que por la naturaleza y finalidad de este mecanismo resulte indispensable garantizar su ejecución. De lo contrario, el perjuicio ocasionado se tornaría imposible de reparar. Cabe recalcar que esta excepción no es una vía ordinaria de ejecución de MC, sino un mecanismo excepcional aplicable únicamente cuando el juez de instancia, pese a ejercer todas sus potestades legales, no logra ejecutar la MC.

62 Sentencia n.º 154-12-EP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 20 de agosto de 2019, párr. 45.

2.4.3. SENTENCIA 166-23-IS/24: DESNATURALIZACIÓN DE LA GARANTÍA

Citando las reglas de excepción previamente desarrolladas, en 2024 la CCE conoció la sentencia 166-23-IS/24, relativa a una IS presentada contra un auto resolutorio dictado en el marco de un proceso de MC. En los hechos del caso, Héctor Luis Cotto, actuando como procurador judicial de Heinz Heinrich Grunauer Farah y en representación de KrismareSeafood S. A., solicitó en 2018 MC contra el Registro de la Propiedad de Guayaquil. Alegó irregularidades en las inscripciones de prescripción adquisitiva de dominio y en la compraventa de un predio camaronero ubicado en Posorja. El juez competente concedió parcialmente la medida, ordenando dejar sin efecto determinadas inscripciones registrales y otorgando un plazo de 45 días para que el peticionario iniciara las acciones ordinarias correspondientes. Posteriormente, dicho plazo fue ampliado y se interpusieron dos juicios: uno de nulidad de instrumento público y otro ejecutivo por cobro de pagaré, en el cual se embargó y remató el inmueble, adjudicándose finalmente a Krismare.

Durante la tramitación del proceso surgieron múltiples controversias. AQU TRADE S. A. compareció alegando ser propietaria legítima del predio y denunció que la MC le ocasionaba graves perjuicios, pues se mantenía vigente indefinidamente, desnaturalizando su carácter provisional. Asimismo, sostuvo que el juez había sido inducido al error y que la medida favorecía de manera colusoria a Krismare. Pese a estas advertencias, la MC permaneció activa por más de seis años, sin que el juez ordenara su levantamiento ni notificara al Registro de la Propiedad. Esta prolongación irregular generó un conflicto jurídico y económico que afectó tanto a AQU TRADE como a terceros vinculados al inmueble.

Ante esta situación, en noviembre de 2023 AQU TRADE presentó una IS ante la CCE contra el auto de junio de 2018, denunciando los daños sufridos y la desnaturalización de la garantía constitucional. En su análisis, reiteró que, como regla general, los autos resolutorios de MC no son susceptibles de acciones de incumplimiento, debido a su carácter provisional y revocable. Sin embargo, recordó las excepciones previamente establecidas —como la antinomia jurisdiccional y el gravamen irreparable— y precisó un tercer supuesto excepcional: cuando se trate de decisiones que desnaturalizan el objeto de la garantía.

En este sentido, la CCE determinó que una MC se desnaturaliza cuando pierde su carácter instrumental, temporal y preventivo, y pasa a producir efectos propios de una decisión definitiva o invade ámbitos reservados a la justicia ordinaria. En tales casos, la medida deviene jurídicamente inejecutable, al

configurarse un vicio grave que la torna incompatible con el orden constitucional. En el caso concreto, la CCE identificó varios elementos que evidenciaban dicha desnaturalización: (i) la vigencia indefinida de la medida por más de cinco años; (ii) la afectación a derechos de terceros que no fueron reconocidos como parte procesal; (iii) la utilización de la medida para incidir en la determinación del derecho de propiedad, materia propia de la justicia ordinaria; y (iv) la acumulación indebida de procesos que alteró la naturaleza de la garantía.

Con base en estos elementos, la CCE concluyó que la MC era jurídicamente inejecutable y que su mantenimiento constituía una desnaturalización de la garantía jurisdiccional. En consecuencia, aceptó la IS y dejó sin efecto la MC, disponiendo además la investigación de posibles responsabilidades por el uso abusivo del mecanismo constitucional y por la actuación del juez que permitió su prolongación indebida. De esta manera, consolidó una tercera regla de excepción a la improcedencia de la IS respecto de MC, estableciendo que esta procede cuando se verifica la desnaturalización de la garantía, en tanto ello afecta la validez, ejecutabilidad y finalidad constitucional de la medida, comprometiendo la eficacia del sistema de justicia constitucional.

2.5. CONSIDERACIONES FINALES

De lo expuesto se desprende que las MC requieren especial atención dentro del proceso de ejecución. Aunque constituyen una garantía jurisdiccional, carecen de un mecanismo adicional en escenarios de imposibilidad, defectuosa ejecución o desnaturalización de la garantía. La CCE ha limitado su cumplimiento a través de la IS, bajo el argumento de que las MC son provisionales y no generan cosa juzgada. Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido ciertos criterios de subsidiariedad de la IS en la ejecución de las MC, estableciendo tres reglas de excepción a su improcedencia, de las cuales pueden extraerse consideraciones relevantes.

En primer lugar, cabe sostener que la IS debería ser procedente en todos los casos de ejecución de MC. Esta posición encuentra respaldo en el artículo 86.3 de la CRE, que dispone que una garantía jurisdiccional solo concluye cuando se ha ejecutado integralmente. En corolario, las MC, al formar parte de las garantías jurisdiccionales, requieren que el proceso culmine con su ejecución. Si el juez de instancia no logra garantizarla, la CCE debería asumir competencia para hacerlo mediante la IS. Así, no resulta coherente, por tanto, que la CCE establezca una diferenciación entre las MC y otras garantías jurisdiccionales, pues aunque unas se dictan mediante sentencias y otras a través de autos resolutorios, todas persiguen un mismo objetivo: la protección efectiva de los derechos fundamentales. De hecho, antes de 2019 —cuando la CCE fijó la improcedencia de la IS frente a las MC— existieron criterios en los que

la CCE conoció una IS relacionada con MC, negándolas o incluso entrando a analizar el fondo del asunto.

En segundo lugar, los criterios jurisprudenciales han permitido precisar que, si bien la IS no constituye una vía ordinaria para ejecutar una MC, las excepciones reconocidas abren un espacio de procedencia parcial. Por esta razón, la ejecución de MC mediante IS responde a un criterio de carácter excepcional. La CCE ha delimitado estrictamente los supuestos en los que resulta viable interponer una IS orientada al cumplimiento de una MC: (i) cuando existen decisiones jurisdiccionales contradictorias que, por su incompatibilidad, no pueden ejecutarse de manera simultánea, configurando una antinomia jurisdiccional; (ii) cuando el incumplimiento de la decisión judicial genera un gravamen irreparable, afectando de forma definitiva la esfera de derechos de la persona accionante y (iii) cuando, dentro del análisis de las medidas, se haya concluido que son inejecutables por haber existido una desnaturalización.

Hasta la actualidad, la CCE ha fijado únicamente estos tres presupuestos de excepción, restringiendo considerablemente la utilización de la IS en otros escenarios de ejecución de MC. Esta limitación puede derivar en una afectación al derecho a la tutela judicial efectiva, al dejar sin protección situaciones en las que la inejecución de una MC compromete gravemente los derechos constitucionales. En este sentido, resulta pertinente que, en el marco del desarrollo jurisprudencial constante, la CCE amplíe o flexibilice las reglas de excepción, de modo que la IS pueda operar en más supuestos de incumplimiento de MC. Ello permitiría evitar que los derechos amenazados terminen vulnerados y fortalecería los mecanismos de protección efectiva dentro del sistema constitucional ecuatoriano.

3. CONCLUSIÓN

En el ámbito constitucional, Ecuador reconoce siete garantías jurisdiccionales destinadas a la protección de los derechos fundamentales: las medidas cautelares constitucionales, la acción de protección, el *habeas corpus*, el *habeas data* y la acción de acceso a la información pública, todas ellas de conocimiento de los jueces de instancia. A estas se suma la acción de incumplimiento, concebida como un mecanismo adicional para verificar la ejecución integral de las decisiones emanadas de los jueces *a quo* y la acción extraordinaria de protección cuya competencia corresponde a la CCE.

Desde esta perspectiva, las MC constituyen instrumentos esenciales para prevenir o cesar la vulneración de un derecho. Se distinguen dos tipos: las autónomas —fuente de análisis de esta investigación—, orientadas a evitar la amenaza, y las conjuntas, destinadas a detener la violación en curso. Su resolución se dicta mediante auto interlocutorio, lo que las convierte en

garantías fundamentales para asegurar la eficacia inmediata de los derechos constitucionales.

La tutela judicial efectiva exige no solo acceso y respeto al debido proceso, sino también la ejecución plena de las decisiones constitucionales. En este marco, la IS surge como garantía complementaria para evitar que sentencias, resoluciones o dictámenes carezcan de eficacia. Con ello, la CCE refuerza la protección integral de los derechos fundamentales y asegura que las decisiones jurisdiccionales produzcan efectos reales, consolidando la IS como un mecanismo indispensable para materializar la justicia constitucional.

La relación entre las MC y la IS revela una tensión entre el carácter preventivo de las primeras y la necesidad de garantizar eficacia en la protección de derechos. Aunque la regla general fijada por la CCE es la improcedencia de la IS frente a las MC, la doctrina ha cuestionado esta postura por el riesgo de inejecución. No obstante, la jurisprudencia ha reconocido tres excepciones: la existencia de antinomia jurisdiccional, el gravamen irreparable y la desnaturalización. Estas excepciones evidencian que la IS conserva un rol subsidiario, activándose únicamente en escenarios excepcionales, manteniendo la prioridad de ejecución en manos de los jueces de instancia y reservando la intervención de la CCE para casos límite.

En efecto, la antinomia jurisdiccional se configura cuando existen decisiones contradictorias sobre los mismos hechos o cuando convergen en su ejecución, generando imposibilidad de cumplimiento. El gravamen irreparable se presenta cuando el incumplimiento de una medida cautelar produce una vulneración constitucional que no puede ser reparada por otras vías, afectando de manera definitiva derechos como el debido proceso o la propiedad. Por su parte, la desnaturalización de la MC se da cuando deja de ser un instrumento provisional de protección inmediata y se transforma en una decisión con efectos definitivos, prolongados o abusivos, comprometiendo la validez y finalidad constitucional de la garantía. De esta manera, la CCE actúa como garante último, evitando que la IS se convierta en un mecanismo ordinario de ejecución.

Finalmente, aunque las MC son garantías jurisdiccionales, carecen de un mecanismo autónomo de ejecución, lo que ha llevado a la CCE a restringir su cumplimiento mediante la IS. Sin embargo, las excepciones jurisprudenciales reconocidas muestran la necesidad de flexibilizar los criterios actuales, ampliando el alcance de la IS en la ejecución de MC. Tal ampliación permitiría evitar que derechos amenazados queden desprotegidos y fortalecería la eficacia de las garantías constitucionales, consolidando la protección real y efectiva de los derechos fundamentales en el sistema constitucional ecuatoriano.



Innovación y Liderazgo
Jurídico en Ecuador

Con más de 70 años* de trayectoria, **BUSTAMANTE FABARA** es una **firma legal integral** líder en Ecuador, reconocida por su solidez y visión estratégica.

+120
Abogados

+190
Colaboradores

25
Áreas de Práctica

Reconocidos por los principales directorios legales internacionales:

Chambers
AND PARTNERS



IFLR1000

IP STARS
from ManagingIP



WORLD TAX



LATINLAWYER

LEADERS LEAGUE

Legal500

LEXOLOGY

WTR

*BUSTAMANTE FABARA es el resultado de la fusión entre dos reconocidas firmas legales Bustamante & Bustamante, establecida en 1956, y Fabara & Compañía Abogados, fundada en 2003; combinando así una significativa experiencia en el ámbito legal.

ECUADOR | WWW.BUSTAMANTEFABARA.COM

VIVANCO & VIVANCO

WE ARE LATIN AMERICA

LÓPEZ RIBADENEIRA MORA



LATINLAWYER
250
2026 RECOMMENDED
FIRM



Legal500
LATIN AMERICA
2025

info@lopezribadeneira.com

+593 9964190413 - 2905873

Av. Orellana E9-195 y Av. 6 de Diciembre,

Ed. Alisal de Orellana, of. 502 - 504.

Quito - Ecuador

24
Años

 **Consulegis**[®]
ABOGADOS



Aliados globales, expertos locales

La desnaturalización del contrato de depósito de dinero en el sistema bancario ecuatoriano

The Denaturalization of the Money Deposit Contract in the Ecuadorian Banking System

JUAN JAVIER CELI PONCE*

Recibido / Received: 08/01/2026

Aceptado / Accepted: 15/04/2026

DOI: <https://doi.org/10.18272/ulr.v13i1.4167>

Citación:

Celi, Juan. “La desnaturalización del contrato de depósito de dinero en el sistema bancario ecuatoriano”. *USFQ Law Review*, vol. 13, n°. 1. (Junio de 2026): <https://doi.org/10.18272/ulr.v13i1.4167>.

* Investigador independiente, Samborondón 092301, Guayas, Ecuador. Correo electrónico: juanjavierceli@gmail.com.
ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0008-0222-3087>.

RESUMEN

El depósito bancario, pese a ser una figura central en el ámbito económico, con el tiempo ha experimentado una profunda transformación que ha desdibujado sus elementos jurídicos esenciales. En este contexto, el objetivo del presente trabajo es examinar críticamente la figura del depósito bancario regulado por la legislación financiera ecuatoriana, contrastándola con la doctrina, a fin de dilucidar si realmente nos encontramos frente a un contrato de depósito genuino. Para ello, se incorporó una metodología de análisis económico del derecho aplicada al negocio bancario, la cual permitió evaluar la coherencia entre la estructura contractual del depósito irregular y la práctica bancaria legitimada por el modelo de encaje fraccionario. De esta manera, se concluye que existe una incompatibilidad del tipo contractual de depósito irregular con la figura de depósito bancario tal como está contemplado en el sistema bancario ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE

Depósito irregular; custodia; disponibilidad; mutuo; crédito; banca de reserva fraccionaria

ABSTRACT

Although bank deposits constitute a key figure in economic practice, they have undergone a profound transformation over time that has blurred their essential legal elements. In this context, this article intends to critically examine the legal configuration of bank deposits as regulated by Ecuadorian financial legislation, contrasting it with doctrinal analysis in order to determine whether such deposits genuinely constitute deposit contracts. To this end, an economic analysis of law methodology was applied to banking activity, allowing for an assessment of the coherence between the contractual structure of irregular deposits and banking practices legitimized by the fractional reserve system. Accordingly, it is concluded that an incompatibility exists between the contractual type of irregular deposits and the legal conception of bank deposits as currently regulated within the Ecuadorian banking system.

KEY WORDS

Irregular deposit; custody; availability; loan; credit; fractional reserve banking

1. INTRODUCCIÓN

El negocio bancario contemporáneo opera dentro de un marco legal especial que autoriza a las entidades financieras a disponer de una parte de los depósitos de los usuarios para la concesión de créditos. Sus defensores sostienen que este mecanismo contribuye a dinamizar la producción y estimular el crecimiento económico¹. Sin embargo, dicha práctica plantea un problema jurídico fundamental: la confusión entre dos figuras conceptualmente distintas, el depósito y el préstamo de fungibles. Mientras que el primero exige la custodia íntegra y permanente de lo depositado, el segundo presupone la transferencia de su disponibilidad. El depósito bancario implica una excepción del régimen general del depósito, que funciona como un privilegio legal a favor de las entidades bancarias.

El análisis desarrollado funciona como una guía para distinguir entre contratos de depósitos y demás prácticas que, mediante “malabares jurídicos”, buscan justificar un depósito contrario a los principios tradicionales del derecho. Como advierte la catedrática Teresa Hualde Manso, esta configuración del depósito bancario ha llegado a asumirse como una obviedad dogmática, que en contextos de crisis se torna discutible, revelando tensiones conceptuales que habían permanecido latentes². En efecto, frente a la exigencia de mantener siempre íntegros los depósitos, Lawrence H. White ha señalado que “*this argument is more jurisprudential than economic*”³. En realidad, la creación de dinero *ex nihilo* mediante la expansión crediticia sin respaldo del 100 % de los depósitos no solo plantea dificultades desde el punto de vista jurídico, sino también desde el ámbito económico.

El aparente estímulo a la inversión nubla sus verdaderas consecuencias, pues los efectos económicos que recaen en las distintas etapas de la estructura de producción conducen a ciclos de auge y recesión. Lo que *prima facie* parece un simple tecnicismo jurídico es, en realidad, un problema estructural que afecta la forma en que entendemos la intermediación financiera. Ello genera una interrogante central: ¿la figura del depósito resulta compatible con una banca que emplea el dinero depositado del público? En este sentido, el objetivo de este artículo es analizar, desde un punto de vista crítico, la institución del depósito bancario, contrastándola con la doctrina, para desvelar si nos encontramos ante un verdadero contrato de depósito.

1 Ver John Maynard Keynes, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero* (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1965), 82.

2 Teresa Hualde Manso, “Causa, función y perversión del depósito bancario a la vista”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* 33, n.º 136 (2014): 129-130, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4951098>.

3 Lawrence H. White, “Free Banking and the Gold Standard”, en *The Gold Standard*, ed. Llewellyn H. Rockwell Jr. (Auburn: Ludwig von Mises Institute, 1992), 120.

Para ello, se emplea una metodología cualitativa de carácter conceptual que incorpora herramientas del análisis económico del derecho, apoyándose principalmente en los aportes de la teoría austriaca del ciclo económico. Finalmente, este ensayo busca incorporar el debate al ámbito ecuatoriano, en el que —si bien existen aportes desde la perspectiva económica— el tratamiento estrictamente jurídico del problema resulta escaso. Las expresiones conceptuales utilizadas en este trabajo responden a una concepción del derecho entendida como un orden formado espontáneamente conforme a principios generales compatibles con el iusnaturalismo clásico, en el que la juridicidad de las instituciones se evalúa conforme a su estructura ontológica y no exclusivamente a su validez positiva.

2. CONCEPTOS ESENCIALES

2.1. ASPECTOS GENERALES DEL PRÉSTAMO Y DEL DEPÓSITO

El préstamo y el depósito son contratos, esto es, acuerdos de voluntades que tienen como efecto ineludible el constreñir. Específicamente, se trata de contratos reales que se perfeccionan con la entrega de la *res*, de ahí su nombre⁴. Para Josserand, los contratos reales son solemnnes⁵. En la misma línea, Baudry-Lacantinerie y Barde distinguen dos etapas en los contratos reales: la promesa consensual y el acto real de entrega que constituye propiamente el contrato⁶. La entrega de la cosa constituye elemento de existencia y no una obligación. La falta de entrega del bien no se rige por las reglas del cumplimiento de las obligaciones, sino que se desenvuelve en el marco de la inexistencia del acto. Al ser la entrega de la cosa un elemento de existencia, los contratos reales tienden a ser unilaterales o, a lo sumo, sinalagmáticos imperfectos por algún acontecimiento accidental de la relación contractual.

El artículo 1459 del Código Civil (en adelante CC) reza lo siguiente: “El contrato es real cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere”⁷. Alessandri precisa que, más que una tradición de la cosa, en estos casos hay una mera entrega, ya que la tradición, como modo de adquirir el dominio, implica la intención concurrente de ceder y adquirir la propiedad⁸. Esta situación no se presenta en contratos como el comodato o el

4 La noción de obligaciones reales proviene de Gayo, específicamente del principio *re contrahitur obligatio*, el cual aplica al mutuo; Gayo, *Las instituciones* (Santiago de Chile: Editorial Hammurabi, 2021), 94. Principio expandido al comodato, al depósito y a la prenda en el derecho justinianeo, ver Justiniano, “Instituciones”, en *Corpus Iuris Civilis*, ed. Paul Krüger (Berlín: Apud Weidmannos, 1928), 35-36.

5 Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. II (París: Librairie du Recueil Sirey, 1939), 28.

6 Acerca de la teoría de los acuerdos sucesivos en el proceso contractual real, ver Gabriel Baudry-Lacantinerie y Louis Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil*, XI (París: Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1900), 22.

7 Artículo 1459, Código Civil [CC], R. O. Suplemento 46 del 24 de junio de 2005, reformado por última vez en R. O. Tercer Suplemento 61 del 17 de junio de 2025.

8 Arturo Alessandri, *De los contratos* (Bogotá: Temis, 2011), 34.

depósito, siendo el mutuo el único contrato real con tradición. La distinción entre tradición y mera entrega no es puramente terminológica, ya que esta confusión ha sido una de las principales fuentes de distorsión conceptual en torno a la naturaleza jurídica del depósito.

2.2. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PRÉSTAMO

El préstamo (del latín *praestarium*) es un contrato mediante el cual una persona, denominada *prestamista*, entrega algo a otra, llamada *prestatario*, para que la use o la consuma con el deber de restituir. Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón señalan: “La entrega se realiza para que el prestatario use de la cosa (comodato) o goce de ella en el sentido más amplio posible (mutuo o simple préstamo)”⁹. A partir de esta afirmación, se distinguen dos tipos de préstamo: el préstamo de uso o comodato, que recae sobre bienes en especie, y el préstamo de consumo o mutuo, cuyo objeto son bienes fungibles y consumibles.

2.2.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL COMODATO

El préstamo de uso o comodato (del latín *commodatum*) es un contrato gratuito, generalmente a plazo, en razón del cual una parte, denominada *comodante*, entrega un bien en cuerpo cierto a otra parte, llamada *comodatario*, para su uso, con la obligación de restituir en especie. Al recaer sobre un bien en especie, el comodatario debe observar una debida diligencia en la conservación de la cosa, so pena de responder por los perjuicios ocasionados. Por ello, este contrato constituye un título de mera tenencia. El comodato exige la existencia de un plazo o, en su defecto, de una condición de carácter accidental. No obstante, a falta de estos elementos, el artículo 2083 del CC dispone que la cosa debe igualmente ser restituida, pero solo después de concluido el uso para el cual fue entregada. Asimismo, el comodato puede celebrarse a la vista —comodato precario—¹⁰ en atención a las cualidades inherentes al vínculo, que permiten la inmediatez de la devolución del cuerpo cierto.

2.2.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL MUTUO

El préstamo de consumo o mutuo (del latín *mutuum*) es un contrato oneroso y a plazo, en virtud del cual un sujeto, denominado *mutuante*, realiza la tradición de bienes fungibles y consumibles¹¹ a otra persona, llamada *mutuario*, para su disfrute, con la obligación de devolverlos en equivalencia. En este

9 Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de derecho civil* (Madrid: Tecnos, 1992), 2: 453.

10 Artículos 2097 y 2098, CC.

11 Los bienes fungibles son aquellos que pueden ser reemplazados por otros del mismo género; en cambio, los bienes consumibles son los que perecen con su primer uso. Acerca de la confusión del CC de los bienes fungibles con los consumibles, ver Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho civil del Ecuador*, vol. 3 (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), 29.

tipo contractual existe tradición de la cosa por el hecho de que se presta para el consumo, lo que determina una restitución en equivalencia en género y cantidad, lo que los romanos llamaban *tantundem*. Paulo señala que lo que da origen a la obligación es precisamente que lo mío se haga suyo¹². Por esta razón, el mutuo es un título traslativo de dominio acompañado del modo de tradición. El mutuo requiere de un plazo como elemento sustancial. Luis de Molina, al respecto, menciona que “pertenece a la esencia del préstamo que la restitución no se haga de forma inmediata, pues en este caso se trataría de un intercambio o permuta”¹³.

De ahí que, en ausencia de un plazo convencional, este se suple mediante un plazo legal¹⁴. Además, atendiendo a la naturaleza de la relación contractual, resultaría ilógico que el mutuo se configure a condición o a la vista, ya que requiere un tiempo previsible para hacer exigible el deber de restitución. Así, si Juan prestara una manzana a Daniel para que la consumiera y le exigiera su devolución de inmediato mientras se realiza el acto de consumo, las posibilidades de restitución serían prácticamente inexistentes. Ello demuestra que el acuerdo de un plazo no es accesorio, sino consustancial a las cualidades inherentes del vínculo. Aunque el plazo, como hecho futuro cierto, suele considerarse una modalidad accidental de los contratos¹⁵, en el mutuo resulta necesario y no contingente. Por consiguiente, la figura del mutuo precario es ontológicamente inconsistente.

2.2.3. EL TIPO DE INTERÉS EN EL MUTUO

En el mutuo generalmente se pactan intereses. Ludwig von Mises sostiene que en las operaciones crediticias existe un intercambio de bienes presentes por bienes futuros¹⁶. En virtud del principio de preferencia temporal, el hombre tiende —*ceteris paribus*— a valorar en mayor medida el consumo presente que el consumo futuro. Pues solo está dispuesto a renunciar a un bien presente si, a cambio, recibe una cantidad mayor de bienes en el futuro. Así, el interés surge como una compensación otorgada a quien renuncia al disfrute inmediato de bienes presentes para permitir que otro disponga de ellos, a cambio de una contraprestación futura superior. El tipo o tasa de interés no se determina en el mercado de dinero, sino en el mercado de bienes¹⁷. En este contexto, la tasa de interés constituye un precio más dentro de la economía, cuya función es coordinar intertemporalmente el ahorro y la inversión.

12 Justiniano, “Digesta”, en *Corpus Iuris Civilis*, ed. Theodoro Mommsen y Paul Krüger (Berlín: Apud Weidmannos, 1928), 191.

13 Luis de Molina, *Tratado sobre los préstamos y la usura* (Valladolid: Maxtor, 2011), 10.

14 Artículo 2103, CC.

15 René Abeliuk señala: “La regla general es que la obligación sea pura y simple, y produzca sus efectos sin alteración alguna; jurídicamente, [...] las modalidades constituyen una excepción”. René Abeliuk, *Las obligaciones*, t I (Santiago de Chile: Temis, 2001), 416.

16 Ludwig von Mises, *La teoría del dinero y del crédito* (Madrid: Unión Editorial, 1997), 242.

17 Cf., Keynes, *Teoría general de la ocupación, el interés y el dinero*, 152.

Se trata, en definitiva, de un precio relativo que expresa la valoración diferencial entre bienes presentes y futuros¹⁸. Así, solo los mutuos pueden generar intereses y no los depósitos. Este parece ser el mismo criterio del derecho romano. Ya en el *Corpus iuris civilis* se puede visualizar que los intereses no pertenecían a contratos de mera custodia. De hecho, para temas contables se daba preferencia a los depósitos y luego se contabilizaban las operaciones que buscaban intereses¹⁹.

2.3. RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DEL DEPÓSITO

El depósito (del latín *depositum*) es un contrato de mera tenencia mediante el cual una persona, denominada depositante, entrega una cosa a otra, llamada depositario, con el fin de que la guarde y la restituya cuando le sea requerida²⁰. Tradicionalmente se distinguen dos tipos de depósitos: el regular, que recae sobre bienes en especie, y el irregular, que tiene por objeto cosas fungibles y consumibles. Existe discusión doctrinal acerca de si este tipo contractual admite o no la estipulación de un plazo. El CC en su artículo 2131 lo permite, pero únicamente obliga al depositario, sin restringir el derecho del depositante a reclamar la restitución en cualquier momento. Tan intrascendente resulta el plazo en el depósito que, aun cuando se hubiere pactado uno y este venciere, la exigibilidad para el depositario no se configura sino desde el momento en que el depositante reclama la cosa.

El plazo en el depósito cumple una función meramente referencial u orientadora respecto al tiempo aproximado de restitución, sin alterar la exigibilidad que es, a la vista, propia de la naturaleza del depósito. Que sea a la vista implica la realización de un requerimiento traducido en acto jurídico unilateral, incompatible con la noción de plazo como hecho jurídico futuro cierto, puesto que la exigencia de restitución depende de una voluntad incierta del depositante. Ello no equivale a una condición —hecho futuro incierto—, ya que este constituye un hecho jurídico, mientras que la petición de restitución es un acto jurídico.

2.3.1. OBLIGACIÓN DE GUARDA Y PLENA DISPONIBILIDAD

La custodia o guarda presenta una doble dimensión en el contrato de depósito: en tanto obligación y como elemento sustancial del vínculo contractual. El jurista chileno Alejandro Guzmán Brito señala que no se trata de una

18 Mises, *La teoría del dinero y del crédito*, 313.

19 Justiniano, "Digesta", 244-245.

20 Acerca de la etimología del *depositum*, Ulpiano explica: "*Depositum est, quod custodiendum alicui datum est, dictum ex eo quod ponitur: praepositio enim de auget depositum, ut ostendat totum fidei eius commissum, quod ad custodiam rei pertinet*" (El depósito es aquello que se entrega a alguien para su guarda; se llama así por lo "puesto" (*positum*). La preposición *de* antepuesta intensifica el *positum* para indicar que la cosa entera ha sido confiada a la buena fe del depositario en lo relativo a su custodia). Justiniano, "Digesta", 242.

prestación de hacer, puesto que guardar consiste en colocar o mantener la cosa en un lugar determinado y disponible, de modo que, cuando el depositante lo requiera, pueda serle restituida²¹. Así, Gayo destaca que la obligación de custodia no implica la conservación de la cosa, tal como los términos exigidos en el comodato o en el arrendamiento²². La guarda sería una prestación de no hacer y no una obligación de hacer. Martín de Azpilcueta señala: “es también lícito [...] que el cambiador sea guardián, depositario y fiador del dinero que le diesen o cambiasen”²³.

El depositario actúa exclusivamente en calidad de guardián del bien y no goza de *ius utendi*, *ius fruendi* ni *ius abutendi*. El profesor Jesús Huerta de Soto menciona que este tipo contractual preserva una plena disponibilidad inmediata a favor del depositante²⁴. Dicha disponibilidad implica que el depositario debe mantener constantemente el equivalente del bien de forma inmediata, íntegra y sin condición alguna.

2.3.2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DEPÓSITO REGULAR

El depósito regular (del latín *depositum regulare*) es un acuerdo gratuito en el que una persona, denominada depositante, entrega un cuerpo cierto a otra, llamada depositario, con el fin de que lo guarde y lo restituya en especie. Este contrato, caracterizado como un título de mera tenencia, presenta similitudes con el comodato; sin embargo, a diferencia de este, en el depósito el depositario no puede usar la cosa, sino únicamente custodiarla.

2.3.3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DEPÓSITO IRREGULAR Y SU FUNCIÓN SOCIOECONÓMICA

El depósito irregular (del latín *depositum irregulare*) es un contrato gratuito por el cual un sujeto, denominado depositante, entrega una cosa fungible y consumible a otro, llamado depositario, con fines de custodia, quedando este obligado a restituir en equivalencia. Al igual que el mutuo, este contrato recae sobre bienes fungibles y consumibles, y conlleva una restitución en *tantumdem*, pero se distingue de aquel por la presencia del elemento de guarda. Los bienes fungibles propios de los depósitos irregulares permiten la mezcla de las unidades específicas, de modo que su combinación con otros depósitos los vuelve indistinguibles entre sí. Esto no constituye conmixtión, pues este modo de adquirir por accesión exige la ausencia de convención, circunstancia que aquí no se presenta.

21 Alejandro Guzmán Brito, “El depósito irregular en el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 23 (diciembre de 2014): 123-124, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5097378>.

22 Gayo, *Las instituciones*, 108-109.

23 Martín de Azpilcueta, *Comentario resolutorio de cambios* (Bruselas: New Direction-Fundación Cívica, 2020), 84.

24 Jesús Huerta de Soto, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos* (Madrid: Unión Editorial, 2023), 11.

La unión de especies fungibles responde a las características inherentes del contrato y a las necesidades sociales de reducción de los gastos operativos²⁵. La individualización de cada uno de los depósitos generaría una elevación notable en los costos de transacción.

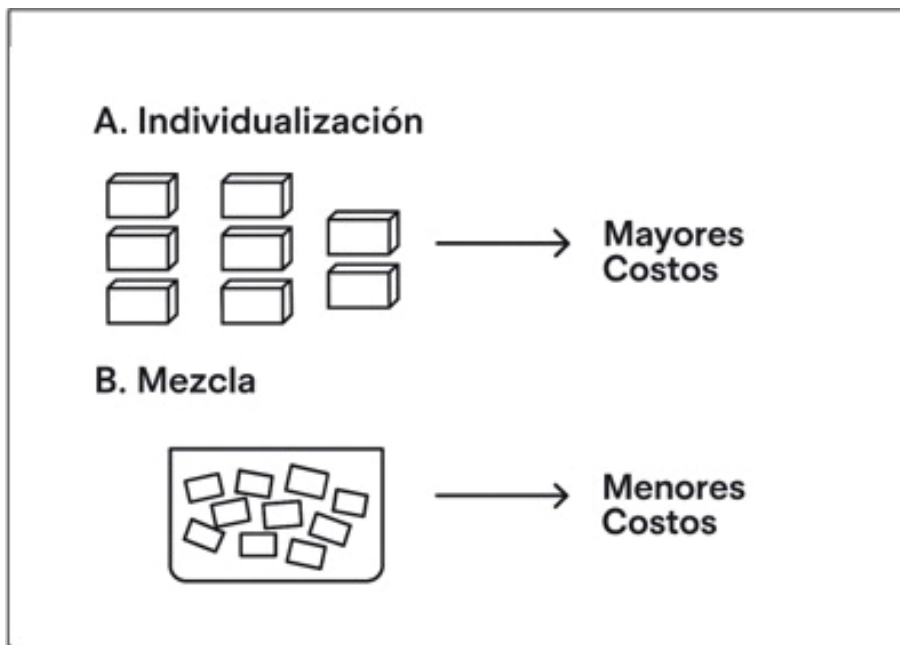


Figura 1. Comparación entre individualización y mezcla
Elaboración propia²⁶.

Otra función económica del depósito de fungibles es la sustitución de unidades específicas, característica que responde principalmente a la naturaleza fungible de los bienes y no al depósito en cuanto tal. En todo caso, dicha sustitución se encuentra estrictamente condicionada al mantenimiento de la plena disponibilidad del *tantundem*. Así, por ejemplo, si el depositante entrega veinte dólares en dos billetes de diez y el depositario necesita disponer físicamente de diez dólares, puede sustituir uno de los billetes por otro de igual valor, manteniendo en todo momento la disponibilidad. De esta situación surgen dos interrogantes: ¿el depositario se hace dueño de lo depositado? ¿Existe traslado de propiedad en el contrato de depósito irregular?

25 En el derecho romano ya podíamos ver el caso del naufragio del navío de Saufeio, donde lo normal era mantener los bienes fungibles —en este caso trigo— en un fondo común. Justiniano, “Digesta”, 288.

26 Esquema comparativo entre la individualización y la mezcla de depósitos, mostrando su impacto relativo en los costos.

2.3.4. LA PROPIEDAD EN ABSTRACTO DEL *TANTUNDEM*

La doctrina mayoritaria —desde el derecho romano— sostiene que el depósito irregular implica una transferencia de la propiedad, quedando el depositante reducido a un mero acreedor²⁷. Sin embargo, existe una línea doctrinal minoritaria que afirma que la propiedad del *tantundem* permanece en el depositante en abstracto. Ahora bien, resulta fundamental determinar la naturaleza del derecho que ostenta el depositante frente al banco: si se trata de un derecho real (*iure in re*) o únicamente de un derecho personal o de cobro (*iure ad rem*). Frente a la tesis mayoritaria, pueden formularse dos argumentos principales: 1) falta de título y modo de transferir el dominio y 2) propiedad en abstracto del *tantundem*.

El CC ecuatoriano se rige por la teoría del título y del modo. El título es la justa causa de la transferencia de dominio y el modo es la forma como se adquiere. En el depósito, el título es de mera tenencia, puesto que el depositario es un simple detentador y no existe modo de adquirir que sea consonante con este contrato²⁸. La tradición, como única opción aparentemente viable, resulta inaplicable, ya que en el depósito no concurre un *animus domini*, sino un *animus custodiendi*²⁹. En consecuencia, el depositante conserva la propiedad en abstracto del *tantundem* o cantidad de la cosa depositada y, simultáneamente, ostenta un derecho personal derivado de la obligación de custodia y de la consecuente restitución en equivalencia.

El depositario se hace dueño de las unidades específicas, pero queda siempre obligado a mantener el equivalente disponible. La calificación de la propiedad “en abstracto” se explica por la mezcla de las unidades específicas. Así, Díez-Picazo y Gullón recurren a la analogía de la conmixtión para sostener que no existe una verdadera transferencia del dominio, subsistiendo un derecho proporcional de cada depositante conforme a su *tantundem*³⁰. Por su lado, Nettelbladt niega el dominio sobre una cantidad numérica, ya que la propiedad es de los cuerpos en los que reside la cantidad, premisa que liga con el tema del depósito irregular³¹. El jurista alemán sostiene que la cantidad es accidental y no una sustancia³². Empero, la mezcla de especies en el depósito irregular neutraliza el dominio de la individualidad, no el título de propiedad en abstracto del equivalente en cantidad.

27 Ibid.

28 Otra opción sería mediante el ministerio de la ley. No obstante, que sea mediante el ministerio de la ley iría en contra de la ley natural, pues el depósito por esencia requiere de guarda, por lo que, *lex injusta non est lex*.

29 La tradición no solo requiere de una entrega material, también necesita de un ánimo de ceder y adquirir el dominio de parte del *tradens* y del *accipiendi*. Ver Larrea, *Manual elemental de derecho*, vol. 4, 257-262.

30 Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de derecho civil*, 470. Los autores utilizan el fenómeno de la conmixtión en “pura teoría”, aplicando el Código Civil español. Sin embargo, esta analogía también es consonante con el CC ecuatoriano. Debido a que el artículo 679 del CC establece que el dominio pertenece proindiviso, en proporción al aporte que hizo cada uno.

31 Daniel Nettelbladt, *Commentatio iuridica de deposito irregulari* (Halle: In Officina Libraria Rengeriana, 1750), 42.

32 Ibid.

En consecuencia, este tipo contractual tiene como esencia ser un pacto de mera tenencia, carente tanto de título como de modo para transferir dominio. Además, el derecho civil moderno ha ampliado el concepto de propiedad, superando la noción estricta de dominio sobre bienes corpóreos, para admitir la titularidad sobre derechos, cuotas, bienes incorpóreos, porcentajes, abstracciones, etcétera³³. Por tanto, el depósito irregular es un título real (*erga omnes*) que, si bien también presenta una dimensión personal (*inter partes*) en cuanto al depositante que es acreedor de la obligación del *tantundem*, ello no anula su propiedad. En definitiva, lo que hace que el depósito sea tal, y no otra figura, es el elemento de custodia, pues su identidad ontológica se encuentra en su esencia³⁴.

2.3.5. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE GUARDA

En materia no penal, la apropiación de los bienes objeto de un depósito genera daños y perjuicios, los cuales son indemnizables vía proceso judicial. De este modo, el incumplimiento del deber de guarda da lugar a una responsabilidad contractual. En el ámbito penal, esta conducta se adecúa al tipo penal de abuso de confianza³⁵. El artículo 187 del Código Orgánico Integral Penal determina que: “La persona que disponga, para sí o una tercera, de dinero, bienes o activos patrimoniales entregados con la condición de restituirlos o usarlos de un modo determinado será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”³⁶. El abuso de confianza es un delito doloso, patrimonial y de resultado. Requiere, por parte del sujeto activo, la tenencia legítima del bien, más no su dominio.

Conforme al verbo rector: *disponer*, para su configuración se precisa la sustracción del bien confiado. La materialización de la infracción se visualiza con la disminución del patrimonio del depositante, consecuencia de la apropiación imputable al depositario. Evidentemente, si se llega a disponer de unidades específicas, pero gozan constantemente del *tantundem*, no se configura el abuso de confianza de los depósitos de fungibles. Los bancos, al tener el privilegio legal institucionalizado derivado del régimen de reserva fraccionaria, se encuentran habilitados para disponer del encaje correspondiente de los depósitos del público. Esta habilitación normativa permite que la actividad bancaria se aparte de los principios generales del derecho que rigen el contrato, sin que dicha conducta genere, en la práctica, las consecuencias civiles y penales que

33 Para conocer la diferencia entre propiedad y dominio, ver Juan Larrea Holguín, *Manual elemental de derecho*, vol. 3, 1-2.

34 Aristóteles señala que el ser se dice de muchas maneras, pero siempre en relación con su esencia. Aristóteles, *Metafísica* (Madrid: Gredos, 1994), 162.

35 Cf., Guzmán Brito, “El depósito irregular”, 133-134.

36 Artículo 187, Código Orgánico Integral Penal [COIP], R. O. Suplemento 180 del 10 de febrero de 2014, reformado por última vez en R. O. Séptimo Suplemento 151 del 24 de octubre de 2025.

ordinariamente se derivarían del incumplimiento de custodia³⁷.

2.4. RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL DEL DEPÓSITO BANCARIO

Resulta necesario precisar la naturaleza jurídica del depósito bancario. Tradicionalmente, la apertura de cuentas implicaba un contrato real, esto es, la entrega efectiva de dinero como requisito de existencia. Hoy, en cambio, puede abrirse una cuenta sin depósito inicial, lo que revela su carácter consensual³⁸. Aunque en la práctica se lo denomina depósito, no coincide con el depósito civil, caracterizado por la gratuidad y una obligación estricta de custodia, incompatibles con la lógica lucrativa e intermediadora de las instituciones financieras. Tampoco encaja plenamente en el depósito mercantil, pese a su onerosidad. Si bien la actividad bancaria pertenece al ámbito mercantil, el contrato de depósito en configuración clásica no explica adecuadamente esta relación.

El depósito bancario presenta una naturaleza *sui generis*, que combina elementos del mutuo y del depósito, provocando tensiones en el principio de no contradicción: es simultáneamente, y en el mismo sentido, un depósito y un préstamo de fungibles. En efecto, se configura como un préstamo precario —figura ya de por sí inconsistente—. Frente a ello, parte de la doctrina sostiene la autonomía de la relación bancaria, postulando que el depósito bancario constituye una categoría independiente del depósito irregular y del mutuo. Sin embargo, esta construcción parece orientada a eludir la aplicación del régimen del depósito mercantil, que en principio debería regir. Desde la perspectiva de la libertad contractual, podría alegarse que la autonomía de la voluntad permite a las partes configurar relaciones atípicas.

No obstante, dicha autonomía no autoriza la creación de figuras jurídicamente contradictorias o incompatibles con los principios lógicos básicos. En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el fundamento del depósito bancario no descansa en la custodia, sino en la disponibilidad simultánea de los fondos. Este régimen especial responde a un carácter de orden público: el artículo 309 de la Constitución califica las actividades financieras como un servicio de orden público orientado a la intermediación eficiente de recursos. En consecuencia, el derecho bancario no se agota en el derecho privado mercantil, sino que presenta una marcada afinidad con el derecho público administrativo³⁹, dentro de un esquema de la planificación estatal. Ello se evidencia en las resoluciones de la Junta de Política y Regulación Monetaria y Financiera (en

37 Rothbard lo lleva a un extremo, mencionando que este sistema cumple con las características de un esquema Ponzi. Murray Newton Rothbard, *El misterio de la banca* (Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2008), 123.

38 Artículo 4, Superintendencia de Bancos, [Codificación de las Normas de la SB / Libro Uno-Sistema Financiero, Título XIII-Usuarios Financieros, Capítulo X], R. O. Edición Especial 123 del 31 de octubre de 2017, reformado por última vez el 19 de diciembre de 2025.

39 Ver Sergio Rodríguez Azuero, *Contratos bancarios: Su significación en América Latina* (Bogotá: Legis, 2002), 127-128.

adelante JPRMF), que fijan, por ejemplo, el encaje bancario mediante actos normativos administrativos.

A diferencia de mercados regidos por la libre competencia, la intervención estatal es determinante: la Administración puede asistir a las entidades financieras —a través del Fondo de Liquidez— para preservar la estabilidad del sistema⁴⁰. La manifestación más significativa de este régimen es la habilitación legal de los bancos para crear dinero mediante la disposición parcial de los depósitos. Ahora bien, siguiendo la lógica del derecho administrativo, las concesiones suelen ser temporales y prorrogables. Sin embargo, la concesión bancaria carece de límite temporal, operando *ad infinitum*. En rigor, el depósito bancario es una institución evolutiva, positivizada, que incorpora la disponibilidad inmediata del depósito y el consumo del mutuo —al menos parcial— de los bienes entregados a través del sistema de encaje. Este carácter evolutivo no garantiza, por sí mismo, su validez jurídica ni su consonancia con los principios generales del derecho, del mismo modo que ocurrió históricamente con el *depositum confessatum*.

En esta línea, cabe entender el depósito bancario como una ficción legal que es útil para la operatividad del sistema financiero, pero potencialmente injusta, en cuanto encubre una relación de disposición de recursos ajenos bajo la apariencia de custodia. De ahí, la pertinencia del aforismo *lex injusta non est lex*, pues la captación de recursos ajenos —incumplimiento contractual— bajo estas condiciones plantea serios cuestionamientos de justicia⁴¹.

2.4.1. TIPOS DE DEPÓSITOS BANCARIOS

En grandes rasgos, los depósitos bancarios se dividen en dos tipos: 1) depósitos a la vista y 2) depósitos a plazo. Los depósitos a la vista tienen una disponibilidad inmediata de los fondos, mientras que en los depósitos a plazo el dinero se encuentra inmovilizado hasta que se cumpla con el tiempo establecido. Existen otras variantes, como los depósitos a interés variable, los depósitos estructurados, etc. Sin embargo, estas otras formas de depósitos bancarios se circunscriben dentro de las dos grandes categorías ya expuestas. El análisis que corresponde a este trabajo utiliza únicamente la clasificación de depósitos a la vista, ya que los depósitos a plazo son genuinos préstamos de fungibles.

⁴⁰ Se rige bajo la competencia administrativa conforme al principio fundamental del derecho público de que se puede hacer solamente lo que está permitido, no mediante la autonomía de la voluntad privada.

⁴¹ “Han de entender que no es suya, sino agena la moneda, y no es justo, que por seruirse della, dexé de seruir a su dueño”. Tomás de Mercado, *Summa de tratos y contratos* (Sevilla: Casa de Fernando Díaz, 1587), 223. Se conserva la ortografía original de la edición consultada.

3. REVISIÓN DE LITERATURA

3.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LAS ESCUELAS ACERCA DEL DEPÓSITO IRREGULAR

En el derecho romano la apropiación indebida de los depósitos era concebida como un *furtum*, en cuanto violaba la ley natural⁴². En efecto, los juriscultos clásicos recogidos en el *Corpus iuris civilis* de Justiniano entendían la importancia de valorar la guarda en los depósitos. Tal era el grado de honra al principio de custodia que las Novelas justinianas efectuaron una prohibición con el fin de constituir un “justo miedo” en los posibles transgresores de depósitos ajenos, ya que esta conducta no solo tenía una connotación jurídica, sino también moral⁴³. En la Edad Media, por la prohibición canónica de la usura, se optó por esgrimir el argumento del interés moratorio del derecho justiniano. Pues en el *Corpus iuris civilis* la penalización de esta conducta era el cobro de interés moratorio, al margen de que se podía proponer una *actio depositi* (civil) o una *actio furti* (penal)⁴⁴.

La práctica era constituir un depósito de dinero, en el que el banco aparentaba que no podía devolver el dinero y, por lo tanto, se terminaba pagando intereses moratorios. El fin de esta *praxis* era eludir simultáneamente un pecado mortal y la figura del préstamo mediante la simulación de un depósito. Esta figura era llamada *depositum confessatum*, ya que se declaraba bajo juramento la existencia de un depósito —simulado— para el cobro de intereses. Se trató de una institución evolutiva, ampliamente comentada por los glosadores. Este es el primer antecedente de confusión entre el mutuo y el depósito, situación que se prolonga hasta nuestros días. Siguiendo con la Edad Media, entre los comentaristas, Paulo de Castro parece haber sido el primero en introducir la voz irregular, tradición que Jassón de Maino continúa al referirse a los depósitos regulares. No obstante, el posglosador por excelencia que formula de manera explícita la distinción entre los adjetivos regular e irregular es Francesco de Mántica, quien señala: “*depositum aliud est regulare, aliud irregulare*”⁴⁵.

En el Siglo de Oro español, los escolásticos de la Escuela de Salamanca se dividieron en dos subescuelas: 1) la *Currency School* (escuela monetaria) y 2) la *Banking School* (escuela bancaria). La *Currency School* toma la batuta de la escuela clásica del derecho romano, reconociendo la custodia del 100 % de

42 Justiniano, “Digesta”, 814 y 820.

43 “*Ut hoc timore stultorum simul et perversorum maligne versandi in depositionibus homines cessent*” (Para que con este temor los hombres dejen de ser manipulados maliciosamente en los depósitos por los necios y a la vez perversos). Justiniano, “Novellae”, en *Corpus Iuris Civilis*, ed. Rodolfo Schoell y Guillermo Kroll (Berlín: Apud Weidmannos, 1895), 426.

44 Justiniano, “Codex”, en *Corpus Iuris Civilis*, ed. Paul Krüger (Berlín: Apud Weidmannos, 1812), 174.

45 Francesco de Mántica, *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus in libros viginti septem dispartitae* (Roma: Typographia Vaticana, 1609), 551. Se conserva la ortografía original de la edición consultada.

lo depositado, escuela que tenía como exponentes a Martín de Azpilcueta, Tomás de Mercado y Luis Saravia de la Calle⁴⁶. Por su parte, la *Banking School* opta por fundamentar un depósito en tanto préstamo precario influenciado por la práctica del *depositum confessatum*. Entre sus principales autores se encuentran Domingo de Soto, Luis de Molina, Leonardo de Lesio y Juan de Lugo. Así se fundamentaría lo que es el negocio bancario moderno, ya que es evidente que la línea doctrinal de los escolásticos de la *Banking School* es el marco teórico que se utiliza hoy en día para el sistema bancario con reserva fraccionaria.

Con el tiempo se fue desviando el debate, tanto en la escuela monetaria como en la bancaria en la Inglaterra del siglo XIX. La *Currency School*, liderada por las ideas de David Ricardo que, si bien protegían el respaldo de los billetes emitidos por los bancos, desatendió por completo el respaldo de los depósitos. Este pensamiento ricardiano se materializó en la Ley Peel de 1844, que generó efectos económicos adversos, pues se prohibió emitir dinero sin respaldo, pero permitió un encaje fraccionario. Del lado de la *Banking School*, su principal defensor era Fullarton, de quien se destaca la teoría del reflujo y el antiguo argumento de John Law acerca de la “necesidad del comercio”, es decir, el aumento de oferta monetaria mediante la nueva creación de medios fiduciarios —expresados en depósitos a la vista—.

En la actualidad existen cuatro escuelas de pensamiento que debaten en el marco de la banca: 1) escuela de banco central con encaje fraccionario (keynesianos y mayoría de monetaristas del siglo XX), 2) escuela de banca libre con encaje fraccionario (escuela bancaria del siglo XIX, teóricos de la liquidez y ciertos austriacos como White, Selgin, etc.), 3) escuela de banca libre sin encaje fraccionario (línea principal de la escuela austriaca) y 4) escuela de banca central sin encaje fraccionario (propuesta de la escuela de Chicago en los años 1930)⁴⁷. La corriente de pensamiento que sigue este trabajo es la escuela de banca libre sin encaje fraccionario. La línea principal de los austriacos considera que el depósito es una figura jurídica incompatible con el sistema bancario con reserva fraccionaria y entiende la importancia de los efectos negativos de la expansión crediticia a la estructura de producción.

⁴⁶ Luis Saravia de la Calle ya advertía sobre los peligros de la apropiación de los depósitos por parte de los banqueros. Al respecto este señala: “no le libra de culpa, al menos venial, por encomendar el depósito de su dinero a quien sabe que no le ha de guardar su depósito, sino le ha de gastar su dinero, como quien encomienda la doncella al luxurioso y el manjar al goloso”. Luis Saravia de la Calle, *Instrucción de mercaderes* (Madrid: Marsiega, 1949), 197. Se conserva la ortografía original de la edición consultada.

⁴⁷ Para conocer más autores de cada escuela, ver Huerta de Soto, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, 502.

3.2. DOCTRINAS Y ARGUMENTOS

Para fundamentar jurídicamente el empleo de los depósitos, se creó la tesis del pacto tácito. Esto significa que se sobreentiende que el depositario puede disponer de los bienes fungibles depositados. Este acuerdo habilita al depositario a utilizar lo depositado de forma implícita, siempre teniendo la obligación de restituir en equivalente del mismo género y cantidad. Sin embargo, esta tesis es contraria al deber de custodia y su constante disponibilidad. Agotada esta teoría, la doctrina empezó a inclinarse por otra opción. Esta nueva línea se basa en la redefinición del concepto de disponibilidad. Es decir, la disponibilidad ya no se entiende como un sentido estricto de tener constante el 100 % del *tantundem*. Se redefine en sentido laxo como una suerte de estado de solvencia en que los bancos pueden disponer de los depósitos con cierto grado de prudencia, de acuerdo con una legislación bancaria que a la vez descansa en la ley de los grandes números⁴⁸.

Se sustituye la guarda por un elemento económico de cálculo de probabilidades que utiliza el fundamento técnico de un contrato de seguro⁴⁹. Ello volvería al depósito un contrato aleatorio. Ahora bien, la doctrina del CC ecuatoriano distingue tajantemente el mutuo del depósito. El CC describe cómo los depósitos evidentemente no pueden ser utilizados, a menos que se dé una autorización o permiso. El acápite 3 del artículo 2125 reza lo siguiente: “Se presume más fácilmente este permiso en las cosas que no se deterioran sensiblemente por el uso”⁵⁰. Esta sería la regla general para todos los bienes consumibles; sin embargo, el artículo 2126 en calidad de disposición especial —solo para el dinero— pone de manifiesto una presunción legal donde el depositario puede emplear el dinero cuando no está individualizado el depósito.

A la luz de lo anterior, es preciso analizar el espíritu del código —mediante una interpretación teleológica-histórica—, siendo lógico retrotraerse al proyecto de Código Civil chileno. El proyecto de 1853 expresamente señala un cambio de depósito a mutuo si se sirve del bien fungible. El proyecto menciona lo siguiente: “En el depósito de dinero, si no es en arca cerrada cuya llave tiene el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá contrato de mutuo”⁵¹. Además, Bello realiza una anotación de pie de página en el artículo 2365, acápite 3, del proyecto de 1853 —en el CC ecuatoriano es el artículo 2125—. Esta nota remite a Pothier, quien explica que, cuando se entregan bienes consumibles,

48 Ibid., 120.

49 Hualde, “Causa, función y perversión”, 169.

50 Artículo 2125, CC.

51 Andrés Bello, “Proyecto de Código Civil de 1853”, en *Obras completas*, vol XII, ed. Dirección del Consejo de Instrucción Pública (Santiago de Chile: Pedro G. Ramírez, 1888), 564. En el mismo sentido: “Después, i supuesto el permiso del depositante, hai comodato, si la cosa no es funjible; i si es funjible, hai mutuo”. Se conserva la ortografía original de la edición consultada. Ibid. Este artículo lamentablemente se pierde de ser redactado en el Proyecto Inédito y en el código oficial.

se refuerza el consentimiento para que el depositario pueda disponer de la cosa, lo que determina la transformación del depósito en mutuo⁵².

Por tanto, incluso el derecho positivo es consonante con la escuela clásica romana, pues el espíritu del CC separa categóricamente el mutuo del depósito. Dicho esto, existen tres argumentos recurrentes de la literatura: 1) teoría autónoma de la relación bancaria, 2) libertad contractual y autonomía privada y 3) el derecho como orden evolutivo. Según la primera doctrina, la relación bancaria se traduce en un contrato atípico respecto del depósito y el mutuo⁵³. En realidad, la esencia de guarda hace que el depósito sea tal y no otra figura, ergo, la relación bancaria no puede nominar depósito a una figura que no tiene como naturaleza la custodia del bien. Además, el fin social del depósito bancario es la guarda de los bienes entregados, no el consumo. La calificación jurídica de un contrato recae en su *natura negotii*, no en su etiqueta. Como bien diría Claro Solar: “Los contratos, se dice, se caracterizan por lo que son, por las relaciones jurídicas a que dan lugar, y no por el nombre con que se les designe”⁵⁴.

Siguiendo esta línea, el libre mercado por medio de la autonomía de la voluntad no puede alterar la estructura ontológica de los tipos contractuales⁵⁵. La autonomía privada carece de aptitud para configurar un depósito consumible, de la misma forma que la contradicción lógica impide concebir un círculo con esquinas. El derecho como orden evolutivo progresa dentro de las esencias ontológicas de cada categoría jurídica, no a pesar de ellas. Ignorar la esencia de cada tipo de contrato sería caer en un relativismo contractual, pudiendo crear compraventas sin precio, donaciones onerosas, arrendamientos sin canon, etc.

En esta misma línea, tampoco resulta satisfactoria la asimilación del depósito bancario al contrato de cuenta corriente mercantil. Si bien esta figura permite explicar ciertos aspectos funcionales de la operatividad bancaria —como la dinámica de créditos y débitos o la posición deudora del banco frente al cliente—, no resuelve el problema esencial relativo a la disponibilidad de los fondos.

52 Pothier señala: “Par exemple, lorsqu'on a donné en dépôt des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait, comme de l'argent, on ne présume que très difficilement le consentement de celui qui les a données en dépôt, pour que le dépositaire se serve de cet argent; ce qui ne se peut faire qu'en convertissant le dépôt en prêt” (Por ejemplo, cuando se han dado en depósito cosas que se consumen por el uso que se hace de ellas, como el dinero, solo se presume con muchísima dificultad el consentimiento de quien las ha dado en depósito para que el depositario use ese dinero; lo cual no puede hacerse sino convirtiendo el depósito en préstamo). Robert Joseph Pothier, “Traité du contrat de dépôt”, en *Oeuvres de Pothier*, t. 5, ed. M. Bugnet (Paris: Cosse et Marchal, 1861), 137. Pothier bien diferencia con este ejemplo el mutuo del depósito, no obstante, más adelante en el mismo tratado cae en el error de aplicar la teoría del acuerdo tácito al depósito irregular. *Ibid.*, 154.

53 Sebastián Boada Morales, “La naturaleza jurídica de la cuenta bancaria”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 36 (enero-junio de 2019): 197, <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5792/7303>.

54 Luis Claro Solar, “Del depósito de dinero y especialmente del depósito bancario”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* 32, n.º 3-4 (1935): 229, <https://vlex.cl/vid/deposito-especialmente-bancario-232340961>.

55 Cf., White, “Free Banking”, 120-121.

En efecto, conforme a su regulación en el Código de Comercio, la cuenta corriente no incorpora como elemento estructural una obligación de custodia ni la exigencia de mantener una disponibilidad inmediata del *tantundem*⁵⁶. Por el contrario, se articula mediante un sistema de compensación y liquidación periódica de créditos, propio de un contrato de tracto sucesivo. En este marco, la parte que recibe las sumas no está obligada a mantener en todo momento una cantidad equivalente disponible, sino únicamente a responder por el saldo resultante. Por tanto, su utilización como categoría explicativa no elimina la contradicción inherente a la coexistencia de una disponibilidad simultánea de los fondos, sino que simplemente la desplaza hacia una figura que tampoco resulta plenamente adecuada para justificarla. Pues el cuentahabiente persigue un contrato con finalidad de custodia de sus bienes, no un acuerdo que implique la transferencia de su propiedad.

3.3. RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL COEFICIENTE DE CAJA DEL 100 %

En la jurisprudencia del *civil law*, existen precedentes en Francia y España que reconocen el coeficiente de caja del 100% de lo depositado⁵⁷. El caso más famoso corresponde a la sentencia de primera instancia sobre la quiebra del Banco de Barcelona. En el fallo se les da preferencia a los acreedores de dominio y se considera que los demandantes son verdaderos depositantes. Tesis que sigue el propio Tribunal Supremo español en un caso similar en 1928. Lamentablemente, la jurisprudencia nacional sobre esta materia resulta prácticamente inexistente. En cambio, el precedente más relevante de la tradición del *common law* anglosajón es el caso *Foley C. Hill and others*, por el cual se habilita a los bancos a utilizar el dinero de los depósitos a su discreción.

El caso propuesto por Edward Thomas Foley buscó justificar una relación no contractual fiduciaria, lo que la doctrina anglosajona denomina el *trust*. Sin embargo, la Cámara de los Lores resolvió no determinar una relación fiduciaria ni un contrato de depósito que, por lógica, debería mantener el coeficiente de caja del 100 %, sino un mutuo, fuertemente influenciado por las prácticas bancarias de ese tiempo. Rothbard, al estudiar esta sentencia, desarrolló a la par la figura del *bailment* dentro del *common law*, de modo que plantea la siguiente cuestión: ¿por qué en la corriente jurisprudencial del *grain warehouse law* estadounidense —que tiene la obligación de mantener el 100 % del *tantundem*—, donde las condiciones para depositar fungibles son sustancialmente las mismas, y el grano es en rigor un depósito, evolucionó en

56 Artículo 612, Código de Comercio [CCo], R. O. Suplemento 497 del 29 de mayo de 2019, reformado por última vez en R. O. Sexto Suplemento 142 del 13 de octubre de 2025.

57 Ver Huerta de Soto, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, 16-17.

la dirección opuesta a la banca?⁵⁸.

4. LA BANCA ECUATORIANA Y LOS DEPÓSITOS BANCARIOS

El sistema financiero ecuatoriano tiene su génesis en el siglo XIX. En el siglo XX, la crisis de los años veinte y el descontento con el gobierno denominado “liberal plutocrático” dieron lugar a la Revolución Juliana de 1925⁵⁹. De este proceso se derivó la creación del Banco Central en 1927, durante el gobierno de Isidro Ayora, con el asesoramiento de la Misión Kemmerer. En 1999 se produjo la crisis del feriado bancario. Este episodio constituyó el hito histórico más importante en materia financiera del país: la adopción del dólar. En la actualidad, el Ecuador opera bajo un sistema de reserva fraccionaria con Banco Central como la mayoría de los países. El sistema financiero nacional se estructura en tres sectores: público, privado y popular y solidario⁶⁰. Dentro de este sistema operan diversas instituciones financieras⁶¹, entre las cuales destacan los bancos, tanto públicos como privados, por su relevancia económica y por constituir el objeto principal de análisis en el presente trabajo.

4.1. LA INTERMEDIACIÓN Y EL NEGOCIO BANCARIO

Las principales operaciones de la banca moderna son dos: 1) captar depósitos del público y 2) otorgar créditos. La primera se conoce como operación pasiva y la segunda como operación activa. Históricamente, la función social por excelencia del negocio bancario ha sido la custodia de los depósitos, pues los cuentahabientes tienen una expectativa legítima de que se mantenga el 100 % de su dinero en *tantundem*. Sin embargo, la banca de depósitos con el tiempo ha mutado a una banca de préstamos. La intermediación bancaria se configura como el empleo de una parte del dinero depositado con el fin de otorgar préstamos. Este negocio se financia con la diferencia (*spread*) entre el tipo de interés que el banco cobra por los préstamos (tasa activa) y la tasa que se paga a los depositantes (tasa pasiva).

Este margen de ganancia es indispensable para la operatividad del sistema, además de permitir la prestación de servicios accesorios⁶². A continuación se presenta el balance de un banco para poder visualizar de mejor manera cómo

58 Esta doctrina tiene su origen en la jurisprudencia del siglo XIX, la cual calificó como actividad fraudulenta la disposición de los depósitos de granos, confiados para su guarda, con fines de especulación en el mercado de Chicago. Murray Newton Rothbard, *The case against the Fed* (Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2007), 42-43.

59 Una de las grandes causas de la crisis del veinte fue el exceso de crédito que realizó el Banco del Ecuador, empero, no fue atacada con la misma magnitud que la circulación excesiva de billetes, ver Wilson Miño Grijalva, *Breve historia bancaria del Ecuador* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2008), 58.

60 Artículo 309, Constitución de la República del Ecuador [CRE], R. O. Suplemento 449 del 20 de octubre de 2008, reformado por última vez en R. O. Tercer Suplemento 568 del 30 de mayo de 2024.

61 Para conocer específicamente todas las instituciones del sector financiero, ver Artículos 161, 162 y 163, Código Orgánico Monetario y Financiero [COMF], R. O. Suplemento 332 del 12 de septiembre de 2014, reformado por última vez en R. O. Cuarto Suplemento 610 del 29 de julio de 2024.

62 Boada, “La naturaleza jurídica”, 175-176.

se manejan los activos y pasivos del negocio bancario.

Activos	Pasivos
- Reservas	- Depósitos
- Préstamos (corto y largo plazo)	- Deuda (corto y largo plazo)
- Otras inversiones	- Patrimonio (incluyendo capital)

Figura 2. Balance de un banco

Fuente: Extraído a partir de Sebastián Boada Morales⁶³.

Este balance refleja cómo, en la práctica bancaria, los depósitos a la vista combinan características de custodia con funciones de crédito, al figurar en el pasivo del banco como obligación de pago. Si realmente los depósitos estuviesen custodiados íntegramente, estarían en el activo del banco, no en el pasivo. Que se encuentren en dicha sección demuestra que el depósito es una deuda del banco y un derecho de cobro del depositante. La intermediación como método para captar y a la vez generar inversión provoca tensiones al momento de establecer las sanciones del incumplimiento de la obligación de guarda, sobre todo el abuso de confianza en materia penal. No obstante, la legitimidad que otorga el Estado al sistema asegura que los bancos no caigan en esa situación.

4.2. EL SISTEMA DE RESERVA FRACCIONARIA Y SUS GARANTÍAS DE ESTABILIDAD

4.2.1. ENCAJE FRACCIONARIO Y RESERVAS DE LIQUIDEZ

El modelo de encaje fraccionario descansa en el principio de que los bancos pueden disponer de los depósitos hasta determinado porcentaje fijado por la ley. En la figura 2 se observa que los depósitos se registran en el pasivo del banco. Ello obedece a que los depósitos del público son utilizados para créditos y las reservas se contabilizan como activos. Aquellas reservas se mantienen en el Banco Central⁶⁴. La entidad competente para regular el encaje, según el Código Orgánico Monetario y Financiero (en adelante COMF) es la JPRMF⁶⁵. Según la normativa, actualmente la banca pública y privada tiene un encaje del 5 % si sus activos superan USD 1000 millones

⁶³ Ibid., 174.

⁶⁴ Artículo 240, COMF.

⁶⁵ Id., artículo 241.

o un porcentaje del 4 % si sus activos son menores o iguales a USD 1000 millones⁶⁶. Cabe resaltar que este coeficiente de caja no se calcula de forma diaria, sino semanal. Ello se debe a que, al final de la semana, se saca el promedio de los saldos diarios⁶⁷. Mantener este encaje es obligatorio, so pena de sanción⁶⁸. El Banco Central es responsable de monitorear, al cierre de cada periodo semanal, que las entidades financieras cumplan con el nivel de encaje legal requerido.

En caso de detectarse deficiencias en el cumplimiento del encaje, dichas irregularidades deben ser notificadas al organismo de control correspondiente⁶⁹. En el caso de los bancos públicos y privados, el ente de control es la Superintendencia de Bancos⁷⁰. A pesar de la persistencia de llamar depósito a lo que claramente sería una operación crediticia, ya con la propia definición de reserva fraccionaria se puede notar su inconsistencia. La custodia íntegra de lo depositado no tiene lugar dentro del sistema de encaje. Pues romper la guarda constituye un incumplimiento contractual. De todas formas, este sistema, al basarse en la confianza, requiere que los bancos tengan una reserva de liquidez. El Estado, por disposición constitucional, tiene como principal objetivo que la política financiera fije niveles de liquidez suficientes para mantener una seguridad financiera adecuada⁷¹. La norma establece que las entidades financieras —incluyendo bancos privados, mutualistas, cooperativas de ahorro y crédito y cajas centrales— están obligadas a mantener reservas de liquidez sobre sus captaciones, conforme a los niveles y activos definidos por el Banco Central⁷².

Estas reservas deben cumplirse como un promedio durante periodos bisemanales de catorce días consecutivos (de jueves a miércoles), determinados por el Banco Central⁷³. En cuanto a la composición de las reservas de liquidez, la normativa establece que las entidades financieras deben mantener una proporción mínima de sus captaciones en activos específicos. En el caso de los bancos privados, al menos el 1,5 % de las captaciones debe invertirse en títulos de entidades financieras públicas y un mínimo del 2 % en títulos emitidos por el ente rector de las finanzas públicas (Ministerio de Economía y

66 Artículo 1, Resolución JPRFM-2025-014-M, Junta de Política y Regulación Financiera y Monetaria [Regulación del porcentaje de encaje y reservas de liquidez de las entidades de los sectores financieros público, privado y popular y solidario], Suplemento del Registro Oficial 185 del 16 de diciembre de 2025.

67 Artículo 228, Resolución JPRM-2025-006-M, Junta de Política y Regulación Monetaria [Codificación de las resoluciones de política monetaria del Banco Central del Ecuador], Suplemento del Registro Oficial 104 del 18 de agosto de 2025.

68 Id., artículo 235.

69 Id., artículo 231.

70 Artículo 60, COMF.

71 Artículo 302, CRE.

72 Artículo 237, Resolución JPRM-2025-006-M.

73 Id., artículo 238.

Finanzas)⁷⁴. Las reservas de liquidez son clave para que el sistema no colapse, tanto así que constituye un requisito indispensable para acceder al prestamista de última instancia⁷⁵. Estas reservas presuponen una actividad bancaria basada en criterios de prudencia. No obstante, tal prudencia no se justifica dentro de la lógica de un depósito genuino. Pues el contrato de guarda y custodia exige la disponibilidad permanente del *tantundem*.

Bajo esta perspectiva, resulta problemático introducir un criterio prudencial, pues ello implicaría admitir un margen de disposición que desnaturaliza la esencia del depósito. En rigor, la apelación a una disponibilidad en un sentido laxo —como facultad de gestionar prudencialmente los recursos con miras a su posterior devolución— desvirtúa su significado jurídico, que exige una disponibilidad inmediata constante. En este sentido, en el contrato de depósito no se transfiere la propiedad del *tantundem* en abstracto. Sin embargo, en la práctica bancaria, las entidades financieras proceden a reordenar y mezclar las unidades monetarias, tratándolas como fungibles. De este modo, el criterio de prudencia sí tiene cabida, pues el reordenar los recursos requiere de cierto grado de racionalidad y control.

4.2.2. FONDO DE LIQUIDEZ Y SEGURO DE DEPÓSITO

Ecuador, al ser un país dolarizado, carece de emisión monetaria propia para inyectar liquidez a los bancos. En consecuencia, se optó por un sistema alternativo, basado en el Fondo de Liquidez como prestamista de última instancia. Este consiste en un fideicomiso destinado a atender las necesidades de liquidez de las instituciones financieras que tengan un patrimonio técnico adecuado y que hayan administrado debidamente su liquidez⁷⁶. El constituyente es la Corporación del Seguro de Depósitos, Fondo de Liquidez y Fondo de Seguros Privados (en adelante COSEDE); y el Banco Central, como banco de los bancos⁷⁷, funge como administrador del patrimonio autónomo de forma conjunta con el COSEDE. El Fondo de Liquidez se considera una garantía para el sistema.

Esto no implica que sea contrario al mandato constitucional del artículo 308 de la Carta Magna, el cual prohíbe: 1) garantía de solvencia a instituciones financieras privadas y 2) el congelamiento o retención arbitrario o generalizado de los depósitos. La prohibición de garantía de solvencia que determina la Carta Política se refiere a la inyección de recursos a entidades insolventes para

74 Id., artículo 243. La rectoría del Sistema Nacional de Finanzas Públicas (SINFIP) corresponde a la presidencia de la República, quien la ejerce a través del Ministerio de Economía y Finanzas. Artículo 71, Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas [COPFP], R. O. Segundo Suplemento 306 del 22 de octubre de 2010, reformado por última vez en R. O. Sexto Suplemento 142 del 13 de octubre de 2025.

75 Artículo 353, COME.

76 Id., artículos 190 y 333.

77 Ver Rodríguez, *Contratos bancarios*, 137-138.

evitar la quiebra (el denominado *bailout*). El Fondo de Liquidez se basa en los aportes de las instituciones financieras y no constituye un *bailout*. Por tanto, no existe contradicción entre la norma constitucional y la infraconstitucional. Evidentemente, los bancos públicos pueden ser capitalizados y reestructurados financieramente por el Estado, al ser este el dueño. De modo que los aportes al Fondo de Liquidez vienen únicamente del ámbito privado y del sector popular y solidario. El patrimonio del Fondo de Liquidez se compone de aportes, donaciones, rendimiento de inversiones y utilidades líquidas de cada ejercicio anual, recursos provenientes de préstamos o líneas contingentes y fondos provenientes de préstamos entre los fideicomisos del Fondo de Liquidez⁷⁸.

Llama la atención que el Banco Central del Ecuador no sea considerado, en sentido estricto, como prestamista de última instancia. En efecto, la literatura económica moderna suele legitimar a los bancos centrales precisamente por el ejercicio de dicha función, lo que conduce a cuestionar la razón de ser del Banco Central ecuatoriano en el contexto actual. En este escenario, el Fondo de Liquidez no puede calificarse propiamente como un prestamista de última instancia, puesto que carece de la facultad de financiarse vía emisión monetaria, la cual constituye un pasivo de los bancos centrales. Más bien, se configura como un fideicomiso que opera como garantía, no como un instrumento mediante el cual el Estado asume directamente la obligación de auxilio. Es un esquema diseñado para que las propias instituciones del sistema afronten sus contingencias sin desbordar su estabilidad.

Otra herramienta relevante de este sistema es el seguro de depósitos que, más que una garantía a los bancos, es una tutela directa a los depositantes. El COSEDE es el administrador de los seguros de depósitos y a su vez es la entidad que los paga⁷⁹. Este también se maneja en fideicomisos⁸⁰ y se activa cuando el banco tiene una liquidación forzosa, situación en que los depósitos evidentemente necesitan ser restituidos. De las causales de liquidación forzosa expuestas en el artículo 303 del COMF, la más relevante para este caso es la imposibilidad de pagar sus obligaciones, especialmente los depósitos. Ciertamente esta causal solo se activa al momento en que el Fondo de Liquidez no pueda cubrir con el pago. Respecto al monto protegido, este protege los ahorros de cada depositante hasta una cantidad equivalente de dos veces la fracción básica exenta del impuesto a la renta, estableciendo un mínimo de 32 000,00. Asimismo, el pago total de esta cobertura no puede exceder el patrimonio del fideicomiso correspondiente⁸¹.

78 Artículo 335, COMF.

79 Id., artículo 80.

80 Id., artículo 324.

81 Id., artículo 328.

El Fondo de Liquidez actúa de manera preventiva (*ex ante*) para apoyar a los bancos frente a problemas temporales de liquidez, mientras que el seguro de depósitos opera como un resultado final (*ex post*), asegurando que los clientes recuperen sus fondos si la entidad no puede continuar operando. Un depósito genuino de guarda y custodia no debería requerir un seguro como garantía, ya que el seguro se fundamenta en el cálculo de probabilidades y en la cobertura de riesgos asociados a hechos futuros⁸². Esto introduce un elemento de aleatoriedad que no solo caracteriza al contrato de seguro, sino que también se proyecta sobre el propio depósito bancario por el hecho de utilizar categorías de solvencia. Por ende, un depósito que subordine la plena disponibilidad del *tantundem* a criterios de solvencia prudencial difícilmente merece ser calificado como depósito.

Estas cuatro garantías de estabilidad: 1) el Fondo de Liquidez, 2) el seguro de depósitos, 3) las reservas de liquidez y 4) el porcentaje de encaje fraccionario blindan al sistema de encaje fraccionario ecuatoriano. No mantener la estabilidad del sistema puede desencadenar en un *moral hazard* generalizado, porque los bancos pueden asumir un mayor riesgo sin tener que mantener la plena disponibilidad de los depósitos⁸³. Sin embargo, todas estas “garantías de estabilidad” que desarrolla el sistema bancario ecuatoriano no tendrían razón de ser dentro de un modelo de coeficiente de caja del 100% de los depósitos.

4.3. DOBLE DISPONIBILIDAD, CREACIÓN DE DINERO Y MULTIPLICADOR BANCARIO

El dinero es una institución social formada espontáneamente, cuya función principal consiste en servir como medio común de intercambio. Junto a él existen los denominados sustitutos del dinero, entendidos como “títulos seguros e inmediatamente convertibles en dinero”⁸⁴. Existen dos tipos de sustitutos monetarios: 1) los certificados monetarios, que se encuentran plenamente respaldados, y 2) los medios fiduciarios, que no lo están, pues descansan en la confianza. Rothbard sostiene que los depósitos ingresan en la oferta monetaria, en tanto en cuanto las valoraciones subjetivas de los agentes los estimen equivalentes al dinero⁸⁵. Según la contabilidad nacional, en diciembre de 2025, los depósitos a la vista ascienden a USD 15 695,56 millones; en contraste con las reservas bancarias, que en el mismo mes suman USD 6260,4

82 Eduardo Peña Triviño, *Manual de derecho de seguros* (Guayaquil: Edino, 2012), 34.

83 Una solución interesante para las posibles corridas bancarias por *moral hazard* que proponen miembros de la *free banking school* con encaje fraccionario es la constitución de cláusulas de opción o salvaguarda. Estas cláusulas se consideran una última línea de defensa para la estabilidad del modelo, en el que los bancos pueden posponer y aplazar su obligación de devolución inmediata. Empero, al no ser pagaderos a la vista, se configura un contrato aleatorio por basarse en la liquidez y no en la disponibilidad. Ver Huerta de Soto, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, 554.

84 Mises, *La teoría del dinero*, 25.

85 Murray Rothbard, “Austrian Definitions of the Supply of Money”, en *New Directions of Austrian Economics*, ed. Louis M. Spadaro (San Francisco: Institute for Humane Studies, 1978), 145.

millones⁸⁶. Referencia que demuestra, desde el punto de vista fáctico, que no se mantienen íntegros los depósitos e implica un aumento en la oferta monetaria M1⁸⁷.

El público que deposita dinero en la banca tiende a buscar una forma de atesoramiento o ahorro, esperando que los fondos se encuentren íntegramente disponibles, configurando así un certificado monetario. Sin embargo, en la práctica, al no mantenerse íntegros los depósitos, estos pasan a ser sustitutos del dinero traducidos en medios fiduciarios⁸⁸. Este modelo crea dinero *ex nihilo* mediante la disposición de un porcentaje de los depósitos para la concesión de préstamos. El banco se limita a anotar en sus asientos contables —como ficción de disponibilidad jurídica— la existencia de una deuda frente al depositante, mientras que el excedente de reservas se canaliza hacia el crédito. El préstamo otorgado es posteriormente depositado en otra entidad bancaria, prolongando este aparente “ciclo virtuoso” con nuevos agentes que piden prestado y redepositan los fondos. De este modo, se genera un fenómeno de doble disponibilidad del depósito, en el que tanto el depositante como el banco disponen simultáneamente del mismo dinero.

Esta doble disponibilidad provoca el llamado multiplicador bancario. Se denomina de esta forma porque, al existir únicamente un derecho personal del depositante, la capacidad del banco de disponer de parte de los depósitos y otorgar créditos permite generar nuevos depósitos. Un dato no menor es que en Ecuador el monto total de créditos otorgados por las instituciones financieras es de USD 12 225,72 millones en el cuarto trimestre de 2025⁸⁹. Así, los bancos generan en el público la apariencia de mantener un *stock* de dinero depositado, cuando de hecho son medios fiduciarios que solo tienen un pequeño porcentaje en reserva. Esta duplicación jurídica de la disponibilidad monetaria altera los precios relativos, generando distorsiones sistemáticas entre ahorro e inversión.

La expansión crediticia reduce artificialmente los saldos de tesorería reales de los agentes, al introducir nuevos medios fiduciarios que alteran la relación entre oferta y demanda de dinero. Conforme al efecto Cantillon, esta expansión no impacta de manera neutral ni uniforme a la economía, sino que modifica los precios relativos de forma secuencial, es decir, beneficiando inicialmente a los primeros receptores del nuevo dinero y perjudicando progresivamente a los tenedores finales, cuyo poder adquisitivo disminuye.

86 Banco Central del Ecuador, *Reporte Monetario Semanal n.º 992*. https://contenido.bce.fin.ec/documentos/informacioneconomica/MonetarioFinanciero/ix_ReportesMonetarios.html.

87 La oferta monetaria M1 es utilizada para las variables de mayor liquidez, expresadas en dinero. En este sentido, el depósito, en cuanto sustituto monetario, es inmediatamente convertible en dinero, razón por la cual se integra plenamente dentro de dicho agregado.

88 Mises, *La teoría del dinero*, 242.

89 Banco Central del Ecuador, *Perspectivas de oferta y demanda de crédito 2026-01-30*, https://contenido.bce.fin.ec/documentos/informacioneconomica/MonetarioFinanciero/ix_OfertaDemandaCredito.html

Este punto resulta crucial, pues permite vincular el análisis jurídico del depósito de dinero con los efectos económicos que la teoría austriaca del ciclo económico atribuye a la expansión crediticia no respaldada por ahorro voluntario. En efecto, la desnaturalización del depósito se produce cuando la legislación financiera admite que los bancos dispongan también de la disponibilidad de los fondos, pese a que formalmente se presentan como íntegramente disponibles para el depositante. Esta alteración institucional se manifiesta, en el plano económico, a través de una distorsión de la tasa de interés y de la estructura temporal del capital, cuyas consecuencias se analizarán en la siguiente sección.

4.4. CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DEL SISTEMA

Conforme a la teoría austriaca del ciclo económico, la expansión crediticia bancaria no respaldada por ahorro voluntario introduce una señal distorsionada en la tasa de interés, el ahorro y la inversión. La diada ahorro-inversión resulta, por tanto, esencial para el funcionamiento del sistema de mercado. La inversión debe estar respaldada por ahorro voluntario y no por un ahorro forzoso inducido por expansión crediticia. Esto es lo que Hayek denomina la doctrina del ahorro forzoso, mediante la cual se explica que la expansión crediticia bancaria desvía involuntariamente parte del ingreso real de los consumidores hacia la inversión, sin que estos hayan decidido ahorrar más⁹⁰. A continuación se expondrá un caso hipotético acompañado de un gráfico, con el fin de visualizar cómo impacta la creación *ex nihilo* de dinero en la estructura de producción y sus perjuicios materializados en los ciclos económicos⁹¹.

Supóngase que, en el mercado de fondos prestables, la tasa de interés es fijada por medio de política expansiva del Banco Central por debajo del tipo de interés natural (r^*), con el fin de captar inversiones. Ello contrae el ahorro (S) e incita a la inversión (I). Mediante la creación *ex nihilo* de los depósitos, se introduce dinero adicional (ΔM) que superpone el ahorro real (S), generando una sensación de ahorro que realmente no es genuina. Esta descoordinación intertemporal generada por la fase expansiva (*boom* o auge) produce tres efectos característicos: sobreinversión, sobreconsumo y *malinvestment*⁹². El ciclo se completa cuando la inconsistencia entre ahorro, consumo e inversión se revela, dando lugar a la fase de contracción (*bust* o recesión), caracterizada por la liquidación de las malas inversiones y la reordenación correctiva de la estructura productiva.

90 Friedrich A. Hayek, *Precios y producción* (Madrid: Unión Editorial, 1996), 36-43.

91 Por este motivo, Jesús Huerta de Soto explora la posibilidad de nulidad del contrato por perjuicios a terceros, teniendo carácter de orden público. Ver Huerta de Soto, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, 126.

92 En esta fase la estructura de producción se alarga artificialmente y se proyecta transitoriamente más allá de la frontera de posibilidades de producción (como se aprecia en la parte resaltada de la figura 3).

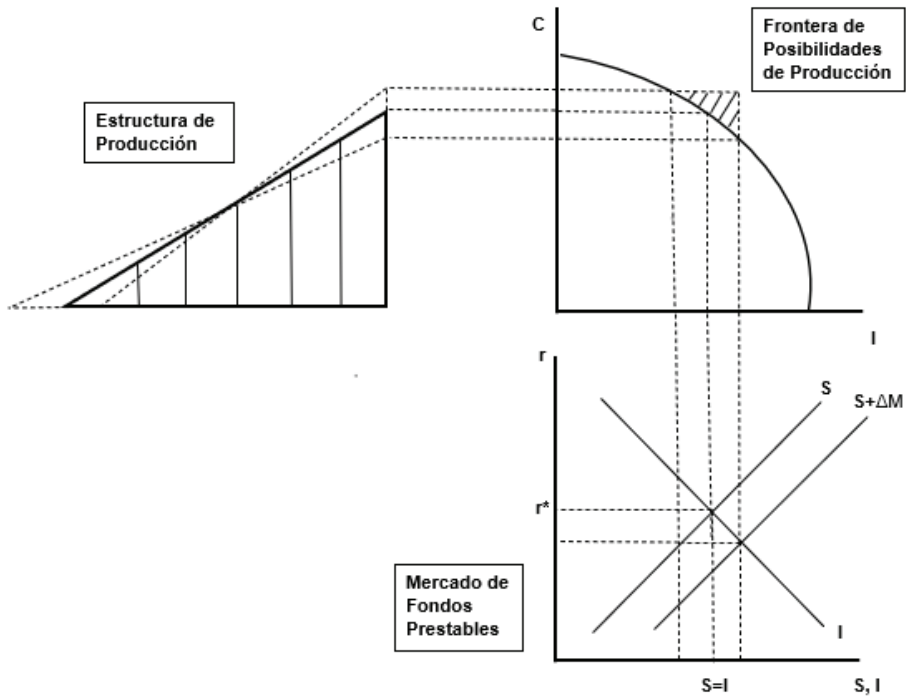


Figura 3. Desequilibrio de la estructura de capital por introducir dinero ex nihilo
Fuente: Extraído y adaptado a partir de Roger W. Garrison⁹³.

Las posiciones más recientes de la escuela austriaca han relativizado el carácter necesario del ciclo económico. Tales enfoques suelen presuponer la ausencia de privilegios legales o un entorno de disciplina bancaria que no corresponde con los sistemas monetarios contemporáneos. Desde el punto de vista jurídico, esta descoordinación no constituye un fenómeno espontáneo del mercado, sino la consecuencia directa de un diseño contractual vía mandato legislativo, que permite tratar como préstamo lo que formalmente sería un depósito.

5. INCOMPATIBILIDAD DEL DEPÓSITO IRREGULAR CON LA BANCA

El siguiente análisis se realiza conforme a la teoría general de los contratos, por lo que esta sección no corresponde única y exclusivamente al campo civil. Todo contrato válido requiere la concurrencia de cinco requisitos: 1) consentimiento, 2) capacidad, 3) causa lícita, 4) objeto lícito y 5) los elementos esenciales

⁹³ Roger W. Garrison, *Tiempo y dinero* (Madrid: Unión Editorial, 2015), 114. El presente esquema cumple una función estrictamente ilustrativa. No tiene por objeto reproducir exhaustivamente la teoría austriaca del ciclo económico ni ofrecer un modelo econométrico del fenómeno, sino mostrar, de manera simplificada, la descoordinación intertemporal entre ahorro e inversión que se genera cuando un diseño jurídico permite tratar como préstamo lo que formalmente se presenta como depósito. En este sentido, el gráfico sirve como apoyo visual al argumento jurídico central del trabajo, sin perjuicio de la complejidad teórica subyacente desarrollada por la literatura económica especializada.

propios del tipo contractual. El denominado depósito bancario operado bajo un sistema de reserva fraccionaria resulta estructuralmente incompatible con al menos cuatro de estos requisitos, lo que compromete seriamente su validez jurídica. En primer lugar, el consentimiento debe formarse libre de vicios. Sin embargo, en el depósito bancario concurre un *error in negotio*, en cuanto existe un equívoco sobre la naturaleza del negocio jurídico celebrado. Mientras el depositante cree celebrar un contrato de guarda con plena disponibilidad, el banco entiende la relación como una operación de crédito o préstamo que es susceptible de disposición. Este error recae sobre la especie misma del contrato, supuesto contemplado por el artículo 1469 del CC.

No se trata aquí de una simulación contractual, sino de una discordancia entre la voluntad real y la voluntad declarada. El depositante persigue una finalidad *custodiendi*, mientras que el banco actúa con una finalidad *adquirendi*. Este error obstativo, al impedir la coincidencia de voluntades, compromete la existencia misma del consentimiento, abriendo el debate doctrinal entre la nulidad absoluta y la inexistencia del acto⁹⁴. Ahora bien, cabe recalcar que el error en el negocio solo puede ser tratado para casos concretos, ya que la voluntad real implica subjetividades que no pueden ser generalizadas. La causa genuina de un contrato de depósito constituye una razón de custodia⁹⁵. Claro Solar, acerca del beneficio del banco con los depósitos bancarios, menciona: “Su propósito al incrementar los fondos depositados no es dejarlos durmiendo en las arcas de la institución, sino disponer de más circulante que invertir, sea en préstamos, sea en otras operaciones”⁹⁶.

Por tanto, la causa del depósito bancario es irreal, porque pretender combinar custodia y consumo del bien en un mismo tiempo y sentido, e ilícita, por ser contraria al derecho natural y a las buenas costumbres. Asimismo, el objeto del depósito bancario es ilícito por las mismas razones. Es indeterminado en cuanto pretende unificar dos prestaciones incompatibles (guarda y consumo). Y es imposible porque exige la coexistencia simultánea de deberes contradictorios dentro de un mismo vínculo obligacional. Finalmente, la incompatibilidad se manifiesta con especial claridad en la ausencia de los elementos sustanciales del tipo contractual. Conforme al artículo 1460 del CC, la falta de un elemento esencial puede dar lugar bien a la degeneración a otro contrato o bien a su inexistencia.

En condiciones normales, disponer de los bienes depositados podría degenerar en un mutuo, regido bajo el plazo legal del artículo 2103 del CC. Empero, el sistema bancario exige que el negocio jurídico sea a la vista, lo cual resulta

94 Alessandri, *De los contratos*, 166-167. Un argumento interesante en contra del argumento del *error in negotio* es la figura del error común, cf., *Ibid.*, 181.

95 Hualde, “Causa, función y perversión”, 133. La teoría de la causa objetiva y subjetiva pecan de insuficientes para este caso, de manera que se utiliza la tesis de la causa italiana moderna de la función social del contrato.

96 Luis Claro Solar, “Del depósito de dinero”, 229.

incompatible con la esencia del mutuo, que presupone necesariamente un plazo. De este modo, no se produce una simple degeneración contractual, sino una inexistencia jurídica. A ello se suma la previsión de intereses a favor del depositante, rasgo característico del mutuo y extraño para el depósito. El depósito irregular, por su propia naturaleza, no genera intereses, pues no implica un intercambio de bienes presentes por bienes futuros. La incesante violación a los principios del derecho y la lógica provoca que un contrato con tantas contradicciones internas padezca de inexistente.

5.1. PROPUESTA DE SOLUCIÓN: DEPÓSITO MERCANTIL CON COEFICIENTE DE CAJA DEL 100%

A la luz de lo expuesto, el contrato de depósito civil no constituye una figura adecuada para regular la relación entre depositantes y bancos. Del mismo modo, la asimilación al contrato de cuenta corriente tampoco resulta satisfactoria, en la medida en que se configura como un contrato de tracto sucesivo, carente de obligación de custodia y de disponibilidad inmediata del *tantundem*. Evidentemente, la figura de mutuo tampoco puede ser considerada, debido a que requiere de un plazo. En consecuencia, ninguna de estas figuras permite explicar adecuadamente la naturaleza jurídica del depósito bancario. La propuesta de solución es la eliminación del modelo de reserva fraccionaria, de modo que los depósitos a la vista puedan cumplir plenamente su función de custodia con una disponibilidad del 100%. Esto implica una separación estructural del sistema bancario en dos ámbitos diferenciados: por un lado, una banca de depósitos, orientada exclusivamente a la guarda de fondos, y, por otro, una banca de préstamos, destinada a la intermediación crediticia.

Prima facie, esta propuesta podría generar dificultades respecto del modelo tradicional de financiamiento bancario, en la medida en que la banca de depósitos carecería de una fuente de ingresos. No obstante, esta objeción se supera al utilizar la figura del depósito mercantil, en el cual el depósito puede configurarse como un contrato oneroso. De este modo, la banca puede financiarse mediante el cobro por el servicio de custodia⁹⁷, mientras que la actividad crediticia continuaría generando rendimientos a través de los intereses. Cabe resaltar que esta propuesta de un depósito mercantil con coeficiente de caja del 100% no requiere lo que la doctrina mercantilista denomina subjetividad mercantil, es decir, que ostente la calidad de comerciante. Es suficiente con que el banco sea comerciante, no siendo necesario tal calidad para el depositante. Un riesgo advertido por la literatura consiste en la posible creación de sustitutos monetarios por parte de los agentes económicos, con el fin de eludir las restricciones propias de un sistema de reserva íntegra.

Sin embargo, tales intentos no podrían ampararse en la figura del depósito,

97 En materia civil el depósito remunerado degenera en un arrendamiento de servicio. Artículo 2124, CC.

cuya naturaleza excluye la existencia de plazos y exige la plena disponibilidad de los fondos. En consecuencia, cualquier instrumento que pretenda cumplir funciones monetarias típicas de un contrato de depósito deberá ajustarse a los principios generales del derecho y garantizar un respaldo íntegro, configurándose como un verdadero certificado monetario.

5.2. REFORMAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

La implementación de la propuesta de un depósito con coeficiente de caja del 100% implica la eliminación del sistema de la reserva fraccionaria. En consecuencia, los mecanismos que actualmente garantizan la estabilidad del sistema —como el porcentaje de encaje fraccionario, las reservas de liquidez, la garantía de depósitos y el Fondo de Liquidez— perderían su razón de ser en este nuevo modelo financiero. Por lo tanto, las autoridades competentes, como el Banco Central (a través de la JPRMF), el COSEDE y la Superintendencia de Bancos, dejarían de tener facultades relacionadas al encaje fraccionario. En cuanto al mantenimiento íntegro de los depósitos, existen dos posturas:

1. Intervención del Estado: consiste en monitorear y garantizar que los depósitos se mantengan íntegros, es decir, con un coeficiente de caja del 100%. Esta posición implica una supervisión continua y transparente por parte de las autoridades, asegurando la publicidad y el control de los fondos disponibles —monitoreo conforme a lo explicado en la sección 4.2.1—.

2. No intervención estatal: la postura alternativa —aceptada en el presente trabajo— propone que el cumplimiento de la custodia se garantice a través de las leyes económicas de la competencia⁹⁸ y de la responsabilidad solidaria de los accionistas. En este modelo, los accionistas responden solidariamente frente a un posible *moral hazard*, similar a la figura de las *societates argentariae* del derecho romano⁹⁹.

Esta aproximación encuentra respaldo en la normativa vigente. El COMF establece que, si bien en términos generales los accionistas y socios responden hasta el monto de sus aportes, en caso de liquidación forzosa de una entidad financiera privada deben responder con su patrimonio personal en supuestos de dolo, culpa grave o culpa leve. Asimismo, quienes administren la entidad, con o sin participación patrimonial, responden solidariamente por la totalidad del déficit patrimonial, incluso por culpa levísima¹⁰⁰. La segunda propuesta descansa tanto en las leyes económicas de la competencia como en el principio de publicidad, en cuanto los agentes económicos, al

⁹⁸ Me refiero a la competencia dinámica del mercado, no a la competencia perfecta de la teoría neoclásica.

⁹⁹ Ver Huerta de Soto, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, 48.

¹⁰⁰ Artículo 238, COMF.

enfrentarse a un entorno sin garantías de solvencia institucionalizadas, se ven incentivados a actuar con mayor responsabilidad.

La disciplina del mercado reemplaza así los mecanismos de estabilización exógenos, trasladando el control del riesgo de que los bancos no mantengan disponible el *tantundem* a los propios participantes del sistema. La preferencia por esta alternativa se justifica, además, en la teoría de la imposibilidad de la cooperación y coordinación social basadas en la coacción institucional o en la violación de los principios tradicionales del derecho¹⁰¹. En efecto, los procesos de coordinación social dependen de la libre interacción de los agentes y del ejercicio de la función empresarial, que genera información dispersa y permite ajustar las conductas individuales de manera espontánea. Cuando dicha coordinación se sustituye por mecanismos coactivos institucionales, se interfiere en ese proceso dinámico, generando descoordinación social y bloqueando la creación y transmisión de la información necesaria para la cooperación social entre los individuos.

En este sentido, un sistema basado en garantías estatales, encajes obligatorios y regulaciones prudenciales no solo altera los incentivos de los agentes, sino que sustituye un orden de cooperación contractual por uno de carácter hegemónico, sustentado en la imposición legal. Por consiguiente, la eliminación de tales mecanismos permite establecer un marco institucional coherente con los principios de responsabilidad patrimonial, libre competencia y coordinación social espontánea.

6. CONCLUSIÓN

Este artículo ha desarrollado un aporte al estado del arte al sostener que, en los depósitos de dinero, la propiedad no se transfiere al depositario, al menos no respecto de las unidades específicas, sino que permanece en abstracto sobre el *tantundem*. En este sentido, los depósitos de dinero constituyen acuerdos de mera tenencia que no implican traspaso de dominio, tesis que se opone a la posición doctrinal mayoritaria que reduce la situación jurídica del depositante a un simple derecho de crédito sobre el *tantundem*. El sistema bancario ecuatoriano incurre así en una confusión conceptual entre las figuras del mutuo y del depósito, debido a que el depósito bancario capta elementos esenciales de ambas instituciones. En efecto, esto constituye una desnaturalización del tipo contractual de depósito irregular.

Este error conceptual tiene implicaciones reales en la economía, lo cual genera distorsiones en las distintas etapas de la estructura de producción que, a la vez, provoca ciclos de auge y recesión. Adicionalmente, este artículo no se ha

101 Ver Huerta de Soto, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*, 505.

limitado a simplemente comparar la versión del depósito civil con el depósito bancario. Por el contrario, la literatura, cuando propone un depósito genuino para el sistema bancario, no necesariamente implica redirigirse a materia civil. Tal es así que se optó por proponer un depósito mercantil —intrínsecamente oneroso— en el que el depositante mantiene plena propiedad del *tantundem* en abstracto y el depositario —el banco— se limita a custodiarlo a cambio de una comisión por el servicio prestado. Estas características se abordan desde el campo civil por razones de análisis doctrinal, pero finalmente se aplican al ámbito bancario, que por naturaleza es lucrativo.

Esta propuesta permite un marco coherente con la teoría austriaca, asegurando que la función del depósito se mantenga fiel a su esencia jurídica y económica, sin confundir la tenencia con una transferencia de propiedad o una operación de crédito. En definitiva, este trabajo se puede aplicar *mutatis mutandis* a las demás instituciones con modelo de reserva fraccionaria de depósitos del sistema financiero nacional, de modo que su alcance no se limite exclusivamente a los bancos.

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

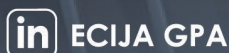
profesionales

+220

socios

18

países



info.ecuador@ecija.com

Quito

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

Guayaquil

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

Cuenca

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

Mantá

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





Somos tu
SOCIO
estratégico



Nos enfocamos en
brindar **soluciones jurídicas
estratégicas e integrales.**

**Somos una firma sólida,
reconocida a nivel internacional**



-  DuriniGuerrero
-  Durini y Guerrero Abogados
-  Durini & Guerrero Abogados
-  DuriniGuerrero

DURINI & GUERRERO
ABOGADOS



Santillán

A B O G A D O S



inlaw

miembros de:

Alliance of Law Firms



@usfqpress