

NOVEDADES JURÍDICAS

SOLIDARIDAD, SUBSIDIARIEDAD Y EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN MATERIA LABORAL

- ¿LAS MULTAS DE TRÁNSITO MEDIANTE ORDENANZAS MUNICIPALES SON CONTRAVENCIONES O ACTOS ADMINISTRATIVOS?
- DESFOGUE A LA CRISIS VENEZOLANA



AÑO XIX
NÚMERO 191
MAYO 2022





Un mundo de información legal al alcance de un clic

- Toda la legislación y contenido del derecho ecuatoriano.
- Anclaje de la normativa.
- Flujogramas, Guías prácticas, Diccionarios, Documentos históricos y Proyectos de Ley.



**OBTENGA
2 MESES
DE GRACIA**

con su tarjeta preferida

 **Diners Club
INTERNATIONAL**



Síguenos en:



CONTACTOS

Quito: 097 878 4026 / 098 338 2870
Guayaquil: 095 887 1610

edicioneslegales@corpmyl.com

**Adquiera su Licencia
fielweb.com**



CONTENIDO



06

Solidaridad, subsidiariedad y el levantamiento del velo societario en materia laboral

Análisis

Fernando González Calle

20

Proyecto de ley de Lobby archivado en Ecuador

Editorial

María Gracia Riofrío Molina

22

Desfogue a la crisis venezolana

Invitado

Luis Narváez Rivadeneira

35

Nos visitan extraterrestres, y esto descubren

Ramiro Díez y el ajedrez

36

Análisis de los medios de impugnación en la contratación pública ecuatoriana: las reclamaciones y el recurso.

Contratación Pública

Paúl Andrés Vázquez Ochoa

58

Una comprensión previa a la discusión del principio de legalidad penal internacional. Una necesaria explicación sobre las fuentes del derecho internacional por su actualidad e importancia

Comentarios de Derecho Penal

Lyonel Calderón Tello

68

Reformas normativas necesarias frente a la operación de entidades Fintech en el Ecuador

Foro

Geovanna Fabara

74

¿Las multas de tránsito mediante ordenanzas municipales son contravenciones o actos administrativos?

Debate Jurídico

Carlos Alberto Vela Navas

80

Jurisprudencia Internacional

84

Tensiones por apertura comercial

Prófitas

86

Proyecto de Ley Orgánica reformativa del Código Orgánico Integral Penal para recategorizar las contravenciones de tránsito por exceso de velocidad

Didáctica

88

Destacamos

Abril 2022

Es una publicación de Ediciones Legales EDLE S.A.,
empresa del grupo de Corporación MYL

NOVEDADES JURÍDICAS es una revista de Derecho que nace como respuesta a la necesidad, cada vez más creciente, de los actores del mundo jurídico ecuatoriano de contar con una publicación periódica que recoja y analice problemas legales de actualidad. Busca proyectar la objetividad en el tratamiento de la información e investigación, para que esta llegue con total precisión y veracidad a sus lectores. La publicación de EDICIONES LEGALES EDLE S.A., con una trayectoria importante en el tiempo, circula en forma mensual y recoge opiniones de los operadores del derecho en torno a las situaciones de coyuntura desde una perspectiva eminentemente jurídica. Intenta la aproximación al foro, poniendo a su disposición un espacio de difusión periódica de sus puntos de vista: reflexivos y críticos sobre la realidad jurídica ecuatoriana, latinoamericana e internacional.

Presidente Corporativo: Manuel Mejía Dalmau

Gerente General : Vladimir Zambrano Tinoco

Directora: Eugenia Silva Gallegos

Comité Editorial:

Ernesto Albán Gómez
Juan Pablo Aguilar Andrade
(+) Santiago Andrade Ubidia
Teodoro Coello Vásquez
Fabián Corral B.
Ramiro Díez
Fabián Jaramillo Terán
Rodrigo Jijón Letort
Patricia Solano Hidalgo
Mónica Vargas Cerdán
Jorge Zavala Egas
Raiza Añasco
Carolina Jaramillo

Dirección y Suscripciones:

Guayaquil:

Alborada, Avenida Benjamín Carrión Mora
S/N y Dr. Emilio Romero Menéndez,
Edificio City Office piso 9, oficina L906
PBX: + 593 99 343 8745

Quito:

Los Cipreses N65-149 y Los Eucaliptos
• PBX: + 593 99 937 9761

Las colaboraciones y artículos publicados son
responsabilidad exclusiva de sus autores y no
comprometen a la revista o a sus editores.

Se permite la reproducción total o parcial de esta revista,
con la correspondiente autorización escrita de
Ediciones Legales.

Publicación Indexada.

Registro: ISSN No. 1390-2539.

Arte, diseño y publicación: EDICIONES LEGALES EDLE S.A.

CARTA EDITORIAL

En el mes de mayo es importante recordar la fecha insigne por el Día del Trabajo, así como las épicas gestas en la Batalla del Pichincha, conmemorando en este año su Bicentenario.

Novedades Jurídicas en su número 191 presenta varios artículos de interés y actualidad.

En Análisis, el Doctor Fernando González Calle desarrolla el artículo “Solidaridad, subsidiariedad y el levantamiento del velo societario en materia laboral”, explica el contenido y alcance de la responsabilidad solidaria y subsidiaria del empleador constante en los artículos 41 y 103.1 del Código de Trabajo. En el primer caso, la finalidad del legislador fue extender la responsabilidad únicamente a los socios de las sociedades de hecho. Sin embargo, en algunas resoluciones los jueces han interpretado y aplicado la disposición en otro sentido. En el segundo caso, el legislador incorporó una excepción al principio de separación de patrimonios.

En Editorial, la Máster María Gracia Riofrío, comenta el impacto del resultado del archivo del proyecto de ley de lobby en Ecuador.

Nuestro Invitado, Doctor Embajador Luis Narváez Rivadeneira, continúa con su seguimiento a la situación de Venezuela. En esta oportunidad, su preocupación la titula: “Desfogue a la crisis venezolana”, registra, de manera documental y crítica, el advenimiento y aceptación, bona fide, de una hoja de ruta, un método y los temas relevantes admitidos por las partes en conflicto, inscritas en el “Memorando de Entendimiento”, suscrito el 13 de agosto de 2021, en México.



En la sección de Contratación Pública, contamos con el aporte del Magíster Paúl Andrés Vázquez Ochoa, quien aborda el análisis de los medio de impugnación en esta materia haciendo énfasis en las reclamaciones y el recurso. En el desarrollo de procedimientos precontractuales puede manifestarse un vicio de legalidad, ocasionado por inobservancia de la norma objetiva o por aplicación indebida de las causales de rechazo de ofertas, vicio o ilegalidad que puede ser subsanado dependiendo de la etapa del procedimiento y de la eventual afectación que haya generado.

La siempre didáctica sección de Comentarios de Derecho Penal a cargo del PHD Lyonel Calderón, nos ilustra con el tema: “Comprensión previa a la discusión del principio de legalidad penal internacional, una necesaria explicación sobre las fuentes del Derecho Internacional por su actualidad e importancia”.

En Foro, la Abogada Geovanna Fabara, nos introduce en el interesante y novedoso tema de las “reformas normativas necesarias frente a la operación de entidades Fintech en el Ecuador”.

Finalmente, en Debate Jurídico, el Doctor Carlos Vela Navas, se cuestiona sobre ¿las multas de tránsito mediante ordenanzas municipales son contravenciones o actos administrativos?

Eugenia Silva Gallegos
Directora

SOLIDARIDAD, SUBSIDIARIEDAD Y EL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO EN MATERIA LABORAL

Fernando González Calle

Resumen

El propósito de este artículo es explicar el contenido y alcance de la responsabilidad solidaria y subsidiaria del empleador constante en los artículos 41 y 103.1 del Código de Trabajo. En el primer caso, la finalidad del legislador fue extender la responsabilidad únicamente a los socios de las sociedades de hecho. Sin embargo, en algunas resoluciones jueces han interpretado y aplicado la disposición en otro sentido. En el segundo caso, el legislador incorporó una excepción al principio de separación de patrimonios.

This paper aims to explain the joint and several employer liability and the secondary employer liability contained in articles 41 and 103.1 of the Labour Code. In the first case, the legislator's purpose was to extend the liability only to the shareholders of de facto corporations. Despite this, some judges have interpreted this provision differently. Secondly, the legislator incorporated for

the first time an exception to the principle of limited liability.

Palabras clave: Responsabilidad patronal; responsabilidad solidaria, responsabilidad subsidiaria.

Keywords: Employer liability, joint and several liability, secondary liability.

Introducción

El Código de Trabajo establece dos supuestos de responsabilidad solidaria y un supuesto de responsabilidad subsidiaria. La primera situación está regulada en el artículo 36, la segunda en el artículo 41 y la tercera en el artículo 103.1. La primera disposición -36- indica que las personas que actúen como representantes del empleador son solidariamente responsables con el trabajador. La segunda disposición prescribe que cuando existen dos o más empleadores, todos son solidariamente responsables con el trabajador. En la práctica se

- Doctor en Jurisprudencia.
- Master en Derecho Empresarial. Universidad de Barcelona España.
- Especialista Superior en Derecho Constitucional.
- Ex Juez Titular del Juzgado de Trabajo del Azuay.
- Director de la Maestría en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Universidad de Cuenca.
- Fiscal de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Cuenca.
- Profesor de derecho laboral en la Universidad del Azuay.
- Profesor invitado de derecho Colectivo del Trabajo en la Universidad Andina Simón Bolívar.
- Asesor de Empresas Públicas y Privadas.
- Publicaciones: Empresas Públicas, Despido Ineficaz, Daño moral.



Fernando González Calle

confunden estas instituciones¹. La última disposición establece que las partes relacionadas de una empresa son subsidiariamente responsables y de forma proporcional por las obligaciones laborales de la empresa cuando su participación en ella sea mayor al 25 por ciento.

El objeto de este trabajo es (i) analizar el segundo caso de responsabilidad solidaria laboral y (ii) la responsabilidad subsidiaria laboral. Por lo tanto, se realizará un examen del artículo 41 y se lo contrastará con las interpretaciones que los juzgadores le han dado en la práctica. De igual forma, se realizará un análisis del artículo 103.1. La tesis de este artículo es que (i) hay una errónea interpretación generalizada del artículo 41 y (ii) que la disposición contenida en el artículo 103.1 constituye una excepción al principio de división patrimonial entre la sociedad y sus socios o accionistas.

2. Orígenes de la responsabilidad solidaria laboral entre varios empleadores

El Código de Trabajo en el artículo 41 establece que: “Cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores interesados en la misma empresa, como condueños, socios o copartícipes, ellos serán solidariamente responsables de toda obligación para con el trabajador”.

Según Julio César Trujillo (1986), esta disposición se ha entendido erróneamente en el sentido que comprende a todas aquellas personas que conforman una sociedad. Según el autor la disposición es únicamente aplicable a toda aso-

ciación de hecho o comunidad por no constituir una persona jurídica distinta de sus integrantes no puede contraer obligaciones ni asumir responsabilidades con los trabajadores y solo así puede hablarse de dos o más empleadores, esto es dos o más personas o entidades por cuenta u orden de los cuales se prestan los servicios, en tanto que en el caso de una asociación o sociedad no hay más que un empleador, la entidad por cuenta u orden de la cual se presta el servicio (p. 160).

En estricto sentido, las sociedades de hecho son cuasicontratos de comunidad accidental en donde existen varios sujetos titulares de una misma cosa que no estipulan sociedad. En particular, se diferencian de las sociedades civiles y mercantiles porque no son personas jurídicas distintas a la de sus socios individualmente considerados. (Coello García, 2010, pp. 53-55).

A pesar de lo dicho en líneas anteriores, las sociedades de hecho han sido tratadas como sociedades civiles. (Moscoso García, 2008, p. 66) De acuerdo con el mismo autor, el motivo aparente por el cual a la sociedad de hecho se la trata como sociedad civil está en el artículo 191 del Código Civil². Por esa razón, existen sociedades de hecho que se formalizan por escritura pública y se gobiernan por las reglas del contrato de sociedad civil. Sin embargo, esto no quiere decir que las sociedades de hecho formales sean sociedades civiles porque no son personas jurídicas.

1. Existen demandas en donde la misma pretensión se subsume tanto en el artículo 36 como en el artículo 41, a pesar que su ámbito de aplicación es distinto. Existe una errónea creencia que cuando se demanda por el artículo 36 es obligación demandar también por el artículo 41. (Unidad Judicial de Trabajo de Cuenca, 01371-2019-00188, 2019)
2. La disposición indica que “si se formare de hecho una sociedad que no pudiera subsistir legalmente, ni como sociedad, ni como donación, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores y de sacar sus aportes” (Código Civil, 2005).

La Corte Nacional de Justicia (2016), con ponencia de la jueza Paulina Aguirre Suárez, confirmó esta posición indicando que:

La sociedad de hecho consiste en la unión de dos o más personas que se agrupan para emprender alguna actividad económica, pero que no están constituidas legalmente bajo la forma de un contrato

brado según las solemnidades que la ley prescribe dependiendo del tipo de sociedad (mercantil o civil) por lo que en realidad existe es un cuasi-contrato de comunidad. (...) Para determinar si ha existido una sociedad de hecho, es necesario al menos se configuren los siguientes elementos: a) La voluntad de asociarse, esto significa que se debe demostrar el deseo y la intensión de



social solemne como una sociedad mercantil o civil, por tanto, se trata de una sociedad de facto para explotar una actividad productiva y repartirse los beneficios que aquella produzca. (...) En el caso de las sociedades de hecho, no existe un contrato social cele-

las personas en asociarse para emprender determinada actividad o negocio, b) El aporte que cada uno de los socios entrega a la sociedad, que puede consistir en dinero, bienes e incluso su trabajo o industria y el porcentaje con el que se ha de valorar este aporte dentro

de la sociedad; y, c) El que los socios se hayan repartido periódicamente el producto de los beneficios que se obtengan del negocio emprendido debiendo entenderse que aquel es fluctuante y que, además, en ciertos casos no existen beneficios o que el negocio produce pérdidas que deben ser absorbidas por los socios; en todo caso, para el reparto de utilidades se debe demostrar que se han realizado las respectivas liquidaciones periódicas del negocio, con una contabilidad elemental de gastos operativos y administrativos, etc. (Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Laboral, 17731-2016-1527, 2017).

En 1944 la Corte Suprema de Justicia interpretó el actual artículo 41. El Juez de tercera instancia de aquella época, en un proceso por despido intempestivo, extendió la responsabilidad del empleador hacia su socio por existir un contrato de sociedad en nombre colectivo entre ellos. El juez indicó que la responsabilidad “compete a ambos socios, en quienes, por consiguiente, radican las atribuciones, obligaciones y deberes que establece el susodicho Código independientemente de lo que los socios estipulen entre sí”. (Gaceta Judicial VI (14), 1944, p. 897).

El razonamiento del juez es cuestionable. A mi criterio, la

solidaridad no nace del artículo 41 del Código de Trabajo porque dicha disposición fue pensada para extender la responsabilidad patronal hacia los socios de una sociedad de hecho, mas no a una compañía de comercio con personería jurídica propia. Por el contrario, la solidaridad por las obligaciones adquiridas por una compañía en nombre colectivo, nace del artículo 278 del Código de Comercio de aquella época que establecía que los socios de la compañía en nombre colectivo son solidariamente responsables por los actos que ejecute la compañía o cualquiera de los socios que estén autorizados por la compañía.

El legislador utilizó los términos “condueños, socios o copartícipes” para extender la responsabilidad patronal a las personas que conformaban las distintas asociaciones —de hecho— que existían en ese tiempo. La intención del legislador nunca fue ampliar la responsabilidad hacia los socios de las compañías de comercio o las sociedades civiles porque las mismas cuentan con personería jurídica propia y tienen sus propias reglas sobre la responsabilidad con terceros.

Lo dicho hasta aquí me permite concluir que el legislador adoptó esta disposición con la finalidad de extender la responsabilidad del empleador únicamente a las personas que actúan como condueños, socios o copartícipes del empleador en una sociedad de hecho.

3. La responsabilidad solidaria laboral en las Compañías de Responsabilidad Limitada y las Sociedades Anónimas

En el acápite anterior manifieste que la intención del legislador en el artículo 41 no

era extender la responsabilidad del empleador a los socios de las compañías de comercio. En esta sección, la cuestión que pretendo determinar es si la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 41 del Código de Trabajo se ha extendido —en la práctica— a las sociedades mercantiles reguladas por la actual Ley de Compañías³, en especial a la compañía de responsabilidad limitada y la sociedad anónima.

El 27 de enero de 1964 se expidió la primera Ley de Compañías a través del decreto No. 162 publicado en el Registro Oficial No. 181 el 15 de febrero de 1964. Este cuerpo legal se expidió 26 años después de la promulgación del Código de Trabajo⁴. En la actualidad, la Ley de Compañías contiene las disposiciones relativas a las anteriores compañías de comercio. Por lo tanto, si partimos que la finalidad del legislador no fue extender la responsabilidad patronal hacia los socios de las compañías de comercio, no se puede sostener que el Código de Trabajo permite



3. El Título VI del Libro Segundo del primer Código de Comercio que regulaba las compañías de comercio fue derogado por la Codificación de la Ley de Compañías de Seguros y sus disposiciones están contenidas en la actual Ley de Compañías.

4. El Código de Trabajo fue promulgado a través del Decreto 210 el 5 de agosto de 1938.

extender la responsabilidad hacia los socios o accionistas de las actuales sociedades mercantiles de la Ley de Compañías.

Las sociedades mercantiles al tener personería jurídica propia tienen la facultad de adquirir derechos y obligaciones de distinta naturaleza. La relación jurídica es entre la persona jurídica -la sociedad- y otra persona natural o jurídica. En materia de trabajo no existe excepción. La relación laboral - el contrato individual- es entre la persona jurídica que actúa a través de sus representantes y el trabajador quien presta sus servicios a la persona jurídica. La relación laboral es entre el trabajador y la sociedad que actúa a través de sus representantes.

El único tipo de solidaridad laboral -la subsidiariedad analizo luego- que se puede aplicar a la compañía de responsabilidad limitada y a la sociedad anónima es la establecida en el artículo 36 del Código del Trabajo. La disposición obliga a los representantes de la sociedad, ya sean conforme el derecho común o a los presuntos, a responder con su propio patrimonio. Sin embargo, esta relación no se presenta entre el trabajador y los socios o accionistas de la compañía. Estos últimos son personas distintas

a la sociedad con patrimonios distintos. El principio de separación de patrimonios entre los socios y la sociedad constituye la razón fundamental para constituir una compañía.

En otras palabras, el principio de división patrimonial es la razón del affectio societatis porque ninguna persona quiere poner en peligro

persona demandada en calidad de socio de una compañía (que era la empleadora) debe responder por “deuda ajena”. La evidencia de la calidad de socio de la sociedad mercantil fue un documento conferido por la Superintendencia de Compañías. Todo esto le permitió concluir al juzgador que la solidaridad alcanza al socio. (Unidad Judicial de Trabajo

El único tipo de solidaridad laboral -la subsidiariedad analizo luego- que se puede aplicar a la compañía de responsabilidad limitada y a la sociedad anónima es la establecida en el artículo 36 del Código del Trabajo.

su patrimonio personal para emprender un negocio. Por esa razón, los socios o accionistas gozan del beneficio de la responsabilidad limitada hasta el monto de sus aportaciones por las obligaciones de la compañía de acuerdo al artículo 92 y 143 de la Ley de Compañías.

No obstante, algunos órganos jurisdiccionales han interpretado erróneamente el artículo 41 del Código de Trabajo extendiendo la responsabilidad patronal hacia los socios o accionistas de las sociedades mercantiles. Por ejemplo, un juez de trabajo de Ambato consideró que una

de Ambato, 18371-2013-2392, 2014). El tribunal de apelación confirmó la sentencia de primera instancia. (Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, Sala Especializada de lo Civil, Mercantil y Laboral, 18111-2014-0456, 2014).

De igual manera, un juez de trabajo en Guayaquil condenó a dos accionistas de una sociedad anónima en los términos del artículo 41 del Código de Trabajo. De acuerdo con el juzgador la personería de los accionados se acreditó con un documento emitido por la Superintendencia de Compañías que certificó la calidad de accionista de las personas de-



mandadas. (Juzgado Octavo de Trabajo, 09358-2012-0340, 2013). El tribunal de apelación confirmó la sentencia en todas sus partes. (Corte Provincial del Guayas, Sala Especializada de lo Laboral, 09132-2013-0688, 2014)

Por otra parte, un juez de trabajo de Cuenca, llegó a una conclusión similar en dos procesos análogos. En ambos casos, un trabajador demandó a una compañía de responsabilidad limitada, a su representante y a los socios de la compañía en los términos del artículo 36 y 41 simultáneamente. El juez ordenó pagar a los accionados en la forma como habían sido demandados, esto es, por el artículo 36 y 41 sin hacer ninguna distinción entre los dos artículos. (Juzgado Segundo de Trabajo, 01352-2009-0064, 2009) (Juzgado Segundo de Trabajo, 01352-2009-0065, 2009).

Un tribunal de casación de la Sala Especializada de lo Laboral de la Corte Nacional de Justicia

tuvo un criterio similar. En un proceso judicial una trabajadora demandó a una sociedad anónima, a su gerente general a dos accionistas de la empresa de forma solidaria. Solo un accionista compareció al proceso y se exceptuó con la prescripción de la acción. Los juzgadores de instancia declararon la prescripción de la acción. La sentencia de segunda instancia fue objeto de recurso de casación y la Corte Nacional indicó que:

habiendo sido todos notificados legalmente, y únicamente ha comparecido al proceso de forma legal el señor [accionista], quien se ha exceptuado con la prescripción de la acción, la misma que abarca y les beneficia a todos los accionados como han sido demandados, pues estos en el proceso si bien comparecen de manera independiente, adquieren una responsabilidad solidaria de todas las obligaciones con el trabajador, tal como lo establece el artículo 41

del Código del Trabajo. (Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Laboral, 17371-2017-03727, 2019)

Como se puede observar, la Corte indica que, en efecto, existe responsabilidad solidaria entre los accionistas y el representante legal de la persona jurídica quien era su empleadora, respecto de las obligaciones de su trabajadores.

Un juzgado de primera instancia de Quito declaró con lugar una demanda propuesta por el guardia de seguridad de un condominio en contra de los propietarios de los inmuebles. En particular, el juez indicó que los demandados son solidariamente responsables en los términos del artículo 41 porque se ha probado que son habitantes del condominio. (Unidad Judicial de Trabajo con sede en la Parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, 17371-2014-3095, 2014) En este caso, se puede verificar la existencia de dos o más empleadores que conformaron una verdadera sociedad de hecho con la finalidad de contratar un guardia de seguridad. El tribunal de segunda instancia confirmó esta posición. (Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de lo Laboral, 1737-2014-3095, 2015)

El tribunal de apelación de la Corte Provincial de Azuay

extendió la responsabilidad en los términos del artículo 41 a una Cooperativa de Transporte Terrestre. La Sala Laboral consideró que existe solidaridad porque la compañía se benefició de los servicios de un trabajador contratado por ciertos socios para que maneje los vehículos motorizados que les pertenecían. (Corte Provincial de Justicia de Azuay, Sala Especializada de lo Laboral, 01131-2011-0384, 2011) En este caso, se puede observar la existencia de una sociedad de hecho entre los socios y la cooperativa quien, en efecto, se beneficiaba de los servicios prestados por el trabajador.

En el juicio 0137120140153 de la ciudad de Cuenca, igualmente, se condena a los socios de una persona jurídica legalmente constituida con el siguiente análisis:

del Proceso obra la existencia legal de la empresa demandada, pero sobre todo el hecho de que tanto el señor xx y zz son socios de la misma, y lo que es más han admitido en confesión Judicial dos cosas de interés, que efectivamente son socios de – persona jurídica-, y que han firmado documentación como Gerente y Presidente respectivamente, aun que han dicho no ostentan esta calidad, pero su calidad de socio si está acreditada tanto

documentalmente como por su propia confesión judicial; y, siendo que fueron demandados en los términos del Artículo 36 y 41, concretamente el artículo 41 del Código del Trabajo citado dice: Art. 41.- “Responsabilidad solidaria de empleadores.- (Reformado por la Disposición Final Primera del Mandato Constituyente 8, R.O. 330-S, 6-V-2008).- Cuando el trabajo se realice para dos o más empleadores interesados en la misma empresa, como condueños, socios o copartícipes, ellos serán solidariamente responsables de toda obligación para con el trabajador.” Por tanto en esta calidad deben comparecer y responder en este proceso en aquello que corresponda.

Lo dicho hasta aquí me permite verificar que ciertos operadores de justicia utilizan el artículo 41 del Código de Trabajo para obligar de forma solidaria a socios o accionistas de compañías limitadas y sociedades anónimas, con su propio patrimonio, por las obligaciones laborales entre la empresa y el trabajador. Considero que esta interpretación de la norma vulnera al principio de separación de patrimonio entre la sociedad y sus socios, y contraviene el objetivo de la norma, a pesar que la disposición tiene más de 80 años en el sistema jurídico ecuatoriano.

Esto, sin perjuicio de pronunciamientos judiciales, que conforme lo que pretendo sustentar en este trabajo, indican que el artículo 41 no obliga a los accionistas de una compañía. Así en el juicio no. 18371-2014- 0580 de ciudad de Ambato, dice:

Del proceso no se desprende que el actor haya trabajado para dos o más empleadores interesados en la misma compañía, sino únicamente para la Compañía xx S.A., sin que el representante de la compañía o propietarios puedan tenerse a cada uno de ellos como un empleador diferente, teniendo en cuenta que la “sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados”, conforme lo prescribe el inciso segundo del Art. 1957 del Código Civil, y en material laboral esta norma jurídica no cambia. En el presente caso no estamos frente a dos empleadores, sino ante un solo empleador xx SA., por lo que no se puede aplicar en este caso, lo prescrito en el Art. 41 del Código de Trabajo, es decir la responsabilidad solidaria a los antes citados. Por lo expuesto se concluye que (los demandados personas naturales accionistas) han sido indebidamente demandados pues la calidad de propietarios de xx S.A., no les acarrea responsabilidad laboral personal y solidaria, rechazándose la demanda en contra de los mencionados, sin que sea considerada la declaratoria de confeso de estos demandados, en razón del análisis que se deja expuesto.

¿levantamiento del velo societario?

En la práctica, los juzgadores con fundamento en esta disposición legal -art. 41- están violando el principio de división patrimonial y, en consecuencia, levantan el velo societario porque obligan a los socios y accionistas de estas sociedades mercantiles a responder con su propio patrimonio por las obligaciones laborales

de la sociedad. Lamentablemente, los jueces no toman en consideración que el levantamiento del velo societario o desestimación de la personalidad jurídica es una institución que:

Permite excepcionalmente al juez prescindir en un caso concreto de la personalidad jurídica y patrimonio separado de una sociedad, en términos tales que los derechos u obligaciones que se ha tratado de eludir mediante la comisión de un acto fraudulento se atribuyan directamente a quien ha cometido o permitido tal abuso, sea que se trate de un socio, de un administrador con poderes para controlar de hecho a la compañía o de una sociedad relacionada. (Ugarte Vial, 2012, p. 2).

No existe ningún fundamento que permita a un juez condenar a los socios o accionistas en su propio patrimonio por las obligaciones laborales de la empresa. Entonces, si la interpretación del artículo 41 del Código de Trabajo no permite ampliar la solidaridad hacia los socios o accionistas de las sociedades mercantiles, ni tampoco se verifican los requisitos necesarios para levantar el velo societario ¿por qué los juzgadores amplían la responsabilidad hacia los socios o accionistas?

La respuesta a este interrogante es que los juzgadores no analizan el contexto histórico de la disposición para encontrar el verdadero sentido de la norma. Incluso, la interpretación literal de la disposición, por exclusión, no permite ampliar la responsabilidad patronal a los accionistas de las sociedades anónimas porque la norma obliga exclusivamente a los “condueños, socios o copartícipes”.

En conclusión, considero que la responsabilidad del Empleador no se puede extender de forma solidaria a los socios o accionistas de las sociedades mercantiles, en particular, a las compañías de responsabilidad limitada y las socie-

dades anónimas. Sostener lo contrario atentaría al principio básico de separación de patrimonios entre la sociedad y sus socios o accionistas.

4. La subsidiariedad en las empresas vinculadas

El derecho ecuatoriano no tiene una definición general sobre las empresas vinculadas o partes relacionadas. Los “criterios de vinculación pueden ser amplios, específicos, variados o escasos, sencillos o complejos”. Por ejemplo, la vinculación puede ser abordada tanto desde una perspectiva económica, contable o legal. Todo depende de la arista o perspectiva que se le enfoque. (Godoy Guevara, 2019, p 638.)

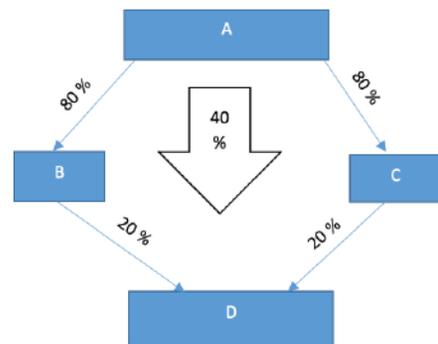
Existen vinculaciones legales en cuerpos normativos como la Ley de Compañías o la Ley de Régimen Tributario Interno. Estos cuerpos legales establecen los requisitos que se deben cumplir para que dos o más entidades sean consideradas como empresas vinculadas o partes relacionadas para efectos de la aplicación de la ley. El Código de Trabajo no es la excepción. Por ejemplo, el artículo 103.1, incorporado por la Ley Orgánica para la Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar establece que son empresas vinculadas las personas naturales, personas jurídicas, patrimonios autónomos u otra forma de asociación previstas en la ley, que tengan domicilio en Ecuador, en donde una de ellas participe directamente en el capital social de la otra en al menos el veinte y cinco por ciento. Estas entidades, responden de forma subsidiaria y proporcional a su participación en el capital social de la empresa por sus obligaciones laborales.

La disposición obliga a las “empresas vinculadas” que en la práctica terminarían siendo los socios o accionistas de sociedades mercantiles de una empresa a responder con su propio patrimonio por las obligaciones laborales contraí-

das por la sociedad mercantil. Sin embargo, es necesario que exista una sentencia ejecutoriada que condene a la sociedad mercantil y que esta última haya incumplido con el mandamiento de ejecución.

El criterio numérico de vinculación por participación directa es del 25 por ciento. No obstante, el legislador no incluyó la participación indirecta. Por lo tanto, si una sociedad tiene un porcentaje mayor al 25 por ciento por participación indirecta no está obligada a responder por las obligaciones laborales. Por ejemplo, la empresa A posee el 80 por ciento de las acciones en las empresas B y C. Estas últimas empresas, a su vez, tienen el 20 por ciento en la empresa D que es la sociedad empleadora. En este caso, B y C no están obligadas por la disposición del Código de Trabajo, a pesar que en la práctica la sociedad A tiene un control del 40 por ciento del capital social de la sociedad D a través de B y C.

La disposición también indica que las empresas vinculadas responden de forma subsidiaria, es decir, cuando existe incumplimiento de la obligación por parte del deudor principal. El obligado subsidiario goza del beneficio de excusión y división. El beneficio de excusión permite al obligado subsidiario solicitar al acreedor que persiga su





deuda en los bienes del deudor principal de acuerdo al artículo 2259 del Código Civil. El beneficio de división obliga al acreedor, en caso de existir varios obligados subsidiarios, a demandar a cada uno por su parte o cuota en la obligación de conformidad al artículo 2269. En este último caso, el obligado subsidiario por mandato legal responde de forma proporcional a su participación en el capital sin considerar la cantidad que represente sus aportes en el capital social.

Por ejemplo, un trabajador demanda a la empresa A como empleadora y a los socios B y C de dicha compañía de forma subsidiaria. El socio B tiene el 40 por ciento y que el socio C el 30 por ciento de las participaciones de la compañía A. La sentencia ordena pagar al trabajador la cantidad de 10000 dólares. Si

el trabajador no puede ejecutar la sentencia en la empresa A por alguna razón, solamente puede solicitar la ejecución del 40 por ciento a B y del 30 por ciento a C de la cantidad ordenada, esto es, 4000 a B y 3000 a C, a pesar que la cantidad que represente sus aportes en el capital social sea mayor o menor.

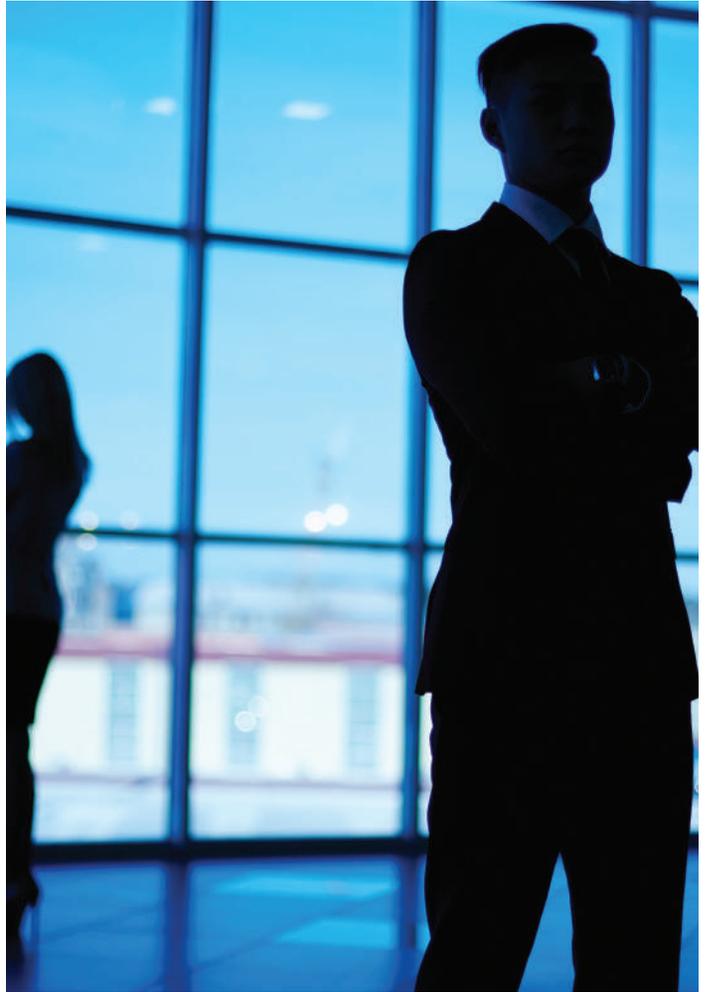
La diferencia fundamental entre la obligación solidaria y la subsidiaria es que en la última existen dos obligaciones, una subordinada a la otra (Abeliuk, 2001, p. 253). En cambio, en la obligación solidaria existen varios obligados, pero una sola obligación. Por esa razón, la obligación es *in solidum*, es decir, que esta se puede exigir a la totalidad de los obligados solidarios pasivos o a uno solo de ellos de acuerdo al artículo 1530 del Código Civil.

En síntesis, el legislador en 2015 establece una excepción al principio de división patrimonial por primera vez. La finalidad del legislador es proteger los derechos de los trabajadores en caso que la sociedad no tenga patrimonio para responder por las obligaciones laborales. Las empresas vinculadas por participación directa, son subsidiariamente responsables, de forma proporcional a su participación en el capital social, y con independencia de la cantidad que representan los aportes en el capital social.

Esto, fortalece mi tesis en cuanto a la lectura correcta del artículo 41 antes analizado. Puesto que, si la solidaridad de este alcanzara a los accionistas de una compañía, la institución jurídica del 103.1 no tendría razón de ser.

5. Conclusión

La *ratio legis* del actual artículo 41 del Código de Trabajo era extender la responsabilidad del empleador de forma solidaria hacia aquellas personas que se favorecían de los beneficios de una sociedad de hecho. Por el contrario, esta disposición no se pensó para ser aplicada a las sociedades civiles o mercantiles porque las mismas cuentan con reglas propias que regulan su responsabilidad con terceros, en especial la compañía limitada y la sociedad anónima. No obstante, en varias sentencias se ha interpretado esta disposición de forma contraria al objetivo de la norma vulnerando el principio de división patrimonial que constituye el *affectio societatis* de toda compañía. Existe un errado concepto de que con la expresión “socios, conductores o copartícipes” se incluye a los socios o accionistas de una compañía legalmente constituida.



Por otra parte, considero que el legislador, a través de la disposición contenida en el artículo 103.1 del Código del Trabajo, decide por primera vez establecer una excepción al principio de división patrimonial en materia laboral. Sin embargo, esta excepción tiene sus propias características debido a que se aplica a empresas vinculadas por participación directa en al menos el 25% y su responsabilidad es subsidiaria, proporcional a la participación de los socios o accionistas en el capital social, e independiente de la cantidad que representan los aportes individuales en el capital social⁶

BIBLIOGRAFÍA:

- Abeliuk Manasevich, R. (2001). *LAS OBLIGACIONES*. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Cevallos Vásquez, V. (2016). *NUEVO COMPENDIO DE DERECHO SOCIETARIO*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Coello García, Hernán. (1986). *OBLIGACIONES*. Cuenca, Ecuador: Fundación Chico Peñaherrera.
- Godoy Guevara, J. (2019). *EL CONCEPTO DE PARTES RELACIONADAS EN EL ÁMBITO DEL RÉGIMEN DE PRECIOS DE TRANSFERENCIA*. En R. Carpio, C. Montaña, & P. Villegas (coord.) *Tratado de Fiscalidad Internacional para el Ecuador* (pp. 637-658) Ius et Historia.
- Moscoso García, L. (2015). *Análisis jurídico del contrato de sociedad civil, ventajas y desventajas al ser un paso previo a la constitución de una compañía* [tesis de maestría, Universidad del Azuay]. Repositorio Institucional UAZUAY.
- Trujillo, J.C. (1986). *Derecho de Trabajo*. Quito, Ecuador: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Ugarte Vial, Jorge. (2012). FUNDAMENTOS Y ACCIONES PARA LA APLICACIÓN DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO EN CHILE. *Revista chilena de derecho*, 39(3), 699-723. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372012000300005>

Jurisprudencia

- (1944) *Gaceta Judicial*, VI (14).
- (1985) *Gaceta Judicial*, XIV (8).
- Corte Nacional de Justicia, Sala de Lo Laboral. (23 de enero de 2017) Sentencia 17731-2016-1527.
- Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Laboral. (13 de marzo de 2019) Sentencia 17371-2017-03727.

- Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Laboral. (13 de marzo de 2019) Sentencia 17371-2017-03727.
- Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Laboral. (13 de marzo de 2019) Sentencia 17371-2017-03727.
- Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Laboral. (19 de noviembre de 2014) Sentencia 17731-2011-0425B.
- Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Laboral. (26 de noviembre de 2014) Sentencia 17731-2011-0576B.
- Corte Provincial de Justicia de Azuay, Sala Especializada de lo Laboral. (09 de junio de 2011) Sentencia 01131-2011-0384.
- Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Sala Especializada de lo Laboral. (09 de junio de 2011) Sentencia 17371-2014-3095.
- Corte Provincial de Justicia de Tungurahua, Sala Especializada de lo Civil, Mercantil y Laboral. (27 de mayo de 2014) Sentencia 18111-2014-0456.
- Corte Provincial del Guayas, Sala Especializada de lo Laboral. (13 de noviembre de 2014) Sentencia 09132-2013-0688.
- Juzgado Octavo de Trabajo. (27 de febrero de 2013) Sentencia 09358-2012-0340.
- Juzgado Segundo de Trabajo. (17 de junio de 2009) Sentencia 01352-2009-0064.
- Juzgado Segundo de Trabajo. (22 de mayo de 2009) Sentencia 01352-2009-0065.
- Unidad Judicial de Trabajo con sede en el cantón Ambato. (28 de abril de 2014) Sentencia 18371-2013-2392.
- Unidad Judicial de Trabajo con sede en la Parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito. (20 de noviembre de 2014) Sentencia 17371-2014-3095.
- Unidad Judicial de Trabajo de Cuenca. (01 de agosto de 2019) Sentencia 01371-2019-00188.
- Unidad Judicial de Trabajo de Cuenca. (07 de mayo de 2015) Sentencia 01371-2014-0153.
- Unidad Judicial de Trabajo de Ambato. (09 de febrero de 2015) Sentencia 18371-2014- 0580.

PROYECTO DE LEY DE LOBBY ARCHIVADO EN ECUADOR

María Gracia Riofrío Molina

Para entender el impacto del resultado del archivo del Proyecto de Ley para la regulación del lobby (hacer antesala a una determinada opción para crear condiciones favorables) y la prevención de conflictos de intereses, es importante dar un paso atrás y hablar sobre lo que significa el lobby o cabildeo, no sin antes mencionar que es una actividad que ha sido ejercida desde hace muchos años en todo el mundo.

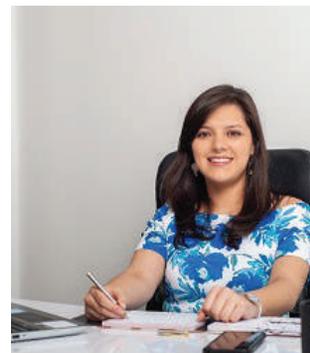
De acuerdo a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, la actividad del lobbying, consiste en cualquier comunicación oral o escrita con un funcionario público y/o representante de cualquier entidad pública que responda al interés público con la finalidad de influir, ya sea en materia legislativa, creación de política pública o decisiones administrativas (OCDE, 2010).

A simple vista la palabra “influencia” puede generar rechazo ya que suele asociarse con otros conceptos tales como el conflicto de intereses y el tráfico de influencias. Sin embargo, con un marco regulatorio adecuado, el lobby puede ser una oportunidad de mejora en aspectos como legitimidad en la toma de decisiones, técnica legislativa y/o en la gestión pública, ya que permite que cualquiera de estas actividades aproveche los aportes (idealmente sociales, técnicos y jurídicos) para beneficio del interés público. Esta es la oportunidad que se perdió el pasado 24 de marzo de 2022 cuando la Asamblea Nacional rechazó, sin debate alguno, el Proyecto de Ley para la regulación del lobby (cabildeos) y la prevención de conflictos de intereses.

Del mencionado proyecto se destaca el uso de figuras que han resultado beneficiosas en

Abogada por la Universidad de las Américas, cuenta con un Máster Iberoamericano en Compliance de la Universidad de Salamanca, además una especialización en Compliance por Tirant Lo Blanch Formación de Madrid.

Es miembro del equipo del Área Corporativa en Solines & Asociados Abogados, miembro del Directorio de la World Compliance Association WCA Capítulo Ecuador, preside el Comité de Compliance y PYMES en la World Compliance Association WCA Capítulo Ecuador.



María Gracia Riofrío Molina

regulaciones de países como España, Chile y México, tales como:

- Creación de dos tipos de registro de gestores de interés; por un lado, el registro a cargo de los propios (lobbyistas); y, por otro lado, el registro a cargo de los (organismos e instituciones).

- Defensoría del Pueblo como ente de administración de los registros y la creación de formularios para solicitar reuniones con las autoridades.

- Establecimiento de incompatibilidades para el ejercicio de las actividades de lobby que se hacen extensivas a los cónyuges y parientes hasta cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los sujetos pasivos definidos en el mismo texto.

- Limitación por dos años, para los funcionarios públicos que por cualquier motivo se desvincularen del sector público, para el ejercicio de actividades (en el ámbito privado) que tengan relación con el cargo que ostentaban con su cargo, aún si dichas actividades son a título gratuito.

- Régimen sancionatorio tanto para funcionarios públicos como para gestores de intereses (privados) que incumplan las disposiciones.

Esta actividad, que ha sido reconocida mundialmente como una actividad legítima y lícita como cualquier otra, requiere de una regulación adecuada para evitar caer en su antítesis corrupta (tráfico de

influencias, cohecho, conflicto de intereses, etc), y si bien el proyecto de ley era perfectible como cualquier otro cuerpo normativo, simbólicamente representaba un avance en la lucha contra la corrupción y la búsqueda de una forma de hacer política más transparente en Ecuador.

Ante la realidad nacional de Ecuador, la regulación específica para la industria del lobby constituía un cambio de narrativa, tanto para la toma de decisiones del poder ejecutivo como para la gestión del legislativo y la administración pública en general, enviando un mensaje de transparencia y reivindicación a la ciudadanía®





DESFOGUE A LA CRISIS VENEZOLANA

Luis Narváez Rivadeneira

Resumen

Con un fuerte sabor escéptico se arribó a otro encuentro entre las partes desavenidas, es que el registro histórico nos devela, por enésima vez, que se han iniciado y sepultado diversos esfuerzos encaminados a superar la todavía insepulta crisis venezolana. En el presente trabajo se registra, de manera documental y crítica, el advenimiento y aceptación, bona fide, de una hoja de ruta, un método y los temas relevantes admitidos por las partes en conflicto, inscritas en el “Memorando de Entendimiento”, suscrito el 13 de agosto de 2021, en México.

Pero este no es un acuerdo definitivo. No obstante, consensualmente se nos anticipa la puesta en marcha de un “proceso de diálogo y negociación integral e incremental, basados en una agenda, formato y pautas... (hasta) llegar a un acuerdo, a través de una negociación intensa, integral, incremental y pacífica, para establecer reglas claras de convivencia política y social con respeto absoluto a la Constitución nacional”.

Ante este hecho -entre panegíricos y detractores-, al reflexionar una vez más sobre la situación venezolana, cuyas precedentes consideraciones las manifestamos en el statu quo: inercia internacional y la diáspora venezolana, nos permite vislumbrar, insertos aún en conjeturas, un derrotero de aproximaciones para superar el abatimiento derivado de la situación aún prevalecte. Vale decir: estamos en el desfogue a la crisis.

Abstract

With a strong skeptical flavor, another meeting between the disagreeing parties was reached, it is that the historical record reveals to us, for the umpteenth time, that various efforts have been initiated and buried aimed at overcoming the still unburied Venezuelan crisis. In the present work, the advent and acceptance, bona fide, of a roadmap, a method and the relevant issues admitted by the parties in conflict, registered in the “Memorandum of Understanding”, signed, are recorded in a documentary and critical manner. on August 13, 2021, in Mexico.

But this is not a definitive agreement. However, consensually we anticipate the launch of a "comprehensive and incremental dialogue and negotiation process,

based on an agenda, format and guidelines... (until reaching an agreement, through intense, comprehensive, incremental negotiation and peaceful, to establish clear rules of political and social coexistence with absolute respect for the National Constitution".

Faced with this fact -between panegyrics and detractors-, reflecting once again on the Venezuelan situation, whose previous considerations we

manifest in the status quo: international inertia and the Venezuelan diaspora, allows us to glimpse, still inserted in conjecture, a course of approaches to overcome the depression derived from the still prevailing situation. That is to say: we are in the vent to the crisis.

INTRODUCCIÓN:

DESFOGUE A LA CRISIS: "Dar salida al fuego", es una de las acepciones incorporadas en el diccionario de la RAE de la Lengua. Cabe, por tanto, aplicar ese significado a propósito de las oficiosas acciones noruegas -iniciadas hacen más de tres años-, y llevadas a cabo sin estridencias por Noruega, en este nuevo emprendimiento. La actitud del jefe del grupo facilitador, apunta a esta definición, en cuanto afirmó que su país "acepta con humildad la responsabilidad

-Doctor en Jurisprudencia y Abogado de los Tribunales de Justicia; Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Central del Ecuador Especialización: Instituto de Derecho Internacional (U. Central del Ecuador). Rector de la Universidad del Pacífico – Escuela de Negocios (Sede Quito) Junio 2005 – Abril 2007.

- Docente de la Universidad Central del Ecuador; PUCE; Universidad Católica de Santo Domingo y Universidad Autónoma de Santo Domingo (República Dominicana); Instituto Tecnológico de Santo Domingo (INTEC); Universidad Internacional SEK.- Facultad de Ciencias Jurídicas; Profesor Honoris Causa de la Universidad Católica de Santo Domingo, República Dominicana; Profesor Honoris Causa de la Universidad Ricardo Palma de Lima, República del Perú. Embajador de Carrera del Servicio Exterior Ecuatoriano: Paraguay; Alemania; Bolivia; República Dominicana; Haití y Perú; Subsecretario de Asuntos Económicos, Asesor y Director General en diversas áreas del Ministerio de Relaciones Exteriores. Asesor y Jefe de Despacho del Ministro de Finanzas del Ecuador. Autor de numerosas publicaciones.



Luis Narváez Rivadeneira

de mediar el diálogo entre las partes”; al hacer, a la vez, un “llamado a la comunidad internacional a apoyar y acompañar este proceso”, con la advertencia de que “la actual crisis en Venezuela solo puede ser resuelta por los propios actores venezolanos”; y al precisar que “el resultado exitoso de estas negociaciones dependerá del compromiso absoluto y de la voluntad de los venezolanos”.

MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO: En el léxico del derecho internacional público, “Memorándum” es una comunicación diplomática, menos solemne que la nota formal, que resume razones o hechos precedentes para que se tengan presentes en el curso de una negociación. Al revisar el encuentro del 13 de agosto, en el documento firmado, denominado “Memorando de Entendimiento”, advertimos que ambas contrapartes mostraron su disposición para “Llegar a un acuerdo, a través de una negociación intensa, integral, incremental y pacífica, para establecer reglas claras de convivencia política y social con respeto absoluto a la Constitución nacional”, y coincidieron en “acordar las condiciones necesarias para que se lleven a cabo los procesos electorales consagrados en la Constitución con todas las garantías y entendiendo la necesidad de que sean levantadas las sanciones internacionales”.

RONDAS DE NEGOCIACIÓN: La complejidad y profundidad de las cuestiones involucradas para superar la crisis, se develan en la concomitancia esencial del compromiso asumido; y se sustentan en la fortaleza del trabajo emprendido, que apalanque los puntos de confluencia que garanticen el futuro del pueblo de Venezuela. Esos “puntos de confluencia”, con la facilitación de Noruega en el seno del Grupo de Entendimiento, constituyen el soporte para este nuevo esfuerzo. Así, el 13 de agosto de 2021, se acordó que el proceso de diálogo y negociaciones se desarrolle a través de “acuerdos parciales” que atiendan los puntos fijados por los

actores. Admitimos, bona fide, que en este advenimiento están establecidas y aceptadas una hoja de ruta, un método y los temas relevantes. Esta metodología, en consecuencia, brinda cabida a la realización de “rondas de negociación” sucesivas, como en efecto ocurriera en las rondas realizadas en las reuniones del 13-15 de agosto, y del 03-06 y del 24-27 de septiembre de 2021.

PERMEABILIDAD RIGUROSA: De cualquier modo, destaquemos una regla de oro: se trata de ejercitar una permeabilidad rigurosa como método de negociación, al haberse convenido que “*nada está acordado hasta que todo esté acordado*”. Por ende, en el marco de la “negociación integral” queda abierta la posibilidad de llegar a “acuerdos parciales”, si se considerara que los puntos han sido suficientemente debatidos o su implementación es urgente.

PRINCIPIOS RECTORES: No quepa duda de que la cuestión –difícil y compleja– se manejará, además, a través de la invocación de respeto a los principios rectores del orden jurídico internacional, porque están en juego no solo la garantía a los derechos humanos y a la paz interna, sino la defensa de la no intervención y la libre determinación, en tanto soterradamente persiste una intervención bastante encubierta por parte de actores externos.

“El gobierno de Venezuela y la oposición se comprometieron (formalmente, el viernes 13 de agosto) a llevar a cabo un proceso de diálogo y negociación integral para lograr acuerdos que lleven a la celebración de elecciones, a que se levanten las sanciones económicas contra el país, entre otros puntos”, reza un despacho periodístico originado en ciudad de México.

Ese “compromiso” fue asumido por Jorge Rodríguez, jefe de la delegación del gobierno de Nicolás Maduro, y Gerardo Blyde, de la oposi-

tora Plataforma Unitaria de Venezuela, quienes firmaron, en el Museo Nacional de Antropología de la capital mexicana, un “*memorando de entendimiento*” con el que arranca un proceso de negociación –una vez más- mediado por Noruega y, en esta ocasión, con el testimonio del canciller azteca, Marcelo Ebrard.

A propósito de las oficiosas acciones noruegas -iniciadas hace más de tres años-, y llevadas a cabo sin estridencias por el país escandinavo, en este nuevo emprendimiento es importante destacar la actitud de Dag Nylander, jefe del grupo facilitador de Noruega, quien afirmó que su país “acepta con humildad la responsabilidad de mediar el diálogo entre las partes”. Hizo, a la vez, un “llamado a la comunidad internacional a apoyar y acompañar este proceso”, con la advertencia de que “la actual crisis en Venezuela sólo puede ser resuelta por los propios actores venezolanos. El resultado exitoso de estas negociaciones dependerá del compromiso absoluto y de la voluntad de los venezolanos”.

PRIMERA RONDA DE NEGOCIACIONES MÉXICO 13-15 AGOSTO 2021

Al revisar el encuentro del 13 de agosto, en el documento firmado advertimos que ambas contrapartes, conforme anunciaron los medios de comunicación, mostraron su disposición para “acordar las condiciones necesarias para que se lleven a cabo los procesos electorales consagrados en la Constitución con todas las garantías y entendiendo la necesidad de que sean levantadas las sanciones internacionales”.

Cabe puntualizar, como premisa, que ahora ambas partes saben ya formalmente en qué no están de acuerdo, y que ven de manera muy diferente el futuro. Sin embargo, la concomitancia esencial estriba en el compromiso asumido para que el trabajo emprendido se apalanque en los puntos de confluencia que garantizarán el futuro del pueblo de Venezuela. Y esos “puntos de confluencia”, tras los fallidos diálogos de Barbados, en 2019, y República Dominicana, en 2018, en esta ocasión en México, con la facilitación de Noruega y el auspicio del gobierno mexicano, constituyen el sustento para este nuevo esfuerzo. Así, el 13 de agosto de 2021, se acordó que el proceso de diálogo y negociaciones será desarrollado a través de los siguientes puntos fija-

Sin embargo, la concomitancia esencial estriba en el compromiso asumido para que el trabajo emprendido se apalanque en los puntos de confluencia que garantizarán el futuro del pueblo de Venezuela.

dos por los actores, según el anuncio oficial de Dag Nylander:

1. Derechos políticos para todos
2. Garantías electorales para todos
3. Levantamiento de las sanciones y restauración de derechos a activos
4. Respeto al Estado de derecho
5. Convivencia política y social, renuncia a la violencia, reparación a las víctimas de la violencia
6. Protección de la economía nacional y medidas de protección social

7. Garantías de implementación y seguimiento de los acuerdos

Los comentaristas de prensa, a renglón seguido, con verborrea incluida, vocearon que la intención del diálogo se estableció en el memorándum de entendimiento con un objetivo macro: “Llegar a un acuerdo, a través de una negociación intensa, integral, incremental y pacífica, para establecer reglas claras de convivencia política y social con respeto absoluto a la Constitución nacional”.

Para sustento de los estudiosos y analistas, que excluya especulaciones y subterfugios, leamos textualmente el preámbulo del Memorando de Entendimiento. Dice así:

“Las partes designadas a efectos de este proceso, como el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la Plataforma Unitaria de Venezuela,

- Bajo el amparo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,

- Convencidos de la necesidad de poner el bienestar del pueblo venezolano en el centro de la atención,

- Atendiendo a los valores superiores del ordenamiento jurídico del Estado venezolano y de su actuación, que son los de la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político,

- Comprometidos con el fortalecimiento de una democracia inclusiva y una cultura de tolerancia y convivencia política,

- Convencidos de la importancia de promover una cultura de respeto a los derechos humanos y de investigar y sancionar su violación,

- Dispuestos a acordar las condiciones necesarias para que se lleven a cabo los procesos electorales consagrados en la Constitución, con todas las garantías,

- Entendiendo la necesidad de que sean levantadas las sanciones contra el Estado venezolano, reivindicando como derechos irrenunciables de la nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional,

- Rechazando cualquier forma de violencia política en contra de Venezuela, su Estado y sus instituciones,

- Comprometidos con la estabilización y defensa de la autonomía nacional, productiva, diversificada y solidaria,

- Saludando las iniciativas humanitarias tomadas, particularmente la Mesa Nacional de Vacunación y el Programa Mundial de Alimentos,

- Reconociendo la necesidad de construir una visión de un futuro conjunto para todas las venezolanas y todos los venezolanos, e

- Invitando a los miembros de la comunidad internacional a acompañarnos en estos propósitos.

Hemos acordado llevar a cabo un proceso de diálogo y negociación integral e incremental, basados en una agenda, formato y pautas, acordados por el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la Plataforma Unitaria de Venezuela, de manera previa al inicio de las conversaciones en la Ciudad de México, capital de los Estados Unidos Mexicanos”.

Admitimos, bona fide, que en este advenimiento están establecidas y aceptadas una hoja de ruta, un método y los temas relevantes. Per se no es un acuerdo definitivo. No obstante, consensualmente se nos anticipa la puesta en marcha de un *“proceso de diálogo y negociación integral e incremental, basados en una agenda, formato y pautas... (hasta) llegar a un acuerdo, a través de una negociación intensa, integral, incremental y pacífica, para establecer reglas claras de convivencia política y social con respeto absoluto a la Constitución nacional”*.

Ante este hecho -entre panegíricos y detractores-, al reflexionar una vez más sobre la situación venezolana, cuyas precedentes consideraciones las manifestamos en el statu quo: inercia internacional y la diáspora venezolana¹, nos permite vislumbrar, insertos aún en conjeturas, un derrotero de aproximaciones para superar el abatimiento frente a la todavía insepulta situación.

No quepa duda de que la cuestión -difícil y compleja- se manejará, además, a través de la invocación al respeto de los principios rectores del orden jurídico internacional, porque están en juego no solo la garantía a los derechos humanos y a la paz interna, sino la defensa de la no intervención y la libre determinación, en tanto soterradamente persiste una intervención bastante encubierta por parte de actores externos.

De cualquier modo, destaquemos una regla de oro: se trata de ejercitar una permeabilidad rigurosa como método de negociación, al haberse convenido que *“nada está acordado hasta que todo esté acordado”*. Por ende, en el marco de la

“negociación integral” queda abierta la posibilidad de llegar a “acuerdos parciales”, si se considerara que los puntos han sido suficientemente debatidos o su implementación es urgente. Más adelante volveremos a esta materia sustantiva.

En medio de una densa barahúnda, que cubrió al tema a lo largo del año 2020 y durante los siete primeros meses del 2021, para el análisis de este nuevo intento comprometido a través del Memorando de Entendimiento del 13 de agosto, interesa evocar, anotar y despejar algunas barrumbadas que caracterizaron a ciertos hechos, en aquel período.

A principios de junio del 2020, el Consejo Nacional Electoral de Venezuela convocó, para el 6 de diciembre, a elecciones parlamentarias para el periodo 2021 – 2026. En esa ocasión la presidenta del CNE aseguró que se ha “Establecido el marco normativo básico que regula el proceso electoral correspondiente a las elecciones parlamentarias 2020”. Añadió: “hemos aprobado por unanimidad tanto la convocatoria para el proceso electoral como el cronograma electoral”. Ese cronograma comenzó con una jornada especial para el Registro Electoral (lunes 13 al domingo 26 de julio); siguió con la presentación de las postulaciones de las personas interesadas (10 al 19 de agosto); continuó con la realización de un simulacro electoral (domingo 11 de octubre); y se cerró con la campaña electoral oficial, el 3 de diciembre.

Los principales partidos de la oposición venezolana, en una Declaración Conjunta del 2 de

1. “Statu quo: inercia internacional y la diáspora venezolana”, por Luis Narváez Rivadeneira.- Novedades Jurídicas N° 181, julio 2021.

agosto, anunciaron que han decidido no participar en las elecciones parlamentarias programadas para el 6 de diciembre. En la decisión adoptada por los veintisiete partidos que se oponen a la administración del presidente Maduro, se indica que la misma fue tomada "habiendo agotado todos nuestros esfuerzos nacional e internacionalmente para que tuviéramos un proceso electoral competitivo, que garantizara el respeto a la voluntad soberana del pueblo". A la vez, los firmantes de dicha Declaración invitaron a la comunidad internacional "a rechazar las elecciones parlamentarias venezolanas, así como sus resultados", por tratarse de un proceso fraudulento.

Al cabo de pocos días, el avenimiento contenido en esta Declaración Conjunta suscrita por los 27, en medio del caos por el liderazgo interno opositor y golpeado por la imposibilidad de concretar el cese de la "usurpación" de Maduro, tal aproximación mostró severas goteras en la solidaridad comprometida entre los opositores al régimen del gobierno. Esto condujo a que Guaidó, el 7 de septiembre, propusiera a dicho cenáculo la adopción de un otro "pacto unitario" que preservara a la agrupación. El plan prometió "un nuevo espacio de coordinación para las fuerzas democráticas, el retorno de las protestas y una consulta popular basada en el artículo 70 de la Carta Magna".

El proceso electoral aprobado por el CNE seguía adelante. El Consejo indicó, enfáticamente, que "Cumpliendo con cada una de las etapas del proceso electoral, hoy 3 de noviembre arranca la Campaña Electoral para la elección de diputados y diputadas a la Asamblea Nacional (Parlamento unicameral) 2020, rumbo al 6 de diciembre. La misma (que) se llevará a cabo hasta el jueves 3 de diciembre de 2020". La situación se ubicó en arenas movedizas.

Entretanto, sin sosiego, casa afuera, la reacción oponente insistía en todo momento en los re-

chazos, en su hora manifestados en el seno del Grupo de Lima, en el Grupo Internacional de Contacto, en los Estados Unidos y en la Unión Europea, ante "la convocatoria a unas elecciones sin condiciones: libres ni justas". Así declararon los miembros del Grupo de Lima al decir que "rechazan y desconocen la designación de los miembros del Consejo Nacional Electoral por el Tribunal Supremo de Justicia"; al calificarla como «ilegal» y sostener que «vulnera abiertamente la constitución venezolana y socava las garantías mínimas necesarias para cualquier proceso electoral y para el retorno de la democracia en Venezuela». A la sazón, el Grupo Internacional de Contacto, encabezado por Uruguay, censuró la convocatoria y el proceso electoral conducido por el CNE que «socava la credibilidad del próximo proceso electoral». Esta declaración pública fue acordada por Bolivia, Panamá, Costa Rica, Ecuador, Reino Unido, la Unión Europea y siete de sus Estados miembros: Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, Portugal, España y Suecia.

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, por su parte, indicó que «las recientes decisiones del Tribunal Supremo de Justicia disminuyen la posibilidad de construir condiciones para procesos electorales creíbles y democráticos», al «nombrar nuevos rectores del Consejo Nacional Electoral sin el consenso de todas las fuerzas políticas, e interferir en la organización interna de dos de los principales partidos políticos de la oposición».

Cañidos a los hechos y al entorno de los sucesos brevemente descritos, no podemos soslayar otros vaivenes conductuales anteriores al nuevo emprendimiento de agosto de 2021.

Recordemos que las elecciones parlamentarias venezolanas se realizaron en la fecha dispuesta en la convocatoria del CNE, vale decir, el 6 de diciembre. Luego, con apego al calendario

electoral, el acto oficial de posesión de los legisladores elegidos tuvo lugar el 5 de enero de 2021.

Los primeros datos sobre los resultados electorales, puestos a conocimiento público, el 7 de diciembre, por la presidenta del Consejo Nacional Electoral, anunciaban que el Gran Polo Patriótico (GPP, que agrupa al Partido Socialista Unido de Venezuela y a otros partidos del chavismo) obtuvo 3.558.320 votos (67,6% del total), con el 82,35% de transmisión de las actas de escrutinio y 5.264.104 votos escrutados. Se contabilizó, además, una participación del 31% de las y los electores inscritos. La Alianza Democrática, conformada por los partidos opositores: Acción Democrática (AD), COPEI, Cambiemos Movimiento Ciudadano (CMC), Avanzada Progresista (AP) y El Cambio (partido de Javier Bertucci), alcanzó 944.665 votos (17,95% del total). Por su parte, Venezuela Unida, integrada por el partido Primero Venezuela (PV, escisión de Primero Justicia), Voluntad Popular (VPA) y Venezuela Unida, obtuvo 220.502 votos (4,19% del total). El Partido Comunista de Venezuela (PCV) y la Alternativa Popular Revolucionaria llegó a los 143.917 votos (2,73% del total). Y otros alcanzaron los 357.609 votos (6,79% del total). Luego los datos numéricos se ajustaron a la contabilidad electoral. Los resultados fueron irreversibles: un universo de votantes inscritos que bordeó los 10 millones de electores; un nivel de ausentismo de alrededor del 40 por ciento. La concentración oficialista captó el respaldo del 70 % de la votación; en tanto que las facciones opositoras, pese a las alianzas formalmente estructuradas a partir de agosto de 2020, diluyeron el saldo de los votos registrados para las elecciones de diciembre.

De cara a esos resultados, ajustados a la “normativa” electoral vigente, los mismos fueron impugnados por una oposición difusa. Al unísono, la UE lamentó “profundamente” que la Asamblea Nacional asumiera su mandato el 5

de enero sobre la base de estas elecciones no democráticas. En ese talante, el Alto Representante de la Unión Europea expresó que la “UE lamenta que se realizaran las elecciones parlamentarias en Venezuela el pasado 6 de diciembre de 2020”; aseguró que “éstas carecieron de pluralidad política y de las condiciones mínimas necesarias para que el grupo de países europeos consideraran el evento electoral como creíble, inclusivo, transparente, y representativo”; y, además, afirmó que “las elecciones no cumplieron con los estándares internacionales para un proceso creíble y para movilizar al pueblo venezolano a participar”. Censuró, a la par, “la falta de pluralismo político y la forma en que se planificaron y ejecutaron las elecciones, incluida la descalificación de los líderes de la oposición”.

Aunque en senderos distintos, pese al radicalismo antagónico que acusaba el comportamiento de los actores externos frente a los responsables de la crisis venezolana, paralelamente se advirtieron algunos matices de aproximación para la solución, tales fueron, por ejemplo, las conversaciones chileno-argentinas. En efecto, a finales de enero, el presidente argentino visitó a su homólogo chileno en Santiago de Chile, para una reunión bilateral sobre temas de interés recíproco. En ese escenario, el ministro chileno de relaciones exteriores, si bien negó la realización de un diálogo directo presidencial sobre el asunto venezolano, afirmó que “sí hubo un diálogo bilateral a nivel de los cancilleres”. Allamand, canciller chileno, el 20 de enero reveló que los dos gobiernos estaban trabajando “en una nueva aproximación hacia la situación venezolana”. Adviértase que, a la fecha, Chile y Argentina eran parte del Grupo de Lima.

Al cabo de dos meses, la Cancillería argentina anunció, esto es el 24 de marzo, su salida del denominado Grupo de Lima, por estimar que “las acciones que ha venido impulsando el Grupo en el plano internacional, buscando aislar al

Gobierno de Venezuela y a sus representantes, no han conducido a nada”. Un segmento del comunicado oficial pone de manifiesto que “Una vez más, reiteramos que la mejor manera de ayudar a los venezolanos es facilitando que haya un diálogo inclusivo que no favorezca a ningún sector en particular, pero si a lograr elecciones aceptadas por la mayoría con control internacional. Es claro que no pueden las autoridades venezolanas desconocer, sin embargo, que producir las condiciones para un diálogo que resulte productivo es primordialmente su responsabilidad. Un diálogo del que deben formar parte, pero del que no puede apartar a la oposición en su conjunto. Un diálogo que sin duda se vería enriquecido con voces provenientes de los principales actores sociales del país, como la Iglesia, el sector empresario y las organizaciones no gubernamentales, sin exclusiones”.

Más adelante, con el advenimiento del nuevo gobierno en el Perú, hecho ocurrido el 28 de julio del año en curso, se anunció un importante cambio direccional sobre la cuestión venezolana. El 7 de agosto, el flamante canciller del Perú declaró el retiro de su país del llamado Grupo de Lima. Señaló que esa decisión se la adoptó “en el marco de la política exterior no injerentista del nuevo Gobierno”. Añadió que “nuestra política será conjunta, multilateral con una serie de países...; la meta es ayudar a Venezuela a resolver sus problemas”. De este modo, “el Perú

se unirá a las naciones europeas y latinoamericanas que ya trabajan contra las políticas de bloqueos unilaterales que afectan a Venezuela, sin intervenir con sus distintas tendencias políticas”. Esta decisión, a prima vista, cambia la orientación del péndulo a los cuatro años de la creación del Grupo, que fuera instaurado para apoyar a la oposición venezolana y poner fin al Gobierno de Maduro. Perú se sumaba a México, Bolivia y Argentina en la lista de naciones que suscribieron la creación del Grupo de Lima y que ahora se manifiestan al margen de la posición del Grupo, “ya que no ha conducido a nada el aislamiento del Gobierno venezolano”².

Depuesto el flamante Canciller peruano a los pocos días de su posesión, fue sustituido por Oscar Mautua, quien hubo de enfrentar una agria y áspera reacción política en el seno del Congreso peruano³.

Tras estos necesarios recuentos, que de alguna manera rompen la inercia regional, volvamos al nuevo intento comprometido entre las partes en el Memorando de Entendimiento suscrito en México, el 13 de agosto de 2021.

Al difundírselo públicamente, la Asamblea Nacional de Venezuela, de mayoría oficialista, el 17 del mismo mes y año, aprobó dicho “Memorando de Entendimiento” que fuera acordado entre los representantes del “Gobierno de la

2. “Doce países firmaron la Declaración de Lima, asumiendo el compromiso de coadyuvar al proceso democrático venezolano a través de elecciones libres bajo supervisión internacional, gestionando la liberación de presos políticos y buscando la forma más eficiente de prestar ayuda humanitaria. Una región con signos de polarización determinó desencuentros a su interior e incluso algún retiro”. (García Belaunde, José Antonio, en “Dos siglos de desafíos en la política exterior peruana. Nudos de la República”. Bicentenario 2021, pág. 146. Lima, Perú).
3. El 17 de septiembre trascendió la realización de una “reunión no agendada” entre Castillo y Maduro. El comentario del nominado Canciller peruano, en concreto, decía que la reunión “se produjo teniendo en cuenta el principio de igualdad jurídica de los estados, así como la declaración de principios referentes a las relaciones amistosas y a la cooperación entre los estados en los márgenes de la reunión plenaria de la Sexta Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de la CELAC”.

República Bolivariana de Venezuela y (de) la Plataforma Unitaria de Venezuela”. Un detalle: tras la aprobación legislativa, Rodríguez (presidente de la Asamblea y, a la sazón, Jefe de la delegación gubernamental venezolana) pidió a la comunidad internacional “dejar las presiones contra su país para que pueda avanzar el proceso de negociación”.

SEGUNDA RONDA DE NEGOCIACIONES MÉXICO 03-06 SEPTIEMBRE 2021

Durante la Primera Ronda de las negociaciones y en el marco del proceso de diálogo, el Equipo Facilitador –encabezado por Noruega e integrado por Holanda y Rusia- y las delegacio-



nes del Gobierno y de la oposición convinieron en volver a reunirse los días 3 a 6 de septiembre en la capital azteca. En efecto, al término de la Segunda Ronda se anunció que los compromisos alcanzaron dos acuerdos parciales, como parte de la hoja de ruta trazada para superar la aguda crisis por la que atraviesa Venezuela.

Según el Comunicado Conjunto, aprobado el 6 de septiembre, las partes revelaron que uno de los acuerdos está referido a la protección social del pueblo venezolano y otro a la ratificación y defensa de la soberanía sobre la Guayana Esequiba, una añeja disputa territorial. Asimismo, convinieron en establecer “meca-

nismos de restauración y consecución de los recursos para atender las necesidades sociales de la población, con especial énfasis en los efectos de la pandemia por COVID-19, incluyendo aquellos provenientes de organismos multilaterales a los que tenga derecho la República”.

Se informó que, a finales de septiembre, nuevamente en México, tras los “acuerdos tempranos” alcanzados en este segundo encuentro, se realizará la Tercera Ronda del Equipo Facilitador con los representantes del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y de la Plataforma Unitaria de Venezuela.

Para fortalecer este marco de aproximaciones parciales, el Canciller mexicano anunció “a nombre de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) -que México preside- que toda la comunidad de la región y del mundo entero tiene los ojos y sus mejores deseos puestos en este diálogo”. Comentó, a la vez, que “las partes saben ya en qué

no están de acuerdo y que ven de maneras muy diferentes el futuro, pero que el trabajo es garantizar puntos de confluencia para garantizar el futuro del pueblo de Venezuela”.

Estas expresiones, al romper la inercia para dar paso a propuestas mancomunadas en una América Latina y el Caribe, escindida y polarizada en sus concepciones y acciones -no solo por la crisis venezolana-, sirvieron de antesala para la VI Cumbre Presidencial de la CELAC, que tuvo lugar en México los días 17 y 18 de septiembre de 2021.

A esta reunión, de la cual forman parte 33 países de la región, asistieron 17 Jefes de Estado

(incluido el presidente Maduro) y 16 representantes personales de los mandatarios que, por diversos motivos de índole interna, no lo pudieron hacer. El 18 de septiembre, por unanimidad, se aprobó en esta VI Cumbre Presidencial de la CELAC la “Declaración de la Ciudad de México”, con 44 puntos de agenda. Por la relación más cercana de ésta con la crisis venezolana y su conexión con la Declaración Conjunta del 13 de agosto de 2021, así como con el quehacer de la política exterior individual y colectiva de los Estados integrantes de la CELAC, referimos los siguientes párrafos del pronunciamiento regional:

• “1. La Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) consciente de la importancia que tiene este mecanismo de concertación, unidad y diálogo político que incluye a los treinta y tres países de América Latina y el Caribe, sobre la base de los lazos históricos, los principios y valores compartidos de nuestros pueblos, la confianza recíproca entre nuestros gobiernos, el respeto a las diferencias, la necesidad de afrontar los retos comunes y avanzar en la unidad en la diversidad a partir del consenso regional, se reúne en la Ciudad de México, el 18 de septiembre de 2021”.

• “3 (La CELAC) Reafirma su compromiso con la defensa de la soberanía y del derecho de todo Estado a construir su propio sistema político, libre de amenazas, agresiones y medidas coercitivas unilaterales en un ambiente de paz, estabilidad, justicia, democracia y respeto de los derechos humanos”.

• “4. (La CELAC) Reafirma que el proceso histórico de consolidación, preservación y el ejercicio pleno de la democracia en nuestra región es irreversible, no admite interrupciones ni retrocesos y seguirá estando marcado por el respeto a los valores esenciales de la democracia; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; y el respeto a las facultades

constitucionales de los distintos poderes del Estado y el diálogo constructivo entre los mismos; la celebración de elecciones libres, periódicas, transparentes, informadas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo, la participación ciudadana, la justicia social y la igualdad, la lucha contra la corrupción, así como el respeto a todas las libertades públicas reconocidas en los instrumentos internacionales. Reitera su compromiso con la promoción, la protección y el respeto a los derechos humanos sin discriminación alguna como uno de los elementos para sostener la vida democrática de nuestras naciones”.

• “20. (La CELAC) Reitera su rechazo a la aplicación de medidas coercitivas unilaterales, contrarias al derecho internacional, y reafirma su compromiso con la plena vigencia del Derecho Internacional, la solución pacífica de controversias y el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados”.

• “21. (La CELAC) Reafirma su compromiso de garantizar el pleno respeto de la democracia y la participación ciudadana, el Estado de Derecho, así como el respeto irrestricto a los derechos humanos, incluidos el derecho al desarrollo y el derecho a la paz, en un modelo de desarrollo sostenible e inclusivo enfocado en sus dimensiones económica, social y medioambiental, que coloque a las personas en el centro de nuestras políticas, para contribuir a la recuperación de la región frente al impacto de la pandemia de COVID -19”.

• “31. (La CELAC) Reafirma su compromiso de proteger los derechos humanos de las personas migrantes, promover esfuerzos regionales integrales para fortalecer la gobernanza migratoria efectiva, bajo los principios de una migración responsable, segura, ordenada y regular, trabajando por erradicar las causas de la migración irregular, facilitando las vías para la regularización migratoria, sobre la base de un enfoque

transversal cuyo centro sean las personas migrantes, la protección de sus derechos humanos y la integración socioeconómica”.

- “32. (La CELAC) Hace un llamado, tomando en consideración la coyuntura actual, para intensificar el trabajo coordinado, a fin de manejar los movimientos migratorios en la región, que garanticen la protección de los derechos humanos, para una recepción digna y segura de los retornados amenazados, agresiones y medidas coercitivas unilaterales en un ambiente de paz, estabilidad, justicia, democracia y respeto de los derechos humanos”.



No cabe duda que los elementos reproducidos en los párrafos transcritos, calzan perfectamente con los enunciados del preámbulo del Memorando de Entendimiento alcanzado en México, el 13 de agosto del año en curso. Aún más, constituyen puntales normativos para sostener el proceso de diálogo y las negociaciones entre los compromisarios. Es un hábito indispensable que permitirá superar la crisis venezolana.

- “34. (La CELAC) Reconoce que, solo por estas vías y mediante la cooperación e intercambios de información entre nuestros países, se concretarán, de forma exitosa, los procesos migratorios que optimicen el desarrollo de los países de origen, tránsito, destino y retorno. De igual forma, reconoce los esfuerzos institucionales e iniciativas conjuntas orientadas a fortalecer los sistemas de protección internacional de los países de tránsito y destino en toda la

región para garantizar el derecho de las personas a solicitar protección internacional acorde al derecho internacional de los refugiados”.

Por cierto, la Declaración alcanzada en la VI Reunión Cumbre Presidencial de la CELAC no es un instrumento internacional jurídicamen-

te vinculante entre las partes; pero no es menos cierto que tiene un valor político relevante asumido para el ejercicio de la política exterior, individual y colectiva, de los gobiernos de América Latina y el Caribe.

TERCERA RONDA DE NEGOCIACIONES MÉXICO 24-27 SEPTIEMBRE 2021

El 24 de septiembre, en la noche, la delegación de la Plataforma Unitaria de Venezuela, en ciudad de México, hizo público un “Comunicado” en el cual “ratifica a los venezolanos, a la facilitación del Reino de Noruega y a los países acompañantes su compromiso de continuar la negociación (con la delegación gubernamental) sobre la agenda acordada”, el 13 de agosto de 2021. El caso: la delegación chavista tenía que llegar en esa fecha para retomar las negociacio-

nes; lo hizo al día siguiente, es decir el sábado 25. Los diálogos en México, por tanto, se empantanaron durante dos días.

Y es que, pocos días antes de la realización de esta Tercera Ronda, prevista del 24 al 27, el Jefe de la delegación gubernamental venezolana, había publicado un comunicado condenando “los intentos de la oposición de desviar la discusión del tema de la devolución inmediata de bienes venezolanos bloqueados por sanciones en terceros países...”. Por esa vía, los representantes de Maduro plantaron a la oposición al no acudir al encuentro, en la fecha prevista.

Otra pica en Flandes: Ya en México, el sábado 25, el dicho jefe de la delegación gubernamental informó que su Gobierno dio por superado el impasse con Noruega, originado a raíz de la intervención de la primera ministra de esa nación europea en la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), quien denunció en ese foro las violaciones a los derechos humanos en Venezuela. Para paliar ese remezón, Noruega “aseguró que mantendrá una estricta imparcialidad en el trato hacia el Gobierno y la oposición venezolana sobre el diálogo”, y lamentó que la reciente declaración en la ONU pudiera afectar la confianza en su papel como “mediador en el proceso de negociaciones”.

El ánimo de la delegación de la Plataforma Unitaria se lo colige a través de estas expresiones reproducidas en el Comunicado del 24 de septiembre: *“Estamos en México con el objeto de avanzar sobre la constitución de la Mesa de Atención Social para promover los programas de nutrición infantil, trasplantes y vacunación entre otros igualmente importantes.- Aquí estamos para abrir la discusión sobre la construcción del sistema de justicia. Venezuela es un país de una justicia secuestrada, que persigue y encarcela a la disidencia y promueve la impunidad (...) Ante la ausencia*

de la delegación del régimen el día de hoy, la delegación de la Plataforma Unitaria reitera su compromiso de avanzar en este proceso, siempre en el marco de las normas previamente acordadas en el Memorando de Entendimiento”.

Con ese brumoso telón de fondo, la Tercera Ronda de Negociaciones se realizó del 25 al 27 de septiembre. Sobre los resultados acojamos la información proporcionada lacónica y cautelosamente por Dag Nylander, representante noruego para conducir el proceso de diálogo: “Se acercaron posiciones en la búsqueda de soluciones a los desafíos en materia social, económica y política (...) Se acordaron “iniciar varias sesiones de consulta con diversos actores políticos y sociales -nacionales e internacionales- para que se constituya cuanto antes un mecanismo de consulta y participación, que forme parte del proceso de negociación”.

Anotemos, por nuestra parte, que resulta prematuro juzgar la actuación, los resultados o la ausencia de ellos, pues, en esta Tercera Ronda recién se comenzó con “la discusión sobre importantes puntos”, al decir de Nylander.

Al cierre de este trabajo no está definida aún la fecha para una Cuarta Ronda de negociaciones. Por cierto, al momento las partes saben en qué no están de acuerdo y que ven de maneras muy diferentes el futuro; el trabajo es garantizar puntos de confluencia para garantizar el futuro del pueblo de Venezuela. Los “arreglos parciales” -hasta hoy con puntos convergentes- no escapan al rígido método de la negociación: “nada está acordado hasta que todo lo esté”.

Seguimos en los prolegómenos del “Desfogue a la crisis venezolana”

NOS VISITAN EXTRATERRESTRES, Y ESTO DESCUBREN

La realidad y la ficción se dan la mano. Alguien imaginó una nave que, venida del fondo de la galaxia, escudriñaba nuestro sistema solar y encontró que solo había vida en el planeta tierra. Después de un tiempo, los extraterrestres concluyeron:

“Planeta azul, cubierto casi todo por agua. La especie dominante es un bípedo feroz cuyo cuerpo es un 70% de agua. Su órgano más importante es el cerebro, compuesto a la vez por un 90% de agua. El bípedo sabe que la vida empezó en el agua, y que sin agua, la vida no sería posible. No obstante está empeñado en contaminarla. Se descarta cualquier forma de inteligencia en el bípedo dominante.”

Es ficción, pero es verdad. Hoy, los mares solo albergan el 40% de la vida que tenían hace cien años. Los estamos convirtiendo, en nombre de la borrachera delirante del desarrollo, en inmensos desiertos, en gigantescos cementerios de color verdeazulado.

No es terrorismo verbal. Hace poco las olas arrojaron a las playas de Inglaterra a una orca muerta. “Su cuerpo era una masa virtual de cianuro, arsénico, plásticos, metales pesados y unas 700 sustancias artificiales más.”, reportó el laboratorio que analizó su cuerpo.

“A tus atardeceres rojos se acostumbraron mis ojos, como el recodo al camino”, dice una canción al Mar Mediterráneo, que tiene una profundidad media de 1.200 metros. Pero a eso hay que restarle el tapiz plástico de 30 metros de espesor que cubre el fondo en muchas partes. Ese tapiz son las redes que los barcos arrojan, una vez terminada la faena de pesca, para aliviar la carga y ahorrar combustible.

Hoy existe un continente más, en el Océano Pacífico. Se llama Great Pacific Garbage Patch, tiene el doble del área de los Estados Unidos. Es una masa de piezas de plástico adornada con los cadáveres de la vida marina y las aves víctimas de la contaminación.



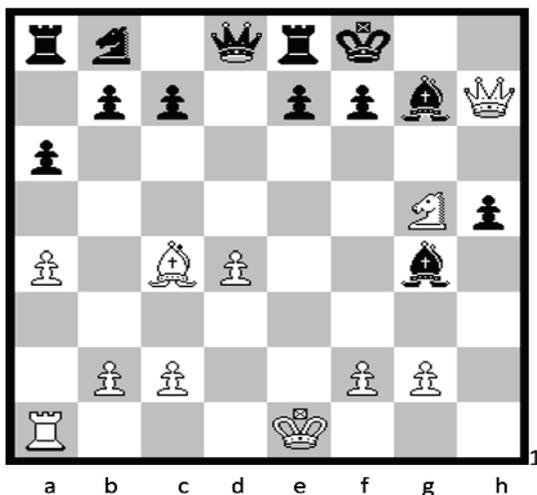
No es posible que los humanos lo alcancemos a ver pero, de continuar así, en un tiempo se convertiría en el continente más grande del planeta y los mares apenas podrían respirar. Cada año se fabrican y se arrojan a la basura 26 mil millones de botellas plásticas. Si las pusiéramos una tras otra, podríamos tejer 14 puentes de plástico desde la tierra hasta la luna.

Tienen razón los extraterrestres. Se descarta cualquier forma de inteligencia en el bípedo dominante. Pero habría que aclararles que eso solo vale para quienes dominan el mundo.

EL AJEDREZ. EN CAMBIO, ES EL MUNDO DE LA INTELIGENCIA Y NADA MÁS.

1: DG6: FG6

2: CH7 MATE





ANÁLISIS DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA: LAS RECLAMACIONES Y EL RECURSO

Paúl Andrés Vázquez Ochoa

Resumen

En el desarrollo de procedimientos precontractuales puede manifestarse un vicio de legalidad, ocasionado por inobservancia de la norma objetiva o por aplicación indebida de las causales de rechazo de ofertas, vicio o ilegalidad que puede ser subsanado dependiendo de la etapa del procedimiento y de la eventual afectación que haya generado.

Si se llegase a presentar, en este contexto, una conducta administrativa, sea por acción u omisión, que contraríe al ordenamiento jurídico, será aconsejable el uso de uno de los medios de impugnación que más se ajuste y contribuya al restablecimiento de la legalidad, y tomando siempre como base la pretensión del impugnante.

No todos los medios de impugnación resultan efectivos, por lo que este análisis aborda la problemática de las impugnaciones y su eficacia como mecanismo de restitución del orden público en las contrataciones estatales.

Palabras Clave: *Apelación, contratación pública, denuncia, impugnación, procedimiento precontractual, reclamación.*

Abstract

In pre-contractual procedures, a legality defect may manifest itself, caused by non-observance of the objective norm or by improper application of the causes of rejection of offers. Defect or illegality that can be corrected depending on the stage of the procedure and on the eventual affectation it has generated.

In this context, if an administrative conduct that violates the legal system takes place, whether by action or omission, it will be advisable to use one of the means of challenge that best adjusts and contributes to the restoration of legality, always taking as a basis the claim of the appellant.

Not all means of challenge are effective, so this analysis addresses the problem of challenges and their effectiveness as a mechanism for restoring public order in state contracting.

Keywords: *Appeal, public procurement, complaint, challenge, pre-contractual procedure, claim.*

INTRODUCCIÓN

La contratación pública no es ajena a los procedimientos administrativos, ya que para celebrar un contrato con el Estado o sus instituciones, se deberá previamente sustanciar un procedimiento precontractual establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el cual tiene la característica de ser un procedimiento administrativo especial, que se regula específica y excluyentemente por su ley, reglamento y disposiciones del ente rector de la contratación pública en el país.

En este tipo de procedimientos administrativos, se identifican a administrados que alcanzan una cualidad distinta que la común u ordinaria, son sujetos calificados, interesados en celebrar un contrato con el Estado, se los denomina proveedores u oferentes. Para ser proveedores del Estado o sus instituciones, deberán registrarse en

un catastro especial, denominado Registro Único de Proveedores, consiguiendo de esta manera la calidad y capacidad específica para celebrar un contrato administrativo.

Respecto de un procedimiento precontractual, los proveedores u oferentes son titulares no solamente de derechos subjetivos reconocidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino que en un contexto integral son, sin lugar a dudas, también titulares de derechos constitucionales, entre ellos, el debido proceso y sus garantías básicas, establecidas en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador.

El derecho a la impugnación es una garantía básica del derecho a la defensa, y a su vez forma parte de las garantías del debido proceso. La impugnación, como derecho, no es absoluta, se limita a lo que el ordenamiento jurídico establezca, en respeto al principio de configuración legal. Tiene sus límites, en cuanto a su forma de proponer un determinado medio

de impugnación, refiriéndome a requisitos legales de admisibilidad, procedencia y oportunidad, como garantía de seguridad jurídica para los interesados en el procedimiento.

En la contratación pública ecuatoriana tenemos expresamente reconocidos como medios de impugnación a la reclamación administrativa, al recurso de apelación y a la denuncia. Estas son las herramientas que tienen los interesados en un procedimiento precontractual para hacer valer sus derechos, oponerse fundamentadamente a las decisiones de las administraciones públicas, y esperar de ellas un pronunciamiento motivado y oportuno.

Cualquier medio de impugnación que se utilice, implica el ejercicio de otro derecho constitucional, que se encuentra dentro de la categoría de los derechos de libertad, me refiero al derecho de petición. Este derecho implica la facultad de presentar quejas o peticiones a las administraciones públicas y a recibir respuestas motivadas.

• Abogado y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca. Magíster en Derecho Administrativo y Contratación Pública por la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. Magíster en Compras Públicas por la Universidad Nacional de San Martín, Argentina. Autor de varios artículos sobre contratación pública. Abogado en libre ejercicio de la profesión, correo: vazquezochoa-paul@hotmail.com



Paúl Andrés Vázquez

Se desprende lógicamente de este derecho, que no se agota con la sola presentación del reclamo o petición, sino cuando el titular haya recibido la respuesta motivada oportunamente.

En este orden de ideas, es importante analizar el derecho de impugnación de los oferentes como una garantía del derecho a la defensa y al debido proceso, establecido en el artículo 76 numeral 7 letra m) de la Constitución, en armonía con el derecho de petición y con especial énfasis en los medios de impugnación que las normas de la contratación pública ecuatoriana reconocen, y determinar si estos son eficaces.

EL RESPETO A LAS NORMAS DEL PROCEDIMIENTO:

SEGURIDAD JURÍDICA Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La estricta observancia del poder público al ordenamiento jurídico, es la base sobre la que se asienta la seguridad jurídica. Esta conducta, que debería estar presente en toda actividad administrativa, denota respeto tanto por las normas previamente establecidas, cuanto por el principio de legalidad, cualidad conductual que se presume intrínseca en las administraciones públicas.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández manifiestan que el momento histórico trascendente, en el que los actos del poder público se encontraron fatalmente destinados al imperio

de la ley, como expresión de voluntad popular o comunitaria, es a partir de la Revolución Francesa. Con ese antecedente se delimitó aspectos fundamentales sobre la fuente de emanación del poder o actos singulares del poder.

A partir de ese momento histórico ya no se admiten poderes personales, por la simple razón de que no existe persona alguna sobre la comunidad y que ostente un atributo divino de emanar normas vinculantes para ella¹. La legitimidad del poder se sustenta en una previa voluntad popular o comunitaria conocida por los ciudadanos e implícitamente manifestada y aceptada por ellos a través de sus representantes, cuya expresión es la Ley.

Este principio de la administración pública ha sido históricamente acogido en la mayoría de las legislaciones de los países del mundo, a tal punto que actualmente sería inconcebible sostener que el poder público, o particularmente una autoridad administrativa en su actividad propia, pueda ejercérselo fuera de los límites que permite la Ley.

Es preciso aclarar, que el sometimiento del poder a la Ley, refiriéndome al principio de legalidad, no solamente abarca a la ley en sentido único y formal, sino que también amplía su espectro de obediencia a la Constitución y a Tratados e Instrumentos Internacionales, principios fundamentales del Derecho y a la jurisprudencia aplicable².

Entonces, cuando se presenta una actuación administrativa desplegada en el ejercicio del

1. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I., (Madrid: Editorial Civitas, 1974), 441.
2. A través del principio de juridicidad reconocido en el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo (en adelante COA), se expresa algo que ya se lo tenía vencido y comprendido, refiriéndome a que la actuación administrativa se somete no solamente a ley en sentido formal, sino también a la Constitución, a Instrumentos o Tratados Internacionales, a principios, jurisprudencia aplicable y al mismo Código Orgánico Administrativo.



poder público en sus distintos ámbitos, que sea evidentemente contraria al ordenamiento jurídico, será inevitable concluir que esta ha irrespetado un principio de la administración pública y un derecho de los ciudadanos, principio de legalidad y el derecho a la confianza legítima y seguridad jurídica.

En el contexto de la contratación pública, es importante definir que la actuación administrativa se manifiesta, en principio, a través de procedimientos precontractuales, que en estricto sentido también es

una clase de procedimiento administrativo, clasificado en la doctrina como procedimiento especial³.

En términos generales, el procedimiento administrativo se lo define como un conjunto de actos de la administración que tiene por objeto la emanación de un acto administrativo⁴. Para Sayagués Laso, es el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la administración al desarrollar su actividad⁵. Por lo tanto, el procedimiento administrativo es, sin duda,

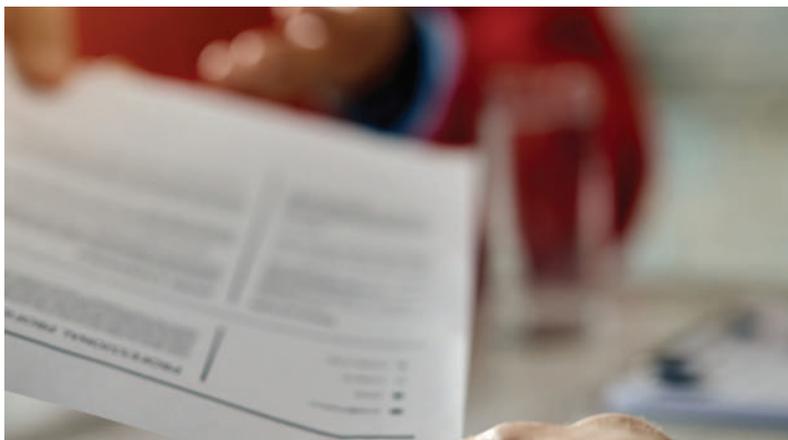
una actividad de la cual la administración pública no puede apartarse de manera discrecional, en otras palabras, es una secuencia ordenada de actuaciones tendientes a manifestar una voluntad determinada, alcanzando la característica de actividad reglada.

A los procedimientos administrativos se los puede clasificar de acuerdo a la pluralidad de las actividades que desarrollan las administraciones públicas: en procedimientos generales y especiales; por su finalidad específica: en declarativos, ejecutivos

3. Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo II, (México, D.F.: Editorial Porrúa, 2004), 281.

4. *Ibíd.*, 278. Para Gordillo, las adquisiciones gubernamentales se ubican en la clasificación de los procedimientos administrativos especiales, por poseer su propia ritualidad y especificidad en atención al tipo de actuación que se desprenderá al final del procedimiento: “Los principios que veremos se aplican a todos los procedimientos administrativos clásicos, e igualmente a los procedimientos administrativos especiales (...) como los de audiencia pública y licitación pública, que por cierto se subsumen dentro de la categoría general del procedimiento administrativo.”

5. Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*. (Montevideo: 1963), 461-462.



y de simple gestión; y por el tiempo y forma de desenvolverse: en ordinarios y sumarios⁶.

Lo analizado en párrafos precedentes alcanza importancia en la aplicación de derechos fundamentales, ya que bajo este análisis se puede concluir que a todo procedimiento administrativo es aplicable las garantías básicas del debido proceso, establecido en el artículo 76 de la Constitución de la República, por cuanto, a la actividad del ente público no se le permite transitar fuera del margen de la Ley ni violentar derechos o garantías de los administrados.

Esta idea de certeza o razonable previsibilidad de aplicación efectiva de la norma está presente en

todas las personas, es un derecho inherente al ser humano, en el que legítimamente confiamos en la buena fe del administrador de la cosa pública, y por consecuencia de ello, esperamos un efecto predecible en la esfera de nuestros derechos. Pero como toda conducta humana, esta puede vacilar en los márgenes de lo prohibido o de lo no permitido, y es allí en donde, por respeto a la confianza absoluta depositada a quienes ejercen potestades, debe prevalecer la voluntad popular expresada en Ley, restableciendo el orden normal de la conducta desviada de la norma objetiva.

La manera en la cual las personas podemos pretender el restablecimiento del orden público es a través de una manifestación de

voluntad expresa, la cual puede presentarse como una queja, reclamo o petición, la que en último momento será considerada como una objeción u oposición a la conducta administrativa ilegal. Entonces, el administrado que considere violentados sus derechos podrá pretender su restitución o el rescate del ordenamiento jurídico, mediante uno de los medios de impugnación que la ley haya previsto para tal efecto.

LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ECUATORIANA

De acuerdo a lo previsto en la normativa sobre contratación pública, se reconocen como mecanismos para hacer efectiva la tutela de la norma objetiva, los derechos de los interesados y el imperio de la Ley, al reclamo administrativo, al recurso de apelación y a la denuncia. A los medios de impugnación se los puede considerar como remedios⁷ del procedimiento administrativo viciado, cuyo objetivo es sanar la ilegalidad patente.

Estos pueden ser considerados como una manera de expresión del interesado de inconformidad a la decisión administrativa⁸ o al

6. Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, (Madrid: Civitas, 2005), 459.

7. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo, El Procedimiento Administrativo*, Tomo 4, 4ta edición, (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2016) 179. Los “recursos administrativos, en sentido amplio, serían los remedios o medios de protección del individuo para impugnar los actos —lato sensu— y hechos administrativos que lo afectan y defender sus derechos frente a la administración”

8. Ismael Ferrando, *Manual de Derecho Administrativo*, (Buenos Aires, DEPALMA, 2000) 633.

procedimiento que se desarrolla en la contratación. Pero esta oposición no debe ser fortuita o inmotivada, sino que deberá ser razonada y fundamentada, tanto en aspectos técnicos como jurídicos.

Es importante que se conozcan las diferencias que existen, a veces sutiles, entre cada uno de los medios de impugnación, puesto que tienen sus particularidades propias dadas por la ley, incluso esta diferencia se acentúa hasta en aspectos conceptuales formales como la denominación y calificación del interesado; así por ejemplo, el oferente que interponga un recurso de apelación se lo considerará recurrente, porque recurre o apela de la decisión ante la máxima autoridad; quien presente un reclamo se lo considerará reclamante, porque expresa su inconformidad u oposición respecto de la actuación reclamada; y a quien proponga una denuncia de ilegitimidad se lo denominará denunciante, porque a través de esta se defienden intereses simples y se acusa ante la autoridad competente (ente rector de la contratación pública) una actuación reñida con la norma objetiva, considerada como una actuación antijurídica.

En términos generales, se puede decir que interponer un medio de impugnación, conlleva en su esencia la presentación de una petición, que de acuerdo al tipo de pretensión y actuación impugnada, podrá ser calificada como un recurso, reclamo, queja o denuncia; es decir, se busca privilegiar la pretensión y no la acción que la articula. Es por ello que se vuelve importante concebir a los medios de impugnación como una prerrogativa derivada del ejercicio de derechos constitucionales, derecho de petición y de impugnación, y considerar que con su sola presentación no se agota en su esencia, sino que será con la tramitación debida y la resolución motivada, cuando efectivamente llegue a consumarse el derecho.

Los medios de impugnación deberán contener ciertos requisitos mínimos que hagan evidente la posición y pretensión del interesado, puesto que de ella se desprende la calificación del medio o mecanismo, así como también su admisibilidad, trámite, procedencia y resolución. Es claro que en este punto me refiero a obtener un mínimo de claridad y precisión de qué es lo que pretende el interesado respecto de

la entidad contratante, ya que en virtud de aquello se circunscribe la competencia y el margen de razonabilidad de la decisión administrativa final. Sin embargo, aclaro que en contratación pública no debería pensarse que existe un formalismo condicionado rígido en la formulación, presentación y tramitación de los medios de impugnación a través de requisitos innecesarios, ya que para ello el principio de informalismo a favor del administrado se hará presente⁹, pero se debería al menos, en la formulación y presentación, ejercer estos mecanismos mediante fundamentos pertinentes y motivados, en los que se deduzca fácilmente que la intención es impugnar una determinada actuación administrativa cuya pretensión sea el restablecimiento de la legalidad¹⁰.

En materia de contratación pública es importante que los medios de impugnación sean expresos, claros y precisos. Para determinar la admisibilidad de determinado medio de impugnación se deberá analizar los hechos y la pretensión en relación a la actuación administrativa impugnada, por ejemplo, legalmente no es admisible un recurso de apelación respecto de un acto de simple administración o de

9. Fernando Garrido Falla, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956), 294. “Esta doctrina se ha venido aplicando en beneficio de los recurrentes, evitando que por defecto de forma dejen de tramitarse recursos erróneamente calificados.”

10. De acuerdo al artículo 139 del COA, el órgano administrativo competente está obligado a corregir los errores u omisiones de derecho en que incurran los interesados, pero excluye esta posibilidad cuando se trata de un error u omisión relacionado con la pretensión de la reclamación o petición.

mero trámite, aquello lo determina el último inciso del artículo 217 del COA¹¹ en contraste con lo previsto en el artículo 103 de la LOSNCP¹²; sin embargo, respecto de un acto de simple administración será viable interponer un reclamo administrativo, con el fin de que este llegue a consideración de la autoridad administrativa competente para dotarlo de más o diferentes elementos o razonamientos y así pueda resolver con pleno conocimiento de los hechos y emitir el criterio decisorio motivado.

En este sentido, se puede señalar que un requisito subjetivo de admisibilidad en el reclamo y en la apelación es demostrar el interés directo o legítimo en la actuación impugnada o en el procedimiento, mientras que en la denuncia no será necesario aquello, ya que a través de este medio se pretende un

restablecimiento del orden público, por presumirse afectar la actuación al interés general a través de un vicio de legalidad manifiesto, en tal virtud, no será necesario ser oferente en el procedimiento precontractual en el que se denuncia.

FUNDAMENTOS DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Como se había señalado, los medios de impugnación en la contratación pública ecuatoriana, son el recurso de apelación, el reclamo administrativo y la denuncia. Lo tenemos reconocido en la LOSNCP¹³, su Reglamento General¹⁴ y en la Codificación de Resoluciones del SERCOP¹⁵.

En la LOSNCP se encuentra normado un tipo de reclamo administrativo y un recurso de apelación. El reclamo está desarrollado en el artículo 102, y

este tiene una especial característica, presenta dos ámbitos de interposición independiente uno del otro, y por ende dos órganos competentes para resolver el que ha sido puesto a su conocimiento.

El reclamo administrativo puede ser presentado ante el SERCOP¹⁶ o ante la entidad contratante, puede presentarse de manera simultánea, incluso con la oportunidad de presentar un recurso de apelación, de creer el oferente que existe méritos suficientes para hacerlo.

El artículo 102 de la LOSNCP establece particularidades respecto del reclamo administrativo, de acuerdo a si este es presentado ante la entidad contratante o ante el SERCOP, las cuales son replicadas y desarrolladas en el Título XI de la Codificación de Resoluciones del SERCOP.

11. Ecuador, Asamblea Constituyente, *Código Orgánico Administrativo*, en Registro Oficial, Suplemento No. 31 (Quito, 7 de julio, 2017). En adelante "COA".
12. Ecuador, Asamblea Constituyente, *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, en Registro Oficial, Suplemento No. 395 (Quito, 4 de agosto, 2008). En adelante "LOSNCP".
13. Artículos 102 y 103 de la LOSNCP.
14. Ecuador, Presidencia de la República, *Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*, Decreto Ejecutivo 1700, en Registro Oficial Suplemento No. 588 (Quito, 12 de mayo, 2009) Artículos 150 al 159 del Reglamento General de la LOSNCP. En adelante "RGLOSNCP".
15. Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016. Registro Oficial, Edición Especial 245, de 29 de enero de 2018. Artículos 470 al 484. En adelante "Codificación de Resoluciones del SERCOP".
16. La Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública inserta por disposición del artículo 29 de la Ley Orgánica Reformativa a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dispone: "Sustitúyase la denominación del Instituto Nacional de Contratación Pública por la de Servicio Nacional de Contratación Pública que se contengan en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, otras leyes, reglamentos, normas o regulaciones; cualquier referencia al Servicio Nacional de Contratación Pública como "instituto", INCP" o "INCOP", deberá ser sustituida por la nueva denominación y siglas "SERCOP", respectivamente.". En adelante "SERCOP".



No se puede dejar de lado el análisis respecto del reclamo administrativo establecido en el Título V del Reglamento General de la LOSNCP, el cual se aparta de los requisitos y del procedimiento del reclamo previsto en el artículo 102 de la LOSNCP, ya que considero que son dos tipos de reclamos diferentes por la forma y por la esencia. Estos aspectos serán analizados en líneas posteriores.

En lo que respecta al recurso de apelación, este se encuentra

establecido en el artículo 103 de la LOSNCP y artículo 231 del COA. Analizados estos artículos, se puede concluir que son idénticos, no varía su esencia ni procedimiento. Sin embargo, añade el artículo 484 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, que una vez presentado el recurso, se deberá comunicar de este hecho al SERCOP en un término no mayor a dos días, particularidad que no se tiene previsto en las normas legales antes referidas, pero es importante tenerlo presente

a efectos de que el ente rector de las compras públicas ejerza con plenitud sus facultades legales, suspendiendo el procedimiento precontractual si no se llegase a resolver la apelación planteada.

La denuncia no está definida en la LOSNCP como un medio de impugnación en los procedimientos precontractuales, sino que será la Codificación de Resoluciones del SERCOP el acto normativo que suple esa ausencia legal, y la desarrolla en el Capítulo II del Título XI de la Codificación referida. Este medio, como se analizará posteriormente, está concebido como una denuncia de ilegitimidad de las actuaciones administrativas, ya que se permite que sea presentado por cualquier ciudadano o particular sin necesidad de justificar interés directo en el procedimiento precontractual, y se debe demostrar al menos, conforme lo establece el artículo 472 de la Codificación, una presunción de infracción al ordenamiento jurídico.

Doctrinariamente las impugnaciones se dividen en recursos, reclamos y denuncias. Los recursos serán exclusivamente para impugnar actos administrativos; mientras que los reclamos o denuncias se dirigen a impugnar actos de simple administración, hechos u omisiones administrativas ¹⁷.

17. Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, El Procedimiento Administrativo, Tomo 4, 4ta edición (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2016) 194.

Tabla 01: Medios de impugnación en la contratación pública ecuatoriana

Codificación de Resoluciones del SERCOP	RGLOSNCOP	LOSNCOP	COA
<p>Denuncia: Artículo 475 al 479. Dirigido a impugnar el procedimiento precontractual y actuaciones administrativas preparatorias o precontractuales. Protege un interés simple.</p>	<p>No reconoce a la denuncia como medio de impugnación.</p>	<p>No reconoce a la denuncia como medio de impugnación.</p>	<p>No reconoce a la denuncia como medio de impugnación en el ámbito de la contratación pública.</p>
<p>Reclamo: Artículo 480 al 483. En armonía con el artículo 102 de la LOSNCOP. Protege un interés directo.</p>	<p>Reclamo: Artículo 150 al 159. Dirigido a impugnar un acto de simple administración o acto administrativo, cuyos efectos se relacionen con su oferta, el procedimiento precontractual o la adjudicación. Protege un derecho e interés directo.</p>	<p>Reclamo: Artículo 102. Dirigido a impugnar actuaciones administrativas, que se presumen, presentan incumplimientos normativos, tanto en fase preparatoria, cuanto precontractual. Se lo puede presentar ante el SERCOP o ante la entidad contratante. Protege un interés directo.</p>	<p>El segundo inciso del artículo 134 reconoce implícitamente que los reclamos administrativos que se sustancien a través de un procedimiento específico, se regularán por su normativa especial.</p>
		<p>Precontractual. Se lo puede presentar ante el SERCOP o ante la entidad contratante. Protege un interés directo.</p>	
<p>Apelación: Artículo 484. En armonía con el artículo 103 de la LOSNCOP. Protege un interés directo.</p>	<p>No desarrolla la apelación como medio de impugnación.</p>	<p>Apelación: Artículo 103. Dirigido a impugnar un acto administrativo. Protege un interés directo y particular.</p>	<p>Apelación: Artículo 103. Dirigido a impugnar un acto administrativo. Protege un interés directo y particular. En armonía con el artículo 103 de la LOSNCOP.</p>

Fuente: elaboración propia

En el caso particular de la contratación pública ecuatoriana, omitir el reconocimiento de un determinado medio de impugnación en una norma de distinta jerarquía, no implica que se encuentre impedido su

tratamiento a través de la potestad normativa, como en el caso de la denuncia, que es huérfana de ley y reglamento, pero es generada a partir de un acto normativo del SERCOP. Para Miguel Marienhoff, este tipo de medios

de impugnación se los denomina *recursos no reglados*, ya que se considera su existencia implícita en el ordenamiento jurídico por aplicación de corolarios desprendidos de preceptos constitucionales, los cuales no han tenido

un desarrollo normativo o reglamentación expresa¹⁸.

El reclamo administrativo: artículo 102 de la LOSNCP

Conforme lo determina el artículo 102 de la LOSNCP, los oferentes que se consideren afectados por actuaciones administrativas realizadas por entidades contratantes a través de sus servidores, podrán presentar un reclamo administrativo motivado. Particularmente se indica que serán los oferentes quienes puedan presentar los reclamos, por cuanto la norma circunscribe esta posibilidad a quienes demuestren el interés directo en el procedimiento precontractual y en la actuación específicamente, ya que de no cumplirse este requisito, que se lo podría asemejar como de admisibilidad o de legitimación, simplemente no podría ser sustanciado el reclamo por no verse involucrado derecho o interés legítimo alguno del proponente.

Esta norma exige que se señale al menos los indicios necesarios y suficientes que hagan presumir el incumplimiento de las normas de la LOSNCP, de su Reglamento General y de la normativa expedida

por el SERCOP, en el procedimiento o actuación reclamada, ya que precisamente a eso se refiere la norma al indicar que el reclamo que se presente deberá ser motivado.

Entonces surge la duda si el reclamo que determina el artículo 102 LOSNCP debe cumplir o no requisitos de admisibilidad. Al Servicio Nacional de Contratación Pública no le es ajeno el conocimiento de reclamos infundados, sin especificación de la actuación reclamada, en donde el reclamante no determina el supuesto incumplimiento normativo, y peor aún la eventual afectación a su oferta o al procedimiento; sin embargo, esto no ha sido un impedimento para que el ente rector de las compras públicas ejerza potestad de supervisión de los procedimientos y admita a trámite los reclamos administrativos propuestos, ya que conforme lo establece el artículo 482 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, el único requisito para la admisibilidad del reclamo será la presentación del formulario de reclamo¹⁹, el cual deberá estar lleno el menos en sus campos obligatorios.

Lo indicado en párrafos precedentes aplica cuando el reclamo es presentado ante el SERCOP, a fin

de que este ente ejerza su potestad administrativa correspondiente y restablezca el orden debido en el procedimiento precontractual, ya que si el reclamo se presenta directamente ante la entidad contratante, no existe otro requisito mínimo obligatorio de admisibilidad, que el de presentarlo con la debida motivación, que a criterio personal implica un ámbito importante de fundamentación técnica y legal.

El mero hecho de presentar un reclamo administrativo ante la entidad contratante o el SERCOP no implica que este sea plenamente admisible por más garantista que sea la administración pública, puesto que si bien es cierto esta puede suplir los errores de derecho, no puede asimismo suplir los errores de hecho en los que se pretenda fundar el reclamo, y peor aún lo relacionado con la pretensión. No se trata de impedir u obstaculizar que el administrado obtenga de la administración pública la tutela administrativa adecuada, todo lo contrario, sino se trata de alcanzar un mínimo razonable de existencia de indicios o presunciones de incumplimientos normativos objetivos, para que de esta manera se ponga en marcha el ejercicio de competencias exclusivas del ente rector, o en su defecto, del

18. Miguel Marienhoff, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A., 1988), 672.
19. Formato de formulario de reclamo de afectación al oferente, el cual se encuentra anexo a la Codificación de Resoluciones del SERCOP y disponible también en el Portal Institucional del SERCOP. Anexo 9.

restablecimiento de la legalidad en el mismo seno de la contratante.

El principio de informalismo a favor del administrado²⁰ que rige en procedimientos administrativos hace lo suyo, y realmente brilla en la oscuridad normativa de los medios de impugnación en contratación pública, y sobre todo en los reclamos administrativos al amparo de la LOSNCP y su Reglamento General como se analizará posteriormente.

plenamente habilitado reclamar ante cualquier incumplimiento o inobservancia normativa en todo tipo de procedimiento regulado por la misma ley.

Esta costumbre, por así calificarla, puede radicar en el hecho de que los procedimientos precontractuales de régimen común, régimen especial y dinámicos, comparten actuaciones administrativas preparatorias comunes o

adquisición de inmuebles, en donde no se ejerce potestad adjudicadora o poder adjudicador, sino que este procedimiento se desprende del ejercicio de la potestad expropiatoria, distinta en varios aspectos a los otros procedimientos, sin mencionar que tiene un ámbito de aplicación normativa dispersa y sistemática, en donde convergen particularidades propias de la expropiación o adquisición forzosa.

Sin embargo, a criterio personal, en virtud de la competencia que ha otorgado la LOSNCP, no sería improcedente pensarse en reclamar una actuación administrativa contraria al orden público en el contexto o desarrollo del procedimiento administrativo de adquisición de un inmueble...

Se debe puntualizar que se ha normalizado el uso de reclamos exclusivamente para procedimientos en régimen común, régimen especial y dinámicos, siendo casi inutilizados en procedimientos especiales tales como en adquisiciones de inmuebles o en situación de emergencia, a pesar de que según lo previsto en el artículo 102 de la LOSNCP se encuentra

similares, tales como la resolución administrativa de aprobación de pliegos e inicio del procedimiento, fase de preguntas, respuestas y aclaraciones, apertura y calificación de ofertas, convalidación de errores de forma, informe de recomendación, adjudicación o declaratoria de desierto. No así, por ejemplo, en el procedimiento especial de

Sin embargo, a criterio personal, en virtud de la competencia que ha otorgado la LOSNCP, no sería improcedente pensarse en reclamar una actuación administrativa contraria al orden público en el contexto o desarrollo del procedimiento administrativo de adquisición de un inmueble, si de los hechos se desprende un incumplimiento a la LOSNCP, su Reglamento General o disposiciones del SERCOP.

Debo recalcar un aspecto fundamental relativo a los reclamos administrativos sustanciados al amparo de la LOSNCP y presentados ante el SERCOP. Estos efectivamente

20. Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo, Principios fundamentales del procedimiento administrativo*. Tomo IV, (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2004), PRA-II-9. "Es, fuera de toda duda, informalismo únicamente en favor del administrado, para facilitarle el ejercicio de los remedios procedimentales y la defensa de sus derechos ante la administración; nada tiene que ver pues este informalismo con la discrecionalidad de la administración, ni se pueden fundar en él, en ningún caso, soluciones que impliquen un apartamiento administrativo en contra de los intereses del recurrente, de los principios fundamentales del debido proceso y del procedimiento jurídico en general"

deben ser verificados que cumplan un margen mínimo y razonable de motivación o fundamentación del incumplimiento normativo para su admisibilidad. No todo reclamo puede ser admitido sin una previa valoración exhaustiva de su fundamentación en relación con el incumplimiento normativo y una eventual vulneración a los principios de la contratación pública. Esto incluso sin aún analizar si existe incidencia o afectación a la oferta del reclamante o al procedimiento precontractual, ya que aquello será objeto de análisis por parte del SERCOP al momento de resolver el reclamo.

De otro lado, no se puede impedir presentar un reclamo, en lo absoluto, sino que se debe motivar a los oferentes y proveedores del Estado, a que toda reclamación deba ser fundamentada, y no hacer un mal uso o uso indebido de los medios de impugnación, ya que esto obstaculiza, y realmente afecta a la planificación institucional de la contratante si se llegan a presentar reclamos sin fundamento. Si un reclamo se presenta sin una

concreta motivación o sustento técnico o legal, y el mismo es admitido a trámite por el SERCOP, la entidad ya no podrá proseguir con el procedimiento precontractual por mandato del artículo 168.A y 168.B de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, sino hasta cuando se resuelva el reclamo, y mientras tanto, el cronograma de la contratación se afecta directamente e incide en retrasos para la celebración del contrato.

La problemática de los reclamos administrativos en contratación pública radica en que por la forma en la que se encuentra desarrollado su procedimiento y aplicación en la LOSNCP y en la normativa expedida por el SERCOP, estos se vuelven mecanismos indeterminados y abiertos. Esta afirmación alcanza sentido cuando verificamos que el único requisito de admisibilidad del reclamo será presentar un *formulario de reclamo*, lleno al menos en sus campos obligatorios²¹, formulario que se desprende de un formato estándar emitido por el SERCOP, el cual exige detallar información

básica, como datos generales e identificación del reclamante o denunciante, el número del procedimiento precontractual, identificar el momento procedimental de la afectación o de la actuación administrativa, domicilio para notificaciones, y seleccionar campos referentes a fundamentos jurídicos; pero, no exige este formulario de reclamo una fundamentación concreta y detallada de las normas inobservadas en la actuación impugnada, o la afectación al procedimiento o a su oferta,²² convirtiéndolo simplemente en una herramienta de queja particular, en la que se traslada al SERCOP (en caso que el reclamo se lo presente ante este organismo) la responsabilidad y obligación de realizar un análisis de la totalidad del procedimiento precontractual reclamado o denunciado, invirtiendo tiempo, recursos y personal técnico del área de control y supervisión, y del área de las denuncias de la contratación pública²³, para verificar si tiene o no fundamento el reclamo o denuncia presentada.

21. Artículo 482 de la Codificación y Actualización de Resoluciones del SERCOP.
22. Si bien es cierto, tanto en el Formulario de Denuncias, cuanto en el Formulario de Reclamos, se presenta el campo “Fundamentos de hecho” para que sea llenado por el interesado, este debería, en un sano entendimiento del requisito de motivación, presentar como exigencia que sea fundamentado, a fin de que se identifique claramente la eventual vulneración a los oferentes o al procedimiento, y se individualice la pretensión concreta.
23. Servicio Nacional de Contratación Pública, *Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del SERCOP. Registro Oficial*. Registro Oficial, Edición Especial 213, de 18 de enero de 2018. De acuerdo al Art. 11 del Estatuto Orgánico del SERCOP, y a la Resolución Interna No. R.I.- SERCOP-2019-00010, el área Técnica de Control y de Denuncias de la Contratación Pública, tienen a su cargo el realizar el seguimiento, monitoreo, control y supervisión de los procedimientos precontractuales reclamados o denunciados.

Esta situación, implica que todo reclamo, esté o no fundamentado en aspectos técnicos o jurídicos, sea analizado por el SERCOP a través de sus servidores del área de control y supervisión, lo cual puede llegar a generar una congestión en la tramitación de los reclamos o denuncias, ocasionando incluso que se inobserven los plazos previstos y que la potestad de control y supervisión sea inoportuna e ineficaz.

Una forma de prevenir o mitigar este efecto adverso en los controles de los procedimientos, puede ser la culturización de los oferentes al momento de formular y presentar los reclamos, con el fin de que estos lo realicen de manera responsable y fundamentada, puesto que si se impone al menos un mínimo de exigibilidad de motivación del reclamo, ya no se tendría una inversión desproporcionada e innecesaria de recursos en analizar reclamaciones infundadas.

EL RECLAMO ADMINISTRATIVO:

TÍTULO V DEL REGLAMENTO GENERAL DE LA LOSNCP

Este reclamo se encuentra determinado en el Reglamento General de la LOSNCP (en

adelante “RGLOSNCNP”), difiere en su esencia y tramitación del reclamo que reconoce la LOSNCP en su artículo 102. Tiene sus propias características, requisitos y procedimiento. A través de este se puede impugnar un acto administrativo o un acto de simple administración. Es similar al reclamo que se tenía previsto en el artículo 172 del ERJAFE²⁴.

De acuerdo al artículo 150 del RGLOSNCNP, este se puede presentar dentro del término de cinco días de notificada la actuación administrativa que se impugna. Este reclamo se lo presenta por escrito, y entendido este en el contexto del numeral 26 del artículo 6 de la LOSNCP, podrá ser elaborado por medios físicos o electrónicos, lo que se traduce en la posibilidad de poder suscribirlo con firma electrónica y presentarlo a través de un canal oficial de comunicación que la contratante señale para el efecto, o en caso de no haberlo señalado, a través del Portal de Compras Públicas del procedimiento precontractual, conforme lo indica el artículo 21 *ibídem*.

En lo relativo al término para presentar este reclamo existe un inconveniente normativo y procedi-

mental, puesto que si bien se lo puede presentar dentro del término de cinco días desde la notificación de la actuación, no existe otra disposición legal ni reglamentaria que obligue a las entidades contratantes a respetar este término mínimo previo a emitir la subsecuente actuación administrativa, sea adjudicación o declaratoria de desierto. Solamente se encuentra en la Codificación y Actualización de Resoluciones del SERCOP el artículo 168.A que establece que la adjudicación se emitirá en un término no menor a tres días contados a partir de la actuación administrativa de calificación de ofertas, puja o negociación, pero de ninguna manera obliga a que se respeten los cinco días término para presentar el reclamo del Art. 150 del RGLOSNCNP, lo cual podría ser configurativo de una vulneración del ejercicio del derecho de impugnación, determinado en el Art. 76 numeral 7 letra m) de la Constitución de la República. Además, el artículo 168.A distingue únicamente este término cuando se pretenda emitir la adjudicación, y no determina ninguna situación jurídica ni procedimental en el caso que se recomiende o decida declarar desierto, frente a lo cual vale recordar el axioma “*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”²⁵.

24. Ecuador, Presidencia Constitucional de la República. *Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Decreto Ejecutivo 1634, Segundo Registro Oficial Suplemento 411, de 31 de marzo de 1994.

25. “Cuando la ley lo quiere, lo dice; cuando no lo quiere, guarda silencio”.

A través de este tipo de reclamo se puede impugnar directamente un hecho, un comportamiento, una omisión, un acto administrativo o de simple administración; es decir, se prevé una impugnación directa ante el funcionario que emitió la actuación impugnada. Considero que si se hubiese determinado que se puede impugnar cualquier actuación administrativa, hubiese sido más amplio el margen de impugnación, ya que al referirse a la *actuación administrativa*, engloba tanto a la acción como a la omisión, y dentro de la acción se comprende al acto administrativo, acto de simple administración o de mero trámite, y el hecho administrativo.

Es competente para conocer y resolver este reclamo, el órgano ante el cual se lo presenta, así lo determina el penúltimo inciso del artículo 150 del RGLOSNC. Sería incompetente el funcionario u órgano administrativo, que resuelva un reclamo el cual no ha sido presentado ante su instancia.

Este reclamo transita por una fase de admisibilidad y calificación. Mediante providencia²⁶ se califica el reclamo y admite a trámite, aunque hubiese sido mejor utilizado el término *acto de simple administración o acto de trámite*,

ya que las providencias son propias del sistema procesal judicial, y en este caso nos encontramos en sede administrativa donde no se ejerce potestad jurisdiccional.

Calificado el reclamo, el órgano administrativo tiene quince días término para resolver, entendiéndose que el término se contabiliza a partir del día siguiente de la notificación de la calificación. El reclamo y la resolución deben ser publicados en el Portal de Compras Públicas del procedimiento precontractual, por mandato del artículo 21 de la LOSNC, 13 y 150 del Reglamento General, y artículo 9 numeral 19 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP.

A través de esta reclamación se puede solicitar informes o dictámenes a los órganos administrativos competentes, a fin de que se sustente y entregue mayores elementos de convicción a la autoridad que decidirá sobre la pretensión del reclamante. Estos no serán vinculantes ni obligatorios, sino meramente informativos y facultativos para el ente que lo solicite, conforme lo dispone el artículo 156 del RGLOSNC.

Según lo previsto en el artículo 153 del RGLOSNC, este reclamo

debe cumplir requisitos formales de admisibilidad, se lo presente con firma de abogado patrocinador, y estará sujeto a que el órgano ante el cual se lo presente, pueda solicitar una aclaración o complementación del reclamo. Considero innecesario que se exija firma de abogado patrocinador, pues es un requisito que impide el libre acceso a la tutela administrativa del interesado o reclamante.

Es importante considerar que de acuerdo al artículo 155 del RGLOSNC, este procedimiento de reclamación se impulsa de oficio conforme el principio de celeridad y de oficialidad, por lo que no sería pertinente invocar abandono o desistimiento tácito. La entidad contratante está obligada a sustanciarlo de oficio sin necesidad de requerir mayor exigencia o ritualismo al reclamante.

IMPUGNACIÓN DE ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN

El acto de simple administración, de acuerdo al artículo 120 del COA, es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta.

26. El término *providencia* es utilizado comúnmente en instancia jurisdiccional, por lo que considero errado haberlo conceptualizado de esta manera a un acto de mero trámite administrativo.

Conocido en la doctrina como acto de trámite²⁷ o acto preparatorio, cuando se lo concibe en el contexto de un procedimiento administrativo.

Es importante aclarar que el acto de simple administración no produce efectos jurídicos directos, sino indirectos²⁸. Solamente el acto administrativo irradia efectos jurídicos directos, susceptible entonces de modificar, generar o extinguir derechos del destinatario del acto.

Por lo tanto, si una determinada actuación administrativa no genera, modifica o extingue derechos de los oferentes, no podría considerarse

un acto administrativo, y por defecto estaríamos frente a un acto de simple administración o de trámite. Entonces, concluiríamos que esa actuación, que no es un acto administrativo en estricto sentido, la podremos impugnar únicamente mediante reclamación, y no a través de un recurso de apelación, ya que este recurso solamente se prevé para actos administrativos.

En ese sentido, por citar un ejemplo, se puede analizar que el informe de evaluación de las ofertas, conforme el artículo 302 de la Codificación de Resoluciones, es un acto de trámite esencial, pues forma parte sustancial del

procedimiento de licitación, es obligatorio contar con este informe. Pero este informe no debería ser considerado como un acto administrativo en sentido formal, puesto que esta actuación (de trámite) de la Comisión Técnica, se desprende de una atribución designada por ley, y será únicamente la máxima autoridad (o su delegado, considerando los efectos jurídicos de la delegación) la que decidirá acoger el informe o rechazarlo motivadamente, y solamente, aquella decisión, en ese momento genera efectos jurídicos al o los oferentes.

El artículo 303 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, es determinante al indicar que la máxima autoridad o su delegado, sobre la base del expediente, adjudicará la oferta mediante resolución motivada, y señala además que no se podrá adjudicar la licitación a una oferta que no cumpla los requisitos y condiciones del pliego ni a quienes se encuentren incurso en inhabilidades para contratar con el Estado. Es decir, no vincula obligatoriamente al informe de evaluación de



27. Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*. Tomo IV, (México, D.F.: Editorial Porrúa, 2004), PRA-II-9. Indica Gordillo que, "(...) las facultades de los funcionarios públicos y por ende de los distintos órganos administrativos, en cuanto al procedimiento, no están siempre claramente determinadas. Como regla general, puede afirmarse que las resoluciones de mero trámite (traslados, vistas, notificaciones) y las que hacen al desenvolvimiento del procedimiento (pedidos de informes, de dictámenes; apertura a prueba, recepción de la prueba) pueden ser dispuestas por funcionarios de menor jerarquía que aquellos a los que corresponde decidir en la instancia respectiva."

28. Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, (Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 2004) 129.

las ofertas, sino principalmente al expediente precontractual en su integralidad, ya que puede eventualmente presentarse un error de valoración o de apreciación en la calificación de las ofertas, o incluso una ilegalidad; siendo así, la máxima autoridad válidamente podrá determinarlo y tomar la decisión que corresponda, puesto que si se considera que el informe de evaluación es inexorablemente vinculante, la máxima autoridad estaría impedida de objetar o emitir un criterio administrativo frente a un patente vicio de legalidad, y precisamente aquello no es la intención de la norma citada.

Por ello es importante determinar qué actuación administrativa produce efectos jurídicos directos, con el fin de identificar la procedencia o no de un recurso de apelación o de una reclamación.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La doctrina en materia de medios de impugnación, ha determinado que según un criterio material de clasificación el recurso puede ser ordinario o extraordinario²⁹, y de acuerdo a un criterio jerárquico del recurso, puede clasificarse en vertical u horizontal³⁰. La apelación por su esencia es un

recurso vertical y ordinario, que una vez interpuesto lo conoce y resuelve el órgano jerárquicamente superior o la máxima autoridad; sin embargo, en contratación pública esta no es la regla, sino la excepción. La reposición es un recurso ordinario y horizontal³¹, en virtud de proponérselo ante el mismo órgano emisor de la actuación impugnada, y es el que resolverá el recurso sin posibilidad de elevar a conocimiento del superior jerárquico o de la máxima autoridad. Este recurso, se encuentra derogado tácitamente por la entrada en vigencia del COA, además que ha sido un medio de impugnación poco utilizado.

La apelación en contratación pública se encuentra regulada únicamente en los artículos 103 de la LOSNCP y 231 del COA. Para presentar este recurso se tiene tres días hábiles contados a partir de la notificación del acto administrativo impugnado. Se debe recordar, que la notificación de toda actuación administrativa se considera realizada a partir de su publicación en el Portal de Compras Públicas del respectivo procedimiento precontractual, ya que esta es la manera legal y formal de notificar una determinada actuación en el contexto de un procedimiento de contratación pública. Su procedencia es respecto

de actos administrativos exclusivamente.

A través de la apelación se puede pretender la revocatoria de un acto administrativo o su declaratoria de nulidad, así como también la nulidad del procedimiento precontractual y retrotraer sus efectos al momento en que se produjo el vicio no convalidable. Esto sin duda es algo que en la práctica de la contratación pública ecuatoriana no se ha aplicado con rigurosidad, puesto que la funcionalidad del Portal de Compras Públicas (en adelante "Portal") y los cronogramas rígidos o poco flexibles en los procedimientos, impiden de facto, que se pueda dar una revocatoria de adjudicación o de declaratoria de desierto, o una nulidad del procedimiento y retrotraer sus efectos a determinado momento procedimental.

Lo importante, en referencia al principio de publicidad, transparencia y legalidad, es que las actuaciones generadas con ocasión de la interposición de un medio de impugnación se permitan publicar en el Portal sin necesidad de realizar petición o trámite alguno ante el SERCOP, puesto que aquello implica

29. Manuel Ibáñez Frocham, *Tratado de los Recursos en el Proceso Civil*, (Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963), 110.
30. Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil*, (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968) 713.
31. Patricio Secaira, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 235. "Es aquel que se formula ante la misma autoridad pública emisora del acto materia de la impugnación, para lograr que tal autoridad lo revoque, reforme o sustituya."

armonizar verdaderamente lo producido en el expediente físico³² con el expediente electrónico, y a la vez garantiza el respeto por la necesidad de información de los interesados, el derecho a conocer en todo momento las actuaciones suscitadas en el procedimiento, y sobretodo denota sometimiento a la seguridad jurídica respecto de los medios de impugnación.

No se puede sostener que existe seguridad jurídica en la contratación pública ecuatoriana, si no es posible publicar en el Portal todas las actuaciones generadas en el contexto de una impugnación, ya que incluso la información calificada en la LOSNCP, RGLOSNCP y la Codificación de Resoluciones del SERCOP, como relevante, obliga a publicarla en el Portal, y precisamente conforme el numeral 19 del artículo 9 de la Codificación citada, cataloga como documentación relevante al reclamo o recurso presentado en la fase precontractual, y a todos los actos emitidos en su tramitación.

Esto sobrepasa la norma legal y reglamentaria, y alcanza relevancia constitucional, conforme las garantías básicas del debido proceso, pues es una garantía del derecho a la defensa, que todos los procedimientos sean públicos

y que las partes o interesados (oferentes) puedan acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento, artículo 76 numeral 7 letra d) de la Constitución. Si el Portal o las entidades contratantes, de manera ágil, sencilla y oportuna, no permiten que los oferentes accedan a toda la documentación e información relevante de un procedimiento precontractual, en el que se decide sobre sus derechos, y no garantiza de ninguna forma la publicidad de las actuaciones, se podría señalar que existiría una vulneración de derechos constitucionales.

Ningún órgano administrativo o herramienta informática, puede obligar o colocar en una única situación de decisión que implique optar por incumplimiento normativo a una entidad contratante o un administrado. Explico lo manifestado a través de un ejemplo: si producto de una impugnación la máxima autoridad decidió revocar una adjudicación y disponer una nueva calificación de ofertas, todas estas actuaciones deberán ser publicadas en tiempo real en el Portal de Compras Públicas, puesto que así lo determina el Art. 21 de la LOSNCP, art. 13 del RGLOSNCP y del numeral 19 del art. 9 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, ya que esto implica

respeto al debido proceso y a la seguridad jurídica. Pero si por motivos ajenos a los contratantes, y atribuibles a la operatividad y funcionalidad del Portal, como por ejemplo “seguridades informáticas” que impiden rectificar lo publicado previamente o incrementar campos de publicación de actuaciones, se niega la posibilidad de publicar y notificar la documentación relevante en tiempo real a los interesados, u obliga a la contratante a realizar trámites carentes de sustento legal y reglamentario para publicarlos, se podría decir que se hace presente una vulneración a la seguridad jurídica y al debido proceso, y a la vez le obligaría a la contratante a inobservar las disposiciones antes citadas respecto de la obligatoriedad de publicar toda la documentación considerada como relevante.

Lo citado en líneas precedentes, aconteció y fue motivo de reclamación al SERCOP en el procedimiento precontractual No. COTO-EECS-DD-01-2020³³, llevado a cabo por la Empresa Eléctrica Regional Centro Sur C.A., en el cual el oferente que se consideró perjudicado a sus derechos como proveedor local, reclamó de la adjudicación ilegal que se realizó a otro oferente que no tenía la calidad de proveedor local. Luego de sustanciada y resuelta

32. Artículo 36 de la LOSNCP.

33. La convocatoria del procedimiento precontractual No. COTO-EECS-DD-01-2020, fue realizada y publicada en fecha 28 de enero de 2020, en el Portal de Compras Públicas.

la impugnación, se dispuso una recalificación de ofertas, para luego expedirse la nueva adjudicación del contrato, la que se emitió con arreglo a las normas legales pertinentes y reconociendo los derechos de proveedor local de los oferentes. Sin embargo, al momento que la entidad contratante se dispuso a notificar y publicar en el Portal de

permitía modificar o rectificar las actuaciones ya publicadas en el Portal del procedimiento, por *seguridades informáticas*. Luego de las respectivas insistencias, tanto de la contratante, cuanto del oferente interesado, se logró permitir en el Portal la publicación de las actuaciones ejecutadas con ocasión del recurso de la impugnación, lo que a mi opinión

transparentar toda actuación relativa a los recursos o reclamos de los oferentes, incluso las recalificaciones de oferta, revocatorias de adjudicación o declaratorias de desierto, entre otras. Las herramientas informáticas deben, definitivamente, armonizarse con el ordenamiento jurídico en cuanto a contratación pública, medios de impugnación y garantías básicas del debido proceso se refieren.



EFFECTOS JURÍDICOS DE LAS IMPUGNACIONES

A través de la presentación de un reclamo o recurso, se puede pretender la aclaración, modificación, revocatoria o nulidad de una actuación administrativa. La procedencia de la pretensión se sustentará en la verificación de causales de nulidad, de ilegalidad, de revocatoria o de errores susceptibles de aclaración o modificación, siempre en atención a la característica de la estabilidad del acto administrativo, de la autotutela administrativa y de los eventuales o posibles derechos que haya generado al destinatario del acto.

En materia general de administración pública, la interposición de cualquiera de los medios de impugnación no suspende los efectos del acto impugnado³⁴, entendida esta como la regla general, ya que se presumen legítimos y ejecutorios;

Compras Públicas lo acontecido en la impugnación y la posterior calificación y adjudicación, no se le hizo posible cumplir oportunamente con la disposición legal del Art. 21 de la LOSNCP, Art. 13 del RGLOSNCPP y del numeral 19 del Art. 9 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, ya que esta herramienta informática, a decir del SERCOP, no

personal debería haberse permitido sin necesidad de reclamo o solicitud alguna, puesto que como bien lo indica el mismo SERCOP en sus oficios de control o supervisión, cada entidad contratante lleva a cabo sus procedimientos bajo su entera responsabilidad, y aquello debería hacerse efectivo realmente permitiéndoles publicar y

34. Andrés Serra Rojas, *Derecho Administrativo II*, (México D.F., Editorial Porrúa, 1977) 499. Indica este autor que la regla general en la tramitación de impugnaciones debe ser la ejecución inmediata de los actos administrativos, y la excepción, otorgar la suspensión cuando la ley estime que no causen perjuicio a la colectividad.

sin embargo, en materia específica de contratación pública la interposición de impugnaciones tiene un tratamiento distinto. En virtud del artículo 102 de la LOSNCP, cuando el SERCOP notifica a la contratante con la existencia de indicios de incumplimiento normativo, se suspende el procedimiento precontractual por siete días, en los cuales la contratante deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos pertinentes a fin de desvirtuar los hallazgos. A criterio personal, considero que no está clara la redacción de este artículo respecto del órgano o ente administrativo que dispondrá la suspensión del procedimiento, entendería que por la finalidad o espíritu de la norma, sería el SERCOP el ente que suspende la tramitación a través de su facultad de administrador del Portal de Compras Públicas; sin embargo, por la forma como se encuentra redactado, no es clara ni precisa la atribución de esta potestad de suspensión.

A pesar de que existe este efecto de suspensión del procedimiento recogido en la LOSNCP, también se debe considerar que a través de la entrada en vigencia de la Resolución Nro. RE-SERCOP-2020-106³⁵ se configuró un efecto jurídico distinto a la regla general antes mencionada, manifestándose la excepción a esta regla, y otorgando la suspensión

de los efectos del acto, y del procedimiento precontractual en sí mismo, cuando el SERCOP haya calificado y notificado a la entidad contratante con la presentación de un reclamo o denuncia impugnando el procedimiento o una determinada actuación, o si el SERCOP se encontrara realizando de oficio una supervisión o monitoreo. A simple vista se verifica una contradicción de los efectos jurídicos de suspensión del procedimiento, en razón que por lo dispuesto en la LOSNCP, la suspensión es por siete días, mientras que por lo reglado en el artículo 168.A de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, la suspensión será indeterminada hasta que se resuelva el levantamiento de la misma.

El artículo 102 de la LOSNCP tiene una redacción poco clara con respecto de los efectos de la interposición del reclamo, conforme lo indicado en líneas precedentes. Según este artículo, si el SERCOP determina la existencia de indicios de incumplimiento normativo, notificará de dicho particular a la entidad contratante, y se suspenderá el procedimiento precontractual por el plazo de siete días hábiles, evidenciándose un error de redacción o ambigüedad. La contradicción radica en que cuando una norma se refiere a plazo, está determinando

días contados de fecha a fecha, o lo que se conoce como días calendario, incluyendo sábados, domingos y días festivos o de descanso obligatorio³⁶. Mientras que cuando la ley se refiere a término o días hábiles, está excluyendo del cálculo a los días sábados, domingos y días festivos o de descanso obligatorio. Si se aplica lo previsto en el artículo 158 del COA, se concluiría que el artículo 102 determina el tiempo de suspensión en días término, sin embargo, por la forma de redacción del segundo inciso de este artículo podría entenderse que son días plazo, sin duda esta ambigüedad debería ser aclarada definitivamente mediante reforma legal.

En cuanto a la suspensión del procedimiento en el contexto de la interposición de un recurso de apelación conforme el artículo 103 de la LOSNCP y artículo 231 del COA, esta sucederá si después del término de siete días contados a partir de la presentación de la apelación, la contratante no emite la resolución correspondiente. La suspensión la realizará el SERCOP por el tiempo que dure el incumplimiento, es decir, se suspenderá el procedimiento hasta que la contratante resuelva el recurso.

35. Servicio Nacional de Contratación Pública, Resolución Nro. RE-SERCOP-2020-106, Registro Oficial, Suplemento 832, de 29 de julio del 2020. Artículo 5.

36. Artículos 158, 159 y 160 del COA.

La calificación de un reclamo o de una denuncia genera efectos jurídicos ad intra del SERCOP, ya que empieza a manifestarse una voluntad administrativa especial, sustentada en el ejercicio de una potestad pública, la potestad de supervisión y control de procedimientos precontractuales, la cual es exclusiva de los entes rectores de la contratación pública. También, de oficio puede ejercerse esta potestad, la que en este contexto deberá presentar sustentos suficientes y pertinentes, ya que al notificarse con el inicio de esta manifestación de control, se suspende el procedimiento precontractual, lo cual puede eventualmente repercutir en una afectación al principio de oportunidad, al cronograma de contratación o a la planificación institucional, si se llegase a determinar que no existieron hallazgos motivados para el inicio de la acción de control.

Es importante destacar las disposiciones relativas a las medidas correctivas que se pueden implementar en los procedimientos precontractuales, cuando en estos se hagan presentes incumplimientos normativos o técnicos susceptibles de enmienda, corrección o reforma, puesto que a través de esta facultad, se podría subsanar errores en la calificación de ofertas, en la tramitación del procedimiento, y en general vicios plenamente convalidables, sin la necesidad de recurrir a la declaratoria de desierto del procedimiento, como insistentemente se lo ha venido

haciendo y desconociendo esta facultad correctiva. Las medidas correctivas o rectificaciones las puede implementar la entidad contratante, o en su defecto, sugerir o recomendarlas el SERCOP, en virtud del artículo 102 de la LOSNCP y artículo 473 de la Codificación de Resoluciones del SERCOP, adicionando que también se puede sustentar esta facultad en la corrección de las actuaciones administrativas en ejercicio de la autotutela administrativa, respetando la estabilidad de los actos como característica intrínseca, en base al artículo 133 del COA.

Considero que el efecto principal de la interposición de cualquier medio de impugnación, es el derecho del interesado u oferente a recibir de parte de la contratante o del SERCOP, según corresponda, una respuesta oportuna y motivada, conforme el derecho constitucional de petición establecido en el artículo 66 numeral 23 de la Constitución de la República.

CONCLUSIONES

Los medios de impugnación son las herramientas de las que se sirve el interesado u oferente para hacer valer sus derechos en un procedimiento precontractual, cuando a través de una patente ilegalidad o una errónea actuación administrativa, se haya afectado a su oferta, al procedimiento o a los principios de la contratación pública.

Las garantías básicas del debido proceso, establecidas en el artículo 76 de la Constitución de la República, deben ser respetadas y garantizadas por las entidades contratantes y por el ente rector de la contratación pública del país, lo cual implica ajustar sus actuaciones y competencias en el marco de este derecho constitucional, y otros conexos.

Los interesados u oferentes, previo a interponer un medio de impugnación, deberían analizar la procedencia del mismo, la naturaleza de la actuación impugnada, los fundamentos fácticos, jurídicos y técnicos, y determinar una pretensión al órgano ante el cual se presenta. Esto colaborará con la administración pública, dotándola de eficiencia.

La operatividad o funcionalidad de una herramienta informática no puede desarmar con la normativa que la regula, y peor aún estar en contra de disposiciones legales y derechos constitucionales. Si la Ley manda a actuar de determinada manera, se debe cumplir sin obstáculo alguno lo preceptuado.

Exigiendo firmemente los derechos de los oferentes y los ciudadanos, con razonables pretensiones y nobles aspiraciones, obtendremos de la administración pública el restablecimiento de la legalidad en distinguidas decisiones

BIBLIOGRAFÍA

- Dromi, Roberto, *Derecho Administrativo*, 12ª ed., Buenos Aires: Editorial de Ciencia y Cultura, 2009.
- Ferrando, Ismael, *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: DEPAL-MA, 2000.
- García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Civitas, 1974.
- Garrido Falla, Fernando, *Régimen de impugnación de los actos administrativos*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1956.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*. 11va edición, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2016.
- Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- Ibáñez Frocham, Manuel, *Tratado de los Recursos en el Proceso Civil*. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, 1963.
- Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A., 1988.
- Sayagués Laso, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1963.
- Secaira, Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004.
- Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo II*. México D.F.: Editorial Porrúa, 1977.

Normativa

- Ecuador, Asamblea Constituyente, Código Orgánico Administrativo, en Registro Oficial, Suplemento No. 31, Quito, 7 de julio, 2017.
- Ecuador, Asamblea Constituyente, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en Registro Oficial, Suplemento No. 395, Quito, 4 de agosto, 2008.
- Ecuador, Presidencia Constitucional de la República. Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto Ejecutivo 1634, Segundo Registro Oficial Suplemento 411, de 31 de marzo de 1994.
- Ecuador, Presidencia de la República, Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Decreto Ejecutivo 1700, en Registro Oficial Suplemento No. 588, Quito, 12 de mayo, 2009.
- Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, Codificación y Actualización de Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016. Registro Oficial, Edición Especial 245, de 29 de enero de 2018.
- Servicio Nacional de Contratación Pública, Estatuto Orgánico de Gestión Organizacional por Procesos del SERCOP. Registro Oficial. Registro Oficial, Edición Especial 213, de 18 de enero de 2018.
- Servicio Nacional de Contratación Pública, Resolución Nro. RE-SERCOP-2020-106, Registro Oficial, Suplemento 832, de 29 de Julio del 2020.



UNA COMPRESIÓN PREVIA A LA DISCUSIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL INTERNACIONAL

UNA NECESARIA EXPLICACIÓN SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL

POR SU ACTUALIDAD E IMPORTANCIA

Lyonel Calderón Tello

I

Hodiernamente, dada la gran invasión y repercusión en la normativa interna de las normas internacionales, así como en el ámbito de la interpretación de aquellas, se torna importante recordar y si cabe aclarar, cuáles son, en qué consisten y cuál es la importancia de cada una de las fuentes¹ del Derecho Internacional (en adelante DI), empezando por distinguir entre las totales y las auxiliares; siendo las totales los tratados internacionales y la costumbre jurídica internacional, por ello, los sujetos del DI deben aplicar su contenido de

manera obligatoria por cuanto, constituyen el fundamento de aquel. Las fuentes auxiliares² por su parte, son las decisiones judiciales por su carácter de *erga omnes* en algunos casos, e *inter partes* en la generalidad de aquellos³, aquellas declaraciones o recomendaciones conocidas modernamente como *soft law*, e incluso la doctrina (de los publicistas de mayor competencia) según lo que determina el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia⁴. Por tanto, entre las fuentes vinculantes del DI se encuentran los tratados internacionales reglados por la Convención de Viena⁵ que entró en vigor en el año 1980.

1. CONDE Y LUQUE R., *Derecho Internacional Público*, “...no es otra cosa que el sitio donde hay que buscar los elementos necesarios para poder estudiar con fruto todo lo relativo al Derecho Internacional Público”, Pág. 60, 1983.
2. MONROY CABRA M., *Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional*, 2005.
3. BENAVIDES-CASALSS, M., *El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 27 *International Law*, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 141-166, 2015.
4. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 6 de febrero 1946.
5. Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados, 27 de enero de 1980.

En la presente convención se reglamentó el contenido, entrada en vigor, terminación, etc., de los tratados, pactos, protocolos a fin de que se pueda

regular estas normas jurídicas de rango internacional. El destinatario de las normas internacionales es el sujeto del DI⁶, por lo que se torna importante la comprensión de quienes son aquellos, es decir, aquellos que ostentan capacidad jurídica reconocida internacionalmente, en razón de aquello son titulares de obligaciones y derechos⁷, entre estos encontramos: los Estados, la Santa Sede, Comunidad Beligerante, Organizaciones Internacionales y, de forma indirecta la persona, puesto que, es sujeto de derecho y protección por el resto de sujetos del DI.

II

Los tratados son acuerdos internacionales y se solemnizan entre Estados, figurando en uno o más instrumentos⁸. El diccionario de la RAE define a los tratados como el: “*Acuerdo entre Estados u organizaciones internacionales, regido por el derecho internacional, con la finalidad de establecer normas de relación o de resolver problemas concretos.*” Para que un tratado se encuentre acorde a la normativa internacional y tenga validez debe existir voluntad de las partes intervinientes y, los sujetos del DI efectivamente deben contar con capacidad; la manifestación de voluntad de los intervinientes en el tratado hace referencia al contenido total del acuerdo que se encuentren pactando a beneficio de quienes firmen o de terceros, siendo en este caso a los sujetos del derecho de gentes⁹. El artículo 31 de la Convención de Viena que hace referencia al derecho de los tratados, manifiesta en su contenido que toda interpretación de los tra-

6. LEÑERO BOHÓRQUEZ R., *Los sujetos del derecho público global*, 2020.

7. MANSILLA M., *Derecho Internacional Privado*, Pág. 215, 2017.

8. Convención de Viena, derecho de los Tratados. Parte I, 27 de enero de 1980: **Art. 1.- Alcance de la presente Convención.** La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados. **Art. 2.- Términos empleados.** 1. Para los efectos de la presente Convención: a) Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

9. VIOLA F., *Derecho de Gentes Antiguo y contemporáneo*, “Se sitúa entre el derecho natural y el positivo; tiene algo del uno y del otro sin ser del todo reducible a uno de ellos.”, 2004.

- Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Guayaquil.
- Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Penal.
- Miembro de la Academia Ecuatoriana de Ciencias Penales y Criminológicas.



Lyonel Calderón Tello

tados debe realizarse de buena fe ¹⁰, es decir razonabilidad en lo señalado en los pactos internacionales y, lealtad entre los entes del DI, esto también basado en el principio *pacta sunt servanda*, puesto que lo pactado en los tratados obliga al cumplimiento mutuo para mantener adecuadas relaciones internacionales.

III

La Costumbre jurídica¹¹ en las relaciones internacionales alude a las prácticas reincidentes entre los Estados y, que posteriormente se acepten como derecho. En el caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte que se ventiló en la Corte Internacional de Justicia, esta determina que, si bien es cierto que el tiempo no es un impedimento para la formación del DI consuetudinario, sí es imprescindible la práctica de los Estados¹². En razón de lo manifestado en líneas que preceden es menester destacar la importancia de la aceptación entre los Estados de la práctica en derecho para que pueda considerarse como costumbre jurídica internacional, es decir, es generalmente aceptada¹³ y, pueda ejercer un derecho.

La costumbre necesita constar de dos elementos fundamentales: el objetivo y subjetivo, como se ha expresado anteriormente esto no se basa en ideas, sino en hechos reitera-

dos entre sujetos del DI, hechos que deben figurar entre los Estados de que seguirán-cumpléndose en el futuro y, del carácter vinculante que dicha práctica posee, o sea, el revestimiento jurídico¹⁴. En los casos que exista una costumbre internacional previamente y, ciertos sujetos del DI se opongan, estos no invalidarán la existencia de esta costumbre, sino que solo no se adecuarán a ella, en virtud de su oposición y de que según la teoría de consenso necesario esta fuente advierte de aceptación tácita o expresa. De la misma forma es importante recalcar que cualquier costumbre puede ser invalidada por un tratado internacional, en razón de que del tratado se origina la norma consuetudinaria, es decir “*el tratado cristaliza la costumbre*”¹⁵. Es preciso señalar que hoy en día muchas normas del derecho consuetudinario internacional, ya se encuentran positivadas en tratados o pactos internacionales, como la protección del medio ambiente o de la naturaleza, que ha sido una característica de muchos pueblos y naciones su protección.

IV

La Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados determina que todo tratado que se encuentre en contra u oposición de normas pre establecidas como obligatorias, serán nulas, puesto que las normas como: prohibición de genocidio, prohibición de

10. PINTO M., Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización. Un comentario, 2016.
11. ARGÉS J., *Las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y la costumbre internacional*, 2022.
12. Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, Dinamarca vs. Alemania*, 20 de febrero de 1969.
13. ESTRADA GUILLERMO, *Curso básico de derecho internacional*, Servicio Profesional en Derechos Humanos México, 2012.
14. ESTRADA GUILLERMO, *Curso básico...Ob. Cit.*, Servicio Profesional en Derechos Humanos México, 2012.
15. ESTRADA GUILLERMO, *Curso básico...Ob. Cit.*, Servicio Profesional en Derechos Humanos México, 44, 2012.



mas *ius cogens*, por ello, es de resaltar la incorporación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano del respeto a los derechos humanos y la constante lucha del Estado para erradicar esos actos.

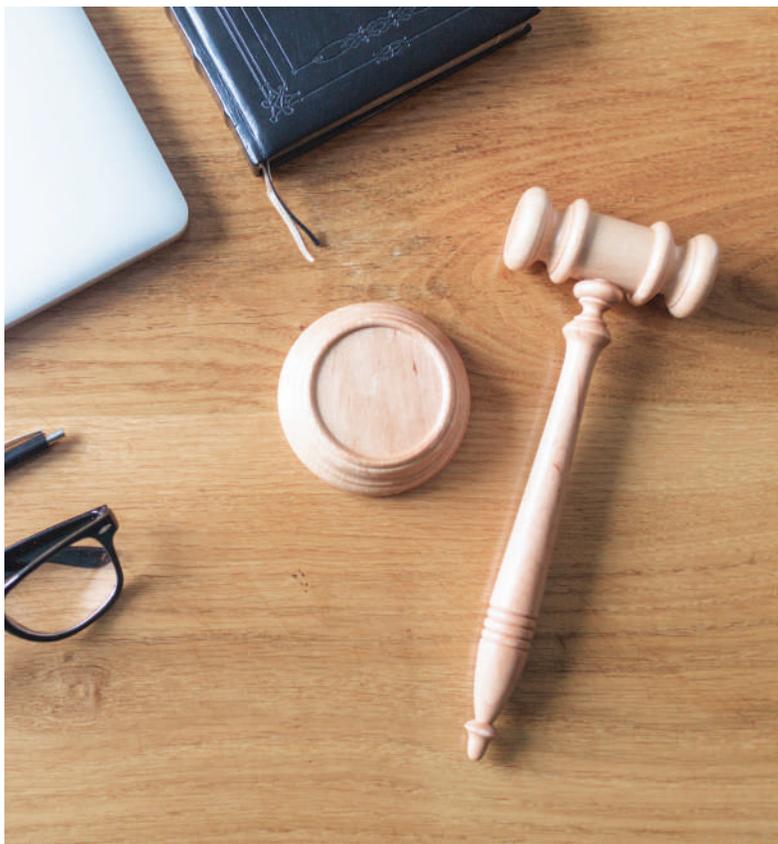
Entre los caracteres que integran el *ius cogens* se encuentra: a) la imperatividad que poseen ciertas normas internacionales que no deben ser incumplidas, ni derogadas por los sujetos del DI, por ello, el artículo 53 de la Convención de Viena señala que esta clases de normas, no admiten acuerdo en contrario; b) generalidad, es decir comunes y de aplicación general en los Estados y, entre los que pacten un tratado; c) la comunidad internacional debe acatar estas

tortura, prohibición de esclavitud, entre otras, se encargan de salvaguardar derechos en la comunidad internacional¹⁶. Esto significa que los sujetos del DI están obligados a cumplir las normas de carácter imperativo, asimismo, de las responsabilidades que acarrea la vulneración a las normas de índole *ius cogens* la responsabilidad es mayor para los Estados. Ecuador de forma enfática protege los derechos humanos a través de la prohibición y sanción para todo aquel que adecúe su conducta al incumplimiento de las nor-

reglas, a través del reconocimiento y aceptación; d) la norma *ius cogens* es de carácter mutable en única circunstancia, puesto que, la Convención de Viena señala que solo puede ser “*modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter*” es decir, que según avance la sociedad y se requiera necesariamente un cambio, se lo podrá realizar únicamente por otra norma cuyo origen sea el mismo, ya que son obligatorias para la coexistencia pacífica entre naciones¹⁷.

16. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Solicitud de Opinión Consultiva presentada por Colombia, Tres elementos: a) No admite acuerdo en contra; b) carácter internacional; c) aceptada y reconocida por la comunidad internacional, Pág. 11, 2019.

17. PUCEIRO ROBERTO, *Las Normas de Jus Cogens ¿Fenómeno exclusivamente universal o también eventualmente Regional?*, 393.



V

Las obligaciones *Erga Omnes* se aplican en el derecho interno y en el internacional, el Diccionario Panhispánico del español jurídico las define como: “Obligación que deriva de una norma imperativa del derecho internacional general y que vincula a cada Estado con la comunidad internacional en su conjunto, con la finalidad de proteger determinados in-

tereses colectivos esenciales.” Las normas *ius cogens* son de carácter *erga omnes* (prohibición genocidio, prohibición de apartheid), también existen normas cuya naturaleza es *erga omnes* alejadas del carácter *ius cogens*, un ejemplo de esto es el artículo 3 de la Convención del Mar, en donde se determina que todo Estado tiene el deber de señalar la anchura de su mar territorial en un límite que no sobrepase 12 millas marinas, no obstante no todas las normas que no pertenecen a *ius cogens* efectivamente son *erga omnes*¹⁸. Todas las obligaciones *erga omnes* deben tipificarse en el ordenamiento jurídico con el fin de su cumplimiento ante la comunidad internacional, puesto que todos los Estados tienen especial interés en su cumplimiento.

VI

En el marco de las fuentes auxiliares del DI tenemos a las decisiones judiciales¹⁹ o denominada jurisprudencia internacional, son sentencias²⁰ emitidas por jueces internacionales, tienen carácter vinculante pero solo entre las partes que presentan la controver-

18. ACOSTA ESTÉVEZ J., *Normas de Ius Cogens, efecto Erga Omnes, Crimen Internacional y la Teoría de los círculos concéntricos*, pág. 11, 1995..
19. ITURRALDE V., *Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de civil law*, 1995.
20. RODRÍGUEZ RESCIA V., *Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos

sia, puesto que son estos los que argumentan a su favor, más no lo realizan los jueces de oficio. Sin embargo, será *erga omnes* en algunos casos e *inter partes* para la mayoría de aquellos, por lo que, solo excepcionalmente, sus efec-

Los jueces en sus decisiones pueden presentar votos disidentes o concurrentes respecto de los puntos resolutiveos expuestos en la sentencia. Lo emitido por el órgano jurisdiccional internacional, sentencias, se

manifestado en líneas que preceden no se otorga autoridad alguna para que estos órganos se involucren en el proceso y desarrollo interno de los Estados para la adopción, adecuación y aplicación en los respectivos ordenamientos jurídicos. En el ejemplo citado es menester distinguir las decisiones de la Comisión y de la Corte, por ello, se debe tener en consideración que la primera no dicta sentencias, sino que elabora informes, conclusiones y recomendaciones, por lo que, no son ejecutables para los Estados, pero sí tienen un alto valor jurídico, político y moral para los involucrados, en razón de aquello son una guía, mientras que las sentencias son vinculantes.

Los jueces en sus decisiones pueden presentar votos disidentes o concurrentes respecto de los puntos resolutiveos expuestos en la sentencia.

tos son generales²¹. Teniendo en consideración la complejidad de los efectos de las sentencias emitidas por los jueces internacionales, la deliberación puede prolongarse por varios días y, antes de su emisión presentan un proyecto de sentencia para la votación final de quienes conforman el más alto cargo en lo internacional; dicha deliberación se mantiene bajo reserva y sigilo²².

debe adoptar en el derecho interno²³ para la eficacia de su cumplimiento, acatando con esto el “*deber de adoptar disposiciones*”²⁴, acorde, v.gr. al Pacto de San José de Costa Rica, ya que resultan de obligatorio cumplimiento para los Estados que se sometieron a la jurisdicción internacional, esto con la finalidad de mantener el respeto y amparar los derechos de los tratados internacionales, no obstante, con lo

VII

Las declaraciones o el material jurídico que no tiene fuerza coercitiva entre Estados son consideradas como *soft law*, en otras palabras, su cumplimiento es de carácter persuasivo para los

21. BANDEIRA GALINDO G., *El valor de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad de Brasilia.
22. CORTE INTERAMERICA DE DERECHOS HUMANOS, ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Págs. 20 – 22, 2019.
23. QUIROGA LEÓN A., *Las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cosa juzgada en los Tribunales Nacionales*, 2006.
24. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, Art. 2, 1969.



sujetos del DI, sin embargo, enmarca regulaciones para contribuir en las relaciones internacionales y en el respeto a los derechos. Al no ser coercitivas o vinculantes no siguen un proceso de aplicación y adecuación en la normativa interna de los Estados, por cuanto su enunciación es de moral y de ético cumplimiento o aceptación. Esta fuente del dere-

cho, si es que puede considerársela como tal al carecer de efectivo cumplimiento no acarrea sanciones para los Estados y, por ende, no vulnera las relaciones entre Estados; situación que al día de hoy aún es motivo de discusión entre los concedores del derecho, puesto que en los ordenamientos jurídicos se deben respetar y acatar las normas por igual, sin

excepción alguna. En razón de aquello, el término *soft law*²⁵, causa ambigüedad, ya que podría considerarse que su creación tiene fines políticos porque las sanciones no serían iguales que aquellas normas internacionales con fuerza vinculante²⁶. Se considera *soft law* siempre que exista una resolución y, que sea aceptado por los Estados, sin considerarse vinculante para los intervinientes.

La doctrina²⁷, también es considerada como fuente auxiliar o subsidiaria, ya que clarifica las normas que se aplican en el Derecho Internacional, no obstante, debe ser doctrina realizada por juristas²⁸ de forma colectiva a fin de precisar el contenido que se pretende desarrollar, es decir, sirve de explicación. La doctrina como fuente surge desde el siglo XIX, ya que era necesario dar una explicación a causa de la insuficiente jurisprudencia de ese tiempo²⁹, esto

25. BALDASSARE P., *Soft Law y la teoría de las fuentes del derecho*, 2014.

26. AGUIRRE A., BERMÚDEZ Y., MANASÍA N., *El Soft Law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre*, 2006.

27. LARA R., ICAZA G., *Derecho internacional público*, “Es el resultado del estudio, análisis y discusión que realizan los estudiosos y tratadistas del derecho internacional” Pág. 124, 2017.

28. ARELLANO GARCÍA C., *Ensayos Jurídicos en Memoria de José María Cajica C. Jurista*. – “Hace referencia al que estudia o profesa la ciencia del Derecho...es quien ha alcanzado metas significativas: ha publicado una obra general valiosa o ha publicado cien trabajos monográficos en revistas de prestigio;”, pág. 48.

29. Temario Oposición Ingreso Carrera Diplomática.

a través del criterio de diversos autores, después de un exhaustivo análisis, en razón de que a través de sus consideraciones valiosas y que previamente han aportado significativamente al derecho puede valorarse su contribución como fuente en el DI, no obstante, como se mencionó con anterioridad constituyen fuente auxiliar pero sí sirve de sustento en lo que el juez determine en

internacional, en razón de aquello son titulares de derechos y obligaciones, por ello, deben respetar y, adecuar en sus ordenamientos jurídicos todo aquello que conforme a derecho salvaguarde las relaciones internacionales. Los tratados como fuente total contienen la voluntad de los Estados intervinientes y, aquellos que se suscriban o adhieran deben cumplir y hacer

Entre las fuentes de DI se puede encontrar también a las decisiones judiciales que obligan a los Estados que voluntariamente se sometieron a la justicia internacional a acatar lo resuelto en sentencia; las resoluciones y recomendaciones emitidas por organismos internacionales coadyuvan a mantener las relaciones internacionales y, a que aquellos Estados que han optado por no suscribirse, ni adherirse a un tratado aún mantengan el respeto y garanticen los derechos humanos, a esta fuente del DI se la considera como *soft law*; en los casos que existan vacíos o lagunas en el DI, la doctrina como fuente auxiliar tiene como finalidad que a través de las consideraciones de valiosos doctrinarios

En conclusión, se ha podido constatar que la fuente principal del derecho internacional es el Tratado Internacional que está regulado desde la Convención de Viena que constituye un marco jurídico sólido para la creación del DI, en razón de aquello su incumplimiento acarrea controversias en la comunidad internacional.

la sentencia, ya que como su clasificación indica, auxilia al derecho cuando existen lagunas en él.

VIII

Por último, posterior al abordaje de las fuentes del DI, se ha indicado que estas se dividen en totales y auxiliares con el objetivo de mantener adecuadas relaciones internacionales entre los sujetos del DI que ostentan capacidad jurídica que es reconocida por la comunidad

cumplir lo pactado, dentro de estos se considera también a las normas *ius cogens* cuya vulneración acarrearía responsabilidades de índole internacional, por ser *erga omnes*. Sin embargo, como se ha señalado no es la única fuente que surte efecto en el DI, sino también la costumbre jurídica internacional que, a través de prácticas reincidentes entre los Estados, se acepta como derecho de carácter vinculante.

se utilice como sustento jurídico, por lo que, su función es la de auxiliar al derecho.

En conclusión, se ha podido constatar que la fuente principal del derecho internacional es el Tratado Internacional que está regulado desde la Convención de Viena que constituye un marco jurídico sólido para la creación del DI, en razón de aquello su incumplimiento acarrea controversias en la comunidad internacional.

BIBLIOGRAFÍA:

- ACOSTA ESTÉVEZ J., *Normas de Ius Cogens, efecto Erga Omnes, Crimen Internacional y la Teoría de los círculos concéntricos*, pág. 11, 1995.
- AGUIRRE A., BERMÚDEZ Y., MANASÍA N., *El Soft Law y su aplicación en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre*, 2006.
- ARGÉS J., *Las resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas y la costumbre internacional*, 2022.
- ARELLANO GARCÍA C., *Ensayos Jurídicos en Memoria de José María Cajica C.*
- BANDEIRA GALINDO G., *El valor de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad de Brasilia.
- BALDASSARE P., *Soft Law y la teoría de las fuentes del derecho*, 2014.
- BENAVIDES-CASALSS, M., *El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 27 *International Law*, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 141-166, 2015.
- Convención de Viena, sobre el derecho de los tratados, 27 de enero de 1980.
- Corte Internacional de Justicia, *Caso de la Plataforma Continental del Mar del Norte, Dinamarca vs. Alemania*, 20 de febrero de 1969.
- CORTE INTERAMERICA DE DERECHOS HUMANOS, *ABC de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y porqué de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Págs. 20 – 22, 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Solicitud de Opinión Consultiva presentada por Colombia*, Pág. 11, 2019.
- CONDE Y LUQUE R., *Derecho Internacional Público*, Pág. 60, 1983.

- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 6 de febrero 1946.
- ESTRADA GUILLERMO, *Curso básico de derecho internacional, Servicio Profesional en Derechos Humanos México*, 2012.
- ITURRALDE V., *Las decisiones judiciales como fuente del Derecho en los sistemas de civil law*, 1995.
- LARA R., ICAZA G., *Derecho internacional público*, Pág. 124, 2017.
- LEÑERO BOHÓRQUEZ R., *Los sujetos del derecho público global*, 2020.
- MANSILLA M., *Derecho Internacional Privado*, Pág. 215, 2017.
- MONROY CABRA M., *Aproximación al concepto de fuentes del derecho internacional*, 2005.
- PINTO M., *Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización. Un comentario*, 2016.
- PUCEIRO ROBERTO, *Las Normas de Jus Cogens ¿Fenómeno exclusivamente universal o también eventualmente Regional?*, 393.
- QUIROGA LEÓN A., *Las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la cosa juzgada en los Tribunales Nacionales*, 2006.
- RODRÍGUEZ RESCIA V., *Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- VIOLA F., *Derecho de Gentes Antiguo y contemporáneo*, 2004.



REFORMAS NORMATIVAS NECESARIAS FRENTE A LA OPERACIÓN DE ENTIDADES FINTECH EN EL ECUADOR

Geovanna Fabara

Resumen

Actualmente, en el Ecuador y en el mundo entero existe una nueva metodología digital denominada **Fintech**, que es la contracción de las palabras *finance* y *technology*, y se refiere a la tendencia de implementar avanzadas tecnologías digitales para optimizar las actividades de la industria financiera, enfocándose en el cliente o usuario financiero; ya que busca la mejora de condiciones para la prestación de **servicios y productos digitales financieros** más simples, innovadores y con un valor añadido estratégico de acceso para todo tipo de consumidores, empresarios, inversores, administradores, etc.

Siendo así que, bajo este nuevo concepto de negocio que está revolucionando el mercado financiero a escala mundial, por primera vez en la historia, la tecnología está originando modos de **desintermediación financiera** y de capacidad de aportación de servicios que nacen en empresas tecnológicas y **no en entidades financieras**; motivo por el cual, es indispensable que el Estado ecuatoriano en su capacidad regulatoria, promueva el establecimiento de una normativa

en materia financiera que permita regularizar esta prestación de **servicios financieros por medios tecnológicos**, a fin de mitigar oportuna y prudentemente los posibles riesgos económicos que trae consigo esta nueva actividad tecnológico-financiera.

Palabras Clave: *Fintech. Servicios y productos digitales financieros. Desintermediación financiera. Entidades financieras. Servicios financieros por medios tecnológicos.*

Abstract

Currently, in Ecuador and throughout the world there is a new digital methodology called **Fintech**, which is the contraction of the words *finance* and *technology*, and refers to the trend of implementing advanced digital technologies to optimize the activities of the financial industry, focusing in the client or financial user; since it seeks to improve conditions for the provision of simpler, innovative **digital financial services and products** with a strategic added value of access for all types of consumers, entrepreneurs, investors, administrators, etc.



*Thus, under this new business concept that is revolutionizing the financial market on a global scale, for the first time in history, technology is creating modes of **financial disintermediation** and the ability to provide services that are born in technology companies and not in **financial entities**; For this reason, it is essential that the Ecuadorian State, in its regulatory capacity, promote the establishment of financial regulations*

*that allow to regularize this provision of **financial services by technological means**, in order to mitigate in a timely and prudent manner the possible economic risks that it brings. I get this new technological-financial activity.*

Keywords: *Fintech Digital financial services and products. Financial disintermediation. Financial entities. Financial services by technological means.*

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente, la prestación de servicios de intermediación financiera ha sido un ámbito casi exclusivo de las entidades financieras tradicionales; sin embargo, debido al avance tecnológico mundial se ha

permitido la aparición de nuevas empresas en el negocio financiero, como son las denominadas *Fintech*; empresas que han nacido apoyadas en la tecnología para brindar los mismos servicios financieros que entidades bancarias, compañías de seguros, empresas para envío de remesas, entre otras.

Es así que, con el establecimiento de las *Fintech*, la industria bancaria mundial está enfrentando una intensa transformación de su actividad, tanto por la necesidad de reinventar sus servicios, que en muchos casos se consideran costosos debido al gasto operativo de su proceso productivo¹; así como, la modali-

- Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República graduada en la Universidad Central del Ecuador. Mención honorífica como mejor estudiante de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad Central del Ecuador (2006). Especialista Superior en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros por la Universidad Andina Simón Bolívar-Quito. Autora de la Monografía publicada en el repositorio de la UASB-E intitulada: "El acto económico solidario en la prestación de servicios financieros por cooperativas de ahorro y crédito". Acreditada en Curso Abierto de Economía Popular y Solidaria por la Universidad Andina Simón Bolívar-Quito. Asesora Jurídica de la Cooperativa de Ahorro y Crédito Alianza del Valle Ltda., Especialista de Asesoría Jurídica Banco Central del Ecuador, Secretaria Ad-hoc en Procesos Administrativos Sancionadores por el Banco Central del Ecuador, Cursante en el Programa de Maestría en Derecho Financiero, Bursátil y de Seguros por la Universidad Andina Simón Bolívar-Quito. Autora de la Tesis de Maestría por publicarse en el repositorio de la UASB-E intitulada: "Las Cooperativas de Ahorro y Crédito del segmento uno y su prestación de servicios de intermediación financiera como Entidades Financieras Populares y Solidarias."



Geovanna Fabara

dad de que los servicios financieros puedan ser prestados en línea debido a las necesidades y exigencias de productos digitales por parte de los usuarios, que cada vez son más frecuentes.

En este sentido, el Banco Central del Ecuador, define que: “Fintech (financial technology) es un término que no cuenta con un concepto oficial y definitivo, el Financial Stability Board (FSB) y el Bank for International Settlements (BIS) establecen que es la aplicación de innovación tecnológicamente habilitada para ser utilizada en nuevos modelos de negocio, lo que permite hacer más eficientes los procesos de pago entre una empresa y su cliente”².

En el Ecuador, el ecosistema Fintech, se encuentra en una fase de incursión inicial a diferencia de otros países de América Latina como Colombia, debido principalmente a la crisis bancaria de 1999...

En el Ecuador, el ecosistema Fintech, se encuentra en una fase de incursión inicial a diferencia de otros países de América Latina como Colombia, debido principalmente a que la crisis bancaria de 1999, que dejó un sentimiento de inseguridad entre los ecuatorianos

en torno a dónde colocar su dinero; siendo así que, conforme datos publicados por el Banco Central del Ecuador, “*el segmento de servicios que lidera en Ecuador corresponde al de Pagos y Remesas*”³; tal es el caso de la empresa *Kushki*, una start up que empezó sus operaciones en Ecuador en el año 2016, con el diseño de pasarelas de pago para otras empresas, permitiendo hacer pagos vía mail, páginas web, en una aplicación móvil, en Facebook, o utilizando mensajes de texto; ofreciendo a los clientes un servicio ágil, rápido y seguro, así como, mejorando la experiencia de los usuarios de portales de comercio electrónico.

Por lo expuesto, las Fintech en el Ecuador, están trayendo un cambio en el mercado financiero, donde cada vez es más difícil para las entidades financieras tradicionales mantener un dominio del negocio; por lo cual, se hace imperante que el Estado Ecuatoriano

empiece a comprender las nuevas necesidades tecnológico-financieras y mitigue mediante una oportuna y prudente regulación normativa, los posibles riesgos económicos que trae consigo esta prestación de servicios financieros por medios tecnológicos.

1. Chishti, Susanne. Barberis, Janos, “*El Futuro es FINTECH: Una guía para inversores, emprendedores y visionarios para entender la nueva revolución tecnológica*”, Ediciones Deusto (Reino Unido: 2016), 28.
2. Dirección Nacional de Integración Monetaria y Financiera Regional, Subgerencia de Programación y Regulación, “*Fintech: Un Breve Análisis para la Región*”, Boletín Informativo de Integración Financiera No. 27, Banco Central del Ecuador (Quito: 2018), 1.
3. Dirección Nacional de Integración Monetaria y Financiera Regional, Subgerencia de Programación y Regulación, “*Fintech: Un Breve Análisis para la Región*”, Boletín Informativo de Integración Financiera No. 27, Banco Central del Ecuador (Quito: 2018), 2.

CONTENIDO

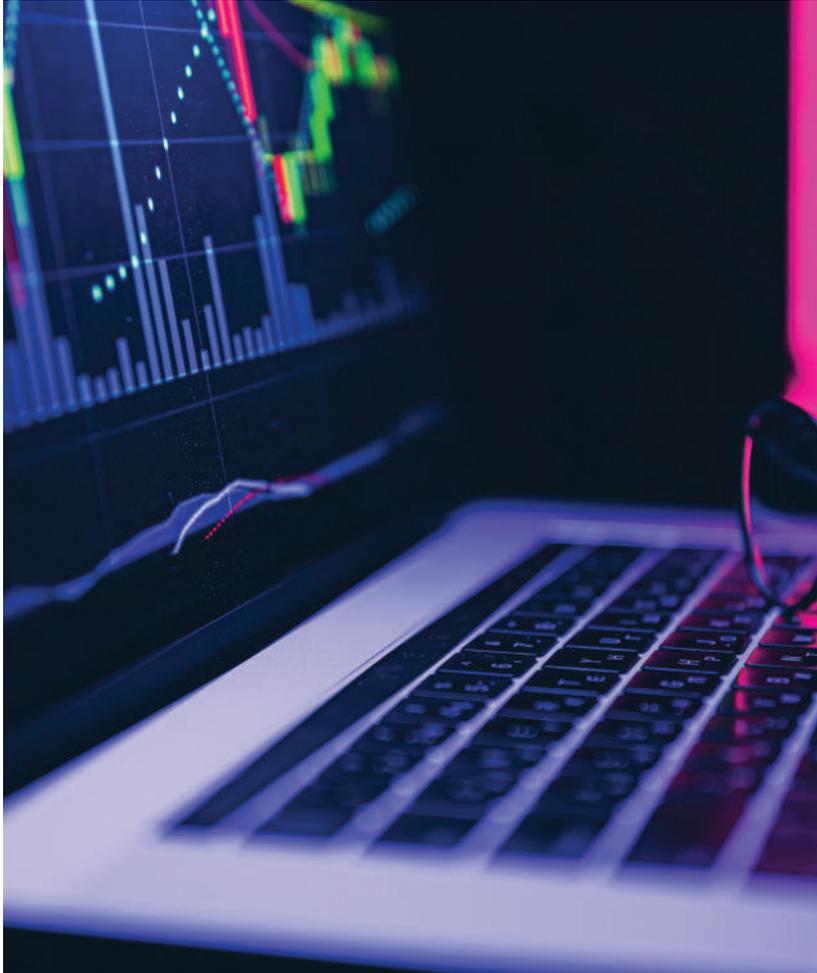
Actualmente, la Constitución de la República del Ecuador determina que: *“Las actividades financieras son un servicio de orden público, y podrán ejercerse, previa au-*

*torización del Estado (...)”*⁴; debiéndose analizar que al hablar de orden público, se incluye automáticamente, un concepto de policía administrativa que le permite al estado intervenir transversalmente en la actividad

financiera, a través de medidas de control con mayor intensidad.

En este sentido, frente a la situación actual se hace indiscutible el hecho de que, el Estado frente a la presencia de Fintech en el mercado financiero ecuatoriano, debe promover de suma urgencia una reforma normativa financiera que reconozca y determine el ámbito de acción que estas empresas tecnológicas puedan tener en el Ecuador; ya que en la actualidad dichas empresas están prestando sus servicios financieros sin ningún tipo de reconocimiento o limitación normativa; y como bien lo expone el tratadista, Jaime Alberto Arrubla: *“Se deben romper las viejas estructuras, la humanidad entera debe abrirse a los cambios de la tecnología y el saber. Pueblo o empresa que se resista al cambio, caminará indefectiblemente hacia su aniquilación”*⁵.

En consideración a lo expuesto, el Estado ecua-



4. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, Art. 308.

5. Arrubla, Jaime. *“Contratos Mercantiles: contratos contemporáneos”*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, (Bogotá), 352.



torio debería considerar una reforma normativa que permita reconocer a las empresas Fintech como auxiliares del sistema financiero tradicional; ya que de existir una asociación del sistema financiero con Fintech, bien se puede establecer una inte-

rrelación de mutuo beneficio donde, estas empresas que actualmente son retadoras para las entidades financieras tradicionales, puedan acabar siendo el punto de apoyo para la transformación tecnológica financiera que se necesita en el país; y estas a

su vez alcanzarían el crecimiento que por sí solas no consiguen debido al bajo nivel de aceptación y confianza que tienen por parte de los usuarios; ventaja en la que las entidades financieras tradicionales superan claramente a dichas empresas tecnológicas.

En este sentido, la reforma normativa ecuatoriana debería abarcar desde la Constitución de la República, Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley de Comercio Electrónico, firmas y mensajes de datos; y demás normas aplicables al sistema financiero nacional, en base a los siguientes aspectos:

- a) Reconocer e incluir a las Fintech, como entidades Auxiliares del Sistema Financiero Nacional.
- b) Fomentar la competencia y desarrollo del sector financiero tecnológico, tratando de preservar la igualdad de condiciones entre los actores tradicionales y nuevos, como parte de un solo sistema financiero.
- c) Establecer una regulación prudencial, que contemple una supervisión adecuada a

las nuevas tecnologías, crecimiento y competencia del mercado financiero.

d) Protección y educación a los consumidores financieros respecto a los nuevos servicios financieros tecnológicos.

e) Impulso al desarrollo del Comercio Electrónico ecuatoriano; así como al desarrollo tecnológico de las instituciones de supervisión financiera nacional.

f) Levantamiento de Información y estadísticas específicas por parte de los entes gubernamentales, que permitan cuantificar y dar el seguimiento necesario a la prestación de los nuevos servicios financieros tecnológicos.

CONCLUSIÓN

En el Ecuador, debe establecerse una normativa que interrelacione las empresas Fintech, la banca tradicional y el ente regulador; a fin de propender a una evolución tecnológica bancaria

debidamente regularizada que permita prestar servicios financieros innovadores, favorables y confiables para los consumidores financieros.

Siendo indispensable considerar que, las renovaciones tecnológicas se desarrollan a velocidades agigantadas, por lo que será necesario que la reforma normativa que realice el Estado ecuatoriano sea permeable al paso del tiempo y por ende neutral frente a la tecnología y sus desarrollos⁹

BIBLIOGRAFÍA

- Arrubla, Jaime Alberto; “*Contratos Mercantiles: contratos contemporáneos*”, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2013.
- Chishti, Susanne. Barberis, Janos, “*El Futuro es FINTECH: Una guía para inversores, emprendedores y visionarios para entender la nueva revolución tecnológica*”, Reino Unido: Ediciones Deusto, 2016.
- Dirección Nacional de Integración Monetaria y Financiera Regional, Subgerencia de Programación y Regulación; “*Fintech: Un Breve Análisis para la Región*”, Boletín Informativo de Integración Financiera No. 27, Quito: Banco Central del Ecuador, 2018.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Ecuador. *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Registro Oficial 332, Suplemento, 12 de septiembre de 2014.
- Ecuador. *Ley de Comercio Electrónico, firmas y mensajes de datos*, Registro Oficial 557, Suplemento, 17 de abril de 2002.



¿LAS MULTAS DE TRÁNSITO MEDIANTE ORDENANZAS MUNICIPALES SON CONTRAVENCIONES O ACTOS ADMINISTRATIVOS?

Carlos Alberto Vela Navas

Resumen

Existen muchas “multas de tránsito” que han sido tipificadas por ordenanzas municipales como por ejemplo el pico y placa, hoy no circula, restricción de circulación u otros nombres que han ido variando, las grandes interrogantes que surgen es si son contravenciones de tránsito o actos administrativos, ¿cuáles son los medios y tiempos que se tiene para impugnarlos?. Para dar una contestación a esta pregunta haré un enfoque considerando varios elementos de análisis. El artículo 19 del Código Orgánico Penal Integral clasifica a las infracciones en delitos y contravenciones y su artículo 371 define a las infracciones de tránsito como las acciones u omisiones culposas producidas en el ámbito del transporte y seguridad vial. Las contravenciones de tránsito están estipuladas en el COIP en su Capítulo Octavo, Infracciones de Tránsito sección tercera. Estas multas al ser la voluntad efectuada por la administración pública (Los Municipios a través de sus Direcciones competentes), que producen efectos jurídicos individuales (la multa al infractor) y al ser tipificadas mediante ordenanzas constituyen actos administrativos, por lo que deben tener los siguientes elementos: a) el sujeto, b) la voluntad, c) el objeto, d) el motivo, e) el fin, f) la

forma y g) el mérito. Así como para que sean válidos los requisitos para su validez es competencia, objeto, voluntad, procedimiento y motivación. Motivo por el cual las boletas de citación por multas de tránsito estipuladas mediante ordenanzas municipales al constituirse un acto administrativo deben ser impugnadas ya sea administrativamente mediante los recursos de apelación y extraordinario de revisión, como judicialmente en el Tribunal Contencioso Administrativo.

Palabras clave: Multas de tránsito, contravenciones, actos administrativos.

Abstract

There are many "traffic fines" that have been typified by municipal ordinances such as peak and plate, today does not circulate, traffic restriction, and other names that have been changing. The big question that arises is whether they are traffic violations or administrative acts; what are the means and times you have to challenge them. To answer this question, I will make an approach considering several elements of analysis. The violations in Article 19 of the Comprehensive Organic Criminal Code classify offenses as crimes, and contraventions and

Article 371 defines traffic offenses as actions or culpable omissions produced in the field of transport and road safety. Traffic violations are stipulated in the COIP in its Eighth Chapter, Traffic Violations, third section. These fines, being the will carried out by the public administration (the Municipalities through their competent Directorates), produce individual legal effects (the fine for the offender) and once typified by ordinances, constitute administrative acts, so they must have the following elements: a) the subject, b) the will, c) the object, d) the motive, e) the end, f) the form and g) the merit; as well as the requirements to be valid: competence, object, will, procedure and motivation. The reason why the citation tickets for traffic fines stipulated by municipal ordinances when an administrative act is constituted must be challenged either administratively through appeals and extraordinary review resources or judicially in the Administrative Contentious Court.

Keywords: *Traffic tickets, contraventions, administrative acts.*

DESARROLLO

Existen muchas “multas de tránsito” que han sido tipificadas por ordenanzas municipales como por ejemplo el pico y placa, hoy no circula, restricción de circulación u otros nombres que han ido variando, las grandes interrogantes que surgen: ¿son contravenciones de tránsito o actos administrativos?, ¿cuáles son los medios y tiempos que se tiene para impugnarlos? ¿Qué deben contener las boletas de citación? Para dar una contestación a esta pregunta haré un enfoque considerando varios elementos de análisis.

CONTRAVENCIONES DE TRÁNSITO

El artículo 19 del Código Orgánico Integral Penal cla-

sifica a las infracciones en delitos y contravenciones. Entre contravenciones penales tenemos las de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, hurto, abigeato, contra el derecho al trabajo, maltrato y muerte de mascotas o animales de compañía, contra la tutela judicial efectiva, contra la eficiencia de la administración pública, de actos ilegales tendientes al alza de precios de productos sujetos a precio oficial, contra la seguridad pública, de tránsito, en escenarios deportivos y de concurrencia masiva. El artículo 371 del Código Orgánico Integral Penal define a las infracciones de tránsito las acciones u omisiones culposas producidas en el ámbito del transporte y seguridad vial. Las contravenciones de tránsito están estipuladas en el COIP en su Capítulo Octavo, Infracciones de Tránsito sección tercera.

Magister en Derecho Procesal Mención Derecho Penal por la Universidad Tecnológica Indoamérica.

Doctor en Jurisprudencia y Licenciado en Ciencias Públicas y Sociales por la Universidad Central del Ecuador.

Experiencia

- Juez Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Consejo de la Judicatura (1 de julio del 2015 a la actualidad).
- Departamento de Auditoría Tributaria Regional Norte Servicio de Rentas Internas (2007 al 2015).
- Supervisor asesoría jurídica (Tributario, Civil, Penal, Constitucional, etc)



Carlos Alberto Vela Navas

Al respecto, Guillermo Cabanellas en su libro “Diccionario de derecho Usual” define a contravenciones como: *“Falta que se comete al no cumplir lo ordenado. Transgresión de la ley cuando se obra contra ella o en fraude de la misma. Siempre que se quebranta lo mandado, existe contravención, unas veces sancionado, y otras no, según su naturaleza y disposiciones de la ley convenida y de las normas penales en general...”*, es decir las contravenciones son todo acto que contravenga lo tipificado, es decir que se actúe en contraposición a lo estipulado en la normativa.



Las formas de impugnación de las contravenciones de tránsito: el artículo 644 dispone que se pondrán impugnar las boletas de tránsito dentro del término de tres días contados a partir de la citación.

Las “multas de tránsito” creadas por ordenanzas municipales al no estar tipificadas de conformidad con el artículo 17 del COIP no pueden ser consideradas contravenciones de tránsito.

ACTO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada por la administración pública que produce efectos jurídicos individuales o generales cuyos elementos son la competencia, objeto, voluntad y forma; así lo define tanto el Dr. Patricio Secaira en su libro “Curso Breve de Derecho Administrativo”, Editorial Universitaria, 2004, página 179, Roberto Dromi, en su libro “Derecho Administrativo”, editorial Ciudad Argentina, página 360 así como también el Código Orgánico Administrativo en su artículo 98.

Cuando existen controversias entre particulares y el Estado o entre las instituciones públicas, en las contravenciones en las que el Estado o las instituciones públicas, los actos administrativos tienen varias formas de impugnación administrativa-mente las estipulan en el COA en su artículo 219 que es el de apelación y extraordinario de revisión; y, en etapa judicial lo estipulado desde el artículo 299 del Código Orgánico General de Procesos y lo podrán hacer en el término de 90 días, tres años o cinco años dependiendo del caso.

Los elementos de un acto administrativo son: *“La existencia del acto administrativo depende del cumplimiento de ciertos elementos esenciales: competencia, objeto, voluntad y forma...”* (Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, editorial Ciudad Argentina, página 360).

Estas multas al ser la voluntad efectuada por la administración pública (Los Municipios a través de sus Direcciones competentes), que

producen efectos jurídicos individuales (la multa al infractor) y al ser tipificadas mediante ordenanzas constituyen actos administrativos, por lo que deben tener los siguientes elementos: a) el sujeto, b) la voluntad, c) el objeto, d) el motivo, e) el fin, f) la forma y g) el mérito. Así como para que sean válidos los requisitos para su validez es competencia, objeto, voluntad, procedimiento y motivación.

COMPETENCIA

La competencia de los órganos y autoridades públicas consiste en una serie de facultades y obligaciones jurídicas que la legislación atribuye a los órganos de la Administración para que hagan o se abstengan de hacer. La competencia, así determinada por la Ley, fija las circunstancias en las que el órgano tiene la obligación de actuar o abstenerse en cierta materia o área de la Administración. Así como determina el grado de actuación y la superficie territorial en la que habrá de circunscribirse la actuación del órgano. la competencia se mide: a) en razón de la materia que se le atribuye a cada órgano y, dentro de ella, según los diversos grados; b) en razón del territorio dentro del cual puede el órgano ejercer legítimamente dicha

competencia; y, c) en razón del tiempo durante o dentro del cual puede ejercerla válidamente.

MOTIVACIÓN DE LOS ACTOS

De otro lado, y en relación a la motivación de los actos administrativos la Constitución de la República del Ecuador manifiesta en su artículo 76 numeral 7 literal l) lo siguiente: *“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administra-*

tivos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

“... que la exigencia de la motivación contempla principalmente tres esferas: la primera, de una manera directa con el Estado Constitucional de derechos y justicia social (artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador) y con la concepción de legitimidad de la administración de Justicia apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para esta la Constitución y Ley, esto es la seguridad jurídica (artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador). En la segunda, la motivación constituye una garantía dirigida a lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección de los hechos y la justicia de la decisión, en tal sentido debe encontrarse plasmado en la sentencia el esfuer-

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso...”

zo del juzgador para lograr una aplicación del Derecho libre de arbitrariedad. La tercera esfera se conceptualiza en que la motivación es necesaria en el sentido de que si la sentencia no se encuentra debidamente motivada privaría a la parte afectada del ejercicio efectivo de los recursos judiciales puesto que únicamente en base a la motivación se puede realizar un control sobre la correcta aplicación del Derecho en la sentencia por parte del Tribunal A quo (...). (Resolución No. 0326-2014 / Juicio No. 0120-2011).

La Constitución de la República y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa restringirían a los casos de nulidad absoluta a la falta de motivación, la incompetencia del ente que lo emite, y la inobservancia de las formalidades (procedimiento) para la emisión del acto, siempre que su influencia sea determinante en la resolución.

“La falta de motivación es un defecto de los actos del poder público cuando se adoptan sin justificación suficiente. Y esta falta de justificación es externa cuando “la premisa normativa o la premisa fáctica del juicio jurídico aparecen construidas por el operador jurídico sin argumentación suficiente”; y, es interna cuando no “se sigue ló-



gicamente de las premisas que se aducen como fundamentación”.

(Recurso de Casación 204-2010 / Resolución No. 378-2013 Corte Nacional de Justicia.- Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo). Roberto Dromi en su obra antes mencionada manifiesta

sobre la motivación: “La motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto. Está contenida dentro de lo que usualmente se denominan considerandos. La constituyen, por tanto, los “presupuestos” o “razones” del acto. Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que

la Administración sostiene la legalidad y oportunidad de su decisión". "La motivación del acto, es decir, la razón de hecho y derecho que dan origen a su emisión, aclaran y facilitan la recta interpretación de su sentido y alcance, por constituir un elemento esencial del mismo.

(CNCiv. Sala F, 25/8/81, "Perón, Juan D., suc.", 1982-

IV-204). La motivación abarca tres esferas: primera: la seguridad jurídica; segunda: aplicación del derecho libre de arbitrariedad; tercera: correcta aplicación del derecho. Motivo por el cual si las boletas de citación por multas de tránsito estipuladas mediante ordenanzas municipales si no cuentan con los requisitos antes transcritos pierden su validez y serían nulos.

CONCLUSIÓN

Motivo por el cual las boletas de citación por multas de tránsito estipuladas mediante ordenanzas municipales al constituirse un acto administrativo deben ser impugnadas ya sea administrativamente mediante los recursos de apelación y extraordinario de revisión, como judicialmente en el Tribunal Contencioso Administrativo

BIBLIOGRAFÍA

- Dr. Patricio Secaira en su libro "Curso Breve de Derecho Administrativo", Editorial Universitaria, 2004.
- Guillermo Cabanellas en su libro "Diccionario de derecho Usual" Madrid. 1963. Ediciones Santillana. Sello anterior poseedor. Etiqueta en lomera.
- Roberto Dromi, "Derecho Administrativo", editorial Ciudad Argentina, Hispania Libros.

NORMATIVA:

- Constitución de la República del Ecuador.
- Código Orgánico Integral Penal.
- Código Orgánico Administrativo.
- Código Orgánico General de Procesos.
- Ley de Jurisdicción Contenciosa Administrativa.
- Resoluciones de la Corte Nacional.

JURISPRUDENCIA



Un comerciante que ofrece, en sitios de Internet como Amazon, un bien que no ha producido él mismo debe informar al consumidor sobre la garantía del productor si utiliza esta como un elemento central o decisivo de su oferta.

La sociedad absolut -bikes and more- GmbH & Co. KG (en lo sucesivo, «absolut») ofrecía a la venta, en la plataforma de comercio electrónico Amazon, el producto de un fabricante suizo. La página web Amazon que presentaba dicha oferta no contenía ninguna información sobre garantía alguna que ofreciera la empresa absolut o un tercero, sino que incluía, en una rúbrica titulada «Información técnica adicional», un enlace a través del cual el usuario podía acceder a una ficha de información confeccionada por el productor.

Al entender que absolut no proporcionaba información suficiente sobre la garantía ofrecida por el productor, una sociedad competidora ejercitó, basándose en la normativa alemana relativa a la competencia desleal, una acción dirigida a que la

empresa absolut cesara de realizar tales ofertas. Habiendo llegado el asunto al Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania), este último albergó dudas acerca de si, en virtud de la Directiva sobre los derechos de los consumidores¹ un

1. Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2011, L 304, p. 64; en lo sucesivo, «Directiva sobre los derechos de los consumidores»).

comerciante que se encuentre en la situación de absoluto está obligado a informar al consumidor sobre la existencia de la garantía comercial propuesta por el productor. Dicho órgano jurisdiccional se pregunta sobre el alcance de tal obligación y sobre las condiciones en las que esta surge.

En su sentencia, el Tribunal de Justicia declara que, con arreglo a la Directiva sobre los derechos de los consumidores, **todo comerciante está obligado a facilitar al consumidor información precontractual sobre la garantía comercial del productor cuando el consumidor tenga un interés legítimo en obtener dicha información** para tomar la decisión de vincularse contractualmente con el comerciante. El Tribunal de Justicia considera también que esta información debe ser exhaustiva en cuanto se refiere a las condiciones de aplicación y ejecución de la expresada garantía, de modo

que se permita al consumidor tomar tal decisión.

Apreciación del Tribunal de Justicia

En primer lugar, por lo que respecta a la cuestión de si el comerciante está obligado a informar al consumidor sobre la existencia de una garantía comercial del productor,² el Tribunal de Justicia precisa que, cuando el objeto del contrato se refiera a un bien fabricado por una persona distinta del comerciante, dicha obligación debe abarcar toda información esencial relativa a ese bien para que el consumidor pueda decidir si desea vincularse contractualmente con el comerciante. Según el Tribunal de Justicia, dicha información engloba las principales características del bien,³ así como, en principio, todas las garantías intrínsecamente vinculadas a este, incluida la garantía comercial propuesta por el productor. No obstante, el Tribunal de Justicia señala que, si bien la comuni-

cación de información sobre la garantía comercial del productor garantiza al consumidor un nivel elevado de protección, **una obligación incondicional de facilitar tal información en cualquier circunstancia parece desproporcionada**. En efecto, ello obligaría a los comerciantes a realizar un trabajo considerable de recopilación y actualización de datos concernientes a tal garantía, pese a no tener necesariamente una relación contractual directa con los productores y a que la cuestión de la garantía comercial de los productores no es materia, en principio, del contrato que pretenden celebrar con el consumidor.

Por lo tanto, el Tribunal de Justicia considera, en la apreciación del equilibrio entre un elevado nivel de protección de los consumidores y la competitividad de las empresas, que **el comerciante solo está obligado a facilitar al consumidor información precontractual sobre la garantía comercial del productor si el consumidor tiene un interés legítimo en obtener dicha información**

2. Artículo 6, apartado 1, letra m), de la Directiva sobre los derechos de los consumidores. Con arreglo a esta disposición, antes de que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento o cualquier oferta correspondiente, el comerciante le facilitará, de forma clara y comprensible, la información relativa a la existencia de asistencia posventa al consumidor, un servicio posventa y garantías comerciales, así como sus condiciones.
3. Esta obligación está prevista en el artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva sobre los derechos de los consumidores.

para tomar la decisión de vincularse contractualmente con el comerciante. Por consiguiente, esta obligación del comerciante surge, no por el mero hecho de la existencia de dicha garantía, sino por la presencia de tal interés legítimo del consumidor. A este respecto, el Tribunal de Justicia indica que **este interés queda acreditado cuando el comerciante utiliza la garantía comercial del productor como un elemento central o**

decisivo de su oferta, en particular cuando la utiliza como argumento de venta para mejorar de este modo la competitividad y el atractivo de su oferta frente a las ofertas de sus competidores.

El Tribunal de Justicia añade que, para determinar si la garantía comercial del productor constituye un elemento central o decisivo de la oferta del comerciante, es preciso tener en

cuenta el contenido y la configuración general de la oferta en relación con el bien en cuestión, la importancia, en tanto que argumento de venta o argumento publicitario, de la mención de la garantía comercial del productor, el lugar que ocupa dicha mención en la oferta, el riesgo de error o de confusión que dicha mención pueda inducir en el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz con



respecto a los distintos derechos de garantía que pueda ejercer o a la identidad real del garante, la presencia o no en la oferta de explicaciones relativas a otras garantías vinculadas a los bienes y cualquier otro factor que pueda determinar una necesidad objetiva de protección del consumidor.

En segundo lugar, por lo que respecta a la cuestión de qué información debe proporcionarse al consumidor en materia «condiciones» de la garantía comercial del productor,⁴ El Tribunal de Justicia considera que el comerciante está obligado a

facilitar al consumidor, al objeto de responder al interés legítimo de este último en obtener información sobre la garantía comercial del productor para poder tomar su decisión de vincularse contractualmente con el comerciante, toda la información relativa a las condiciones de aplicación y ejecución de la garantía comercial de que se trate. Además de la duración y el alcance territorial de la garantía, menciona-

dos expresamente en el artículo 6, apartado 2, segundo guion, de la Directiva sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo,⁵ esa información puede indicar no solo el lugar de reparación en caso de daños o las eventuales restricciones de garantía, sino también, en función de las circunstancias, el nombre y la dirección del garante®

Respecto a los distintos derechos de garantía que pueda ejercer o a la identidad real del garante, la presencia o no en la oferta de explicaciones relativas a otras garantías vinculadas a los bienes y cualquier otro factor que pueda determinar una necesidad objetiva de protección del consumidor.

4. Este concepto figura en el artículo 6, apartado 1, letra m), de la Directiva sobre los derechos de los consumidores.
5. Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (DO 1999, L 171, p. 12).

NOTA: La remisión prejudicial permite que los tribunales de los Estados miembros, en el contexto de un litigio del que estén conociendo, interroguen al Tribunal de Justicia acerca de la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de un acto de la Unión. El Tribunal de Justicia no resuelve el litigio nacional, y es el tribunal nacional quien debe resolver el litigio de conformidad con la decisión del Tribunal de Justicia. Dicha decisión vincula igualmente a los demás tribunales nacionales que conozcan de un problema similar.



TENSIONES POR APERTURA COMERCIAL

Prófitas

Ecuator se había alejado de los procesos de integración comercial con sus principales socios comerciales, durante la administración del ex presidente Correa, firmando a regañadientes un acuerdo con la Unión Europea, pero descartando acuerdos con Estados Unidos y otros países. La administración de Moreno inició con la negociación de algunos acuerdos. Sin embargo, tras la llegada de Lasso a la Presidencia aseguró que existiría un avance significativo en esta materia y estableció una hoja de ruta para negociar 10 acuerdos comerciales en los próximos cuatro años, incluyendo uno que está próximo a ser firmado con México para el ingreso de Ecuador a la Alianza del Pacífico.

Existe amplia evidencia sobre los beneficios que genera la apertura comercial, al asegurar para los consumidores acceso a productos de mejor calidad a precios competitivos, a los exportadores oportunidades de negocios en nuevos mercados, e incluso para el funcionamiento de los mercados locales ante una mayor competencia. Sin embargo, es claro que estos instrumentos generan ganadores y perdedores, dado que unos actores están mejor posicionados para competir que otros. Por lo cuál en las negociaciones se establecen

líneas rojas y se asegura mayor protección a esos productos vulnerables.

Sin embargo, recientes declaraciones del Presidente de la República generaron preocupación en sectores productivos nacionales. En una visita a Uruguay, Lasso declaró *“las economías de Uruguay y Ecuador son complementarias. Lo que produce Ecuador no lo produce Uruguay y viceversa. Por lo tanto, podemos exportar banano y podemos también comprar productos lácteos y carnes”*. Aunque Ecuador no es un importante exportador de productos cárnicos y de lácteos, casi todo su consumo nacional proviene de producción local, la misma que históricamente ha estado protegida frente a la competencia internacional y podría verse seriamente afectada si tuviera que competir con un importante actor como Uruguay. En las negociaciones con México también ha existido preocupación en sectores como el metalmecánico ante la posibilidad de que un actor muy competitivo como el país norteamericano, desplace a productores nacionales con la consiguiente pérdida de empleos y producción nacional.

Estos hechos muestran los retos que enfrentará el gobierno para avanzar su agenda comercial, si no logra obtener concesiones en los procesos de negociación que asegu-

ren cierta protección a productores locales, pudiendo constituirse en otro factor de conflicto y movilización de sectores que pueden sentirse perjudicados. También puede ser otro espacio de confrontación con el legisla-

tivo, institución que debe ratificar los acuerdos comerciales que negocie el gobierno. Como en otras áreas, la administración de Lasso no ha logrado construir una narrativa a favor de la apertura comercial y sumar aliados a su causa.



PROFITAS

Es la firma de consultoría líder en el análisis y la gestión del riesgo político en Ecuador. Nuestra misión es ayudar a inversionistas y empresas privadas, locales e internacionales, a capturar las oportunidades y limitar los riesgos que el entorno político produce en los mercados. Somos un grupo de profesionales que combinan los negocios y las ciencias sociales para ofrecer una visión estratégica, objetiva y no-partidista, sobre el impacto de la política en la economía y los negocios.

Para mayor información:
www.profitas.com
info@profitas.com

La educación vial propia de los conductores y las medidas correctivas asumidas por el Gobierno son ámbitos que se aspiraba vayan de la mano, a fin de generar una cultura vial enfocada en mejorar la seguridad de tránsito, la convivencia de los conductores entre sí y entre los demás usuarios de las vías, y que para lograrlo se hizo mucho énfasis en la potestad sancionadora propia del Derecho Penal, abandonando la posibilidad de utilizar una concepción formadora y correctiva.

Con la llegada del boom tecnológico, el control de tránsito se ha visto muy beneficiado, pues se ha suprimido el factor humano, automatizando muchas de las respuestas que brindaban los agentes de tránsito, buscando de esta manera reducir los índices de los siniestros de tránsito y la mortalidad que provocan los mismos. Siendo esta visión distinta al buscado, puesto que las autoridades han obtenido un sinfín de resultados, y muchos se han visto opacados por objetivos corruptos como lo son la recaudación y la sanción, descuidando el fin último que era la prevención.

Con la reforma al Código Orgánico Integral Penal que se plantea, lo que se busca es equiparar la magnitud de la sanción con la gravedad del acto, pues siendo objetivos, las multas en muchos de los casos son desmesuradas, dado que se plantea varias sanciones para la misma infracción, tales como: reducción de puntos en la licencia de conducir, multa económica que puede llegar a ser excesiva e inclusive existen casos que se incluye reclusión por algunos días.

Analizado estos puntos, en la reforma se destaca la proporcionalidad. En el Derecho Penal la proporcionalidad es un principio que busca equilibrar las sanciones con la infracción cometida, pero en nuestro país parece ser que se ha obviado este principio. La imposición de tres sanciones, por el cometimiento de una contravención de tránsito parece a simple vista ser excesiva, no solo por la cantidad de penalizaciones, sino que estas causan daños mayores al individuo sancionado en proporción con los derechos que este ha violentado, sin corrección alguna que evite el cometimiento nuevamente de la infracción.

Si bien es cierto que en el país existe uno de los sueldos básicos mejor considerados de Latinoamérica, no es menos cierto que las multas económicas en muchos de los



casos puede abarcar prácticamente la totalidad de este, por lo que se hace menester una equiparación con otras legislaciones del continente, a fin de mantener esta proporcionalidad tan mencionada en el Derecho Penal, no solo en el tema económico, sino en el conjunto de sanciones que la normativa da por la misma infracción.

Finalmente, la reforma busca enfatizar puntos que de a poco se dan a conocer, y que han logrado hacer tanto eco como el tema del control de tránsito, tales como la precaria educación vial y el interés económico que va detrás de cada sanción, desechando el punto correctivo que debe tener la normativa, y dejando de lado el enfoque humanista que debe resaltar la ley, la prevención.

FUENTE:

[http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/1b641c34-d32a-4815-a02a-b8ca61127497/pp-coip-418073-troya\(1\).pdf](http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/1b641c34-d32a-4815-a02a-b8ca61127497/pp-coip-418073-troya(1).pdf)





DESTACAMOS

Por: Raiza Añasco
Departamento de Investigación y Contenido

1

Ley Reformativa a la Ley de la Seguridad Social para promover la total transparencia de la gestión de los recursos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social y de todas las entidades de su propiedad.

**Ley s/n
(R.O. 36-2S, 5-IV-2022)**

La reforma consiste en agregar el Art. 1.1 dentro de la Ley de Seguridad Social referente a la presentación de estados financieros los primeros treinta (30) días de cada ejercicio fiscal.

2

Reglamento de las facilidades de pago para el sector turístico, en aplicación de la Ley Orgánica para el desarrollo económico y sostenibilidad fiscal tras la pandemia COVID-19.

**Resolución No. C.D. 645
(R.O. 42, 13-IV-2022)**

Se reglamenta las facilidades para los contribuyentes que cumplan con ciertos requisitos dentro del sector turístico como se determina en la Ley Orgánica para el desarrollo económico y sostenibilidad fiscal tras la pandemia COVID-19.

3

Refórmese el Reglamento a la Ley Orgánica para el desarrollo económico y sostenibilidad fiscal tras la pandemia COVID-19.

**Decreto Ejecutivo No. 384
(R.O. 43-2S, 14-IV-2022)**

Se sustituye el primer inciso del Art. 16 y la Disposición General Novena del Reglamento a la Ley Orgánica para el desarrollo económico y sostenibilidad fiscal tras la pandemia COVID-19.



ABRIL 2022

4

Reglamento de aplicación del Art. 62, numeral 5, y Arts. 254, 275 y 276 del Código Orgánico Monetario y Financiero.

**Decreto Ejecutivo No. 395
(R.O. 46-2S, 20-IV-2022)**

Se reglamenta las actividades no autorizadas por parte de la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

5

Modifíquese la denominación del “Ministerio de Energía y Recursos Naturales no Renovables.”

**Decreto Ejecutivo No. 400
(R.O. 46-2S, 20-IV-2022)**

Se cambia la denominación del Ministerio por la de “Ministerio de Energía y Minas”.

6

Ley Orgánica que regula la interrupción voluntaria del embarazo para niñas, adolescentes y mujeres en caso de violación.

**Ley s/n
(R.O. 53-2S, 29-IV-2022)**

Se determina el marco regulatorio apropiado que regule el aborto consentido en caso de violación, en sujeción a la dignidad humana y al pleno ejercicio de los derechos, sin menoscabar la protección constitucional a la vida desde la concepción.

Son momentos en los que las formas de trabajo han cambiado

TRASLADÉ SU ESTUDIO JURÍDICO A SU HOGAR

CON

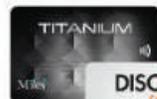
OMINIUM
CASOS +plus

Gestione
sus casos y supervise el rendimiento de sus colaboradores desde casa

**OBTENGA
2 MESES
DE GRACIA**

con su tarjeta preferida

 **Diners Club
INTERNATIONAL**



CONTACTOS

Quito: 097 878 4026 / 098 338 2870
Guayaquil: 095 887 1610

edicioneslegales@corpmyl.com

Síguenos en:

