



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO: SU
PROYECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ECUATORIANO**

Autor:

Mateo José Coellar Ríos

Director:

Dr. Jorge Enrique Morales Álvarez

Cuenca – Ecuador

2021

DEDICATORIA

Este trabajo lo dedico a mi abuelo Lautaro, porque él siempre fue un ejemplo de abogado, estudioso del derecho y de la literatura, y porque de él aprendí que capacidad y honradez siempre van de la mano, que el trabajo es su mejor carta de presentación.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por el logro de terminar mi carrera universitaria y por haber puesto en mi camino a una persona especial que me hace mejor día a día.

Agradezco a mis padres y a mis hermanos por su amor, apoyo y confianza, por estar siempre para mí y creer en mí y en todo lo que hago.

Agradezco a los amigos que he encontrado en la Universidad y que me han impulsado a ser mejor.

RESUMEN:

En el presente trabajo se busca explicar la importancia del instituto jurídico del abuso del derecho en el Ecuador. Para el efecto se observó, en el primer capítulo, las actas históricas de las sesiones de la Asamblea Nacional en las cuales se discutió sobre la introducción de la figura en cuestión en el Código Civil por medio de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, lo cual ha servido también para identificar la intención del legislador al respecto. En el segundo capítulo se ha querido dar una idea detallada de lo que significa el principio de la prohibición del abuso del derecho, para lo cual se ha recurrido fundamentalmente a la doctrina. En el tercer capítulo se ha mostrado ejemplos concretos de cómo se materializa el abuso del derecho en normas de derecho, tanto de orden público, cuanto de orden privado. Por último, en el cuarto capítulo se ha realizado una aproximación al abuso del derecho en el proceso, para lo cual sus principios y objetivos han sido observados. Complementa este capítulo una serie de entrevistas a jueces de la ciudad de Cuenca para conocer sus perspectivas sobre la figura del abuso del derecho y su determinación en la práctica judicial.

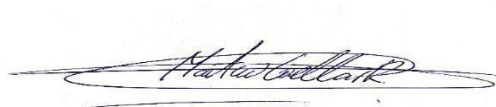
Palabras clave: abuso del derecho – apariencia de licitud – intención del legislador – principios generales del derecho – sistema.

ABSTRACT:

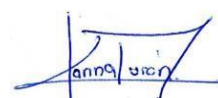
The purpose of this research was to explain the importance of the legal institute called abuse of law in Ecuador. To do this, in the first chapter, the official minutes of the sessions of the National Assembly were examined. These sessions included discussions about the introduction of the legal institute in the Ecuadorian legislation, which helped to identify the legislator's intention in this regard. In the second chapter an attempt was made to give a detailed idea about the institute of abuse of law and, for this, the doctrine was analyzed. In the third chapter, examples have been shown of how this legal institute is embodied in public and private rules. In the fourth chapter, an approach was made to the judicial process and, for this, the principles and objectives that support it were observed. Three judges from the city of Cuenca were interviewed so that their perspectives and opinions on the legal institute under analysis and its determination in judicial practice can be known.

Keywords: abuse of law – appearance of legality – general principles of law – intention of the legislator – system.

Translated by



Mateo José Coellar Ríos



ÍNDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
RESUMEN:	IV
ABSTRACT:	IV
Introducción.....	- 1 -
CAPÍTULO 1	- 2 -
1. UBICACIÓN Y FINALIDAD DE LA NORMA.	- 2 -
1.1 Título preliminar del Código Civil y su relación con el ordenamiento jurídico en general. -	2 -
1.2. Interpretación histórica del Art. Innumerado que se agrega al Art. 36 del Código Civil ("abuso del derecho"): el debate de la Asamblea Nacional.....	- 14 -
CAPÍTULO 2	- 28 -
2. ORIGEN DE LA FIGURA Y APROXIMACIÓN A SU CONTENIDO.	- 28 -
2.1 El principio general de la buena fe.	- 28 -
2.2. El abuso del derecho y su relación con la buena fe.....	- 35 -
CAPÍTULO 3	- 48 -
3. FORMAS EN QUE SE MANIFIESTA ESTE INSTITUTO JURÍDICO	- 48 -
3.1. El abuso del derecho en el Código Civil.....	- 48 -
3.2. El abuso del derecho en la Contratación Pública.....	- 58 -
3.3. El abuso del derecho en el ámbito societario.	- 64 -
3.4. El abuso del derecho en el COOTAD.....	- 72 -
3.5. El abuso del derecho en la Jurisprudencia Ecuatoriana.	- 77 -
CAPÍTULO 4	- 85 -
4. ESTUDIO DEL INSTITUTO JURÍDICO EN EL ÁMBITO PROCESAL	- 85 -
4.1. El abuso del derecho en el proceso judicial.....	- 85 -
4.1.1. Relación con los principios que rigen el proceso.	- 91 -
4.2. El rol del juez en relación al abuso del derecho en el ámbito procesal.....	- 95 -
4.3. El error inexcusable como instrumento del ejercicio abusivo del derecho (Sentencia de la Corte Constitucional No. 3-19-CN/20).....	- 101 -
4.4. Entrevistas a tres jueces de la Función Judicial con sede en el cantón Cuenca.	- 103 -
4.4.1. Entrevista No. 1 a jueza de la Función Judicial de Cuenca.	- 104 -
4.4.2. Entrevista No. 2 a jueza de la Función Judicial de Cuenca.	- 104 -
4.4.3. Entrevista No. 3 a juez de la Función Judicial de Cuenca.	- 106 -
Conclusiones.....	- 108 -
BIBLIOGRAFÍA	- 110 -

Introducción

La convivencia de las personas en sociedad es un asunto complejo, fundamentalmente por el hecho de que se cree que los derechos que se tiene se los puede ejercer de forma absoluta y es por ello que cuando se ocasionan daños o problemas como consecuencia de ese ejercicio de derechos, las excusas más frecuente suelen ser ‘lo hice porque tengo derecho a hacer tal cosa’ o ‘no he hecho nada que la ley prohíba’. Esos argumentos esgrimidos por un agente causante de daño no son o no suelen ser, *prima facie*, incorrectos, pues se parte de una perspectiva que mira la forma del derecho, la apariencia, y no se centra en el fondo, en la esencia de lo que el derecho transmite. Una mirada más profunda del mismo hecho sugerirá que una persona puede ejercer cualquier derecho dentro de un marco que tenga como límite a los derechos de los demás y que no se puede causar daño so pretexto de su ejercicio.

Es en ese contexto que se origina la figura jurídica del ejercicio abusivo de derechos subjetivos, comúnmente llamada ‘abuso del derecho’, que surge precisamente como respuesta a esa perspectiva formalista del derecho y que busca orientar el ejercicio de los derechos subjetivos de las personas hacia los fines que la norma que los otorga busca garantizar. Así, en esta parte introductoria corresponde dejar claro que el instituto jurídico que se analizará en este trabajo hace referencia a los derechos subjetivos, definidos por Von Jhering (como se citó en Barros Bourie, 2015) como “el poder jurídico que el derecho reconoce a la persona con el fin de que disfrute de un bien o satisfaga sus propios intereses”.

A partir de la definición de derechos subjetivos constante en el párrafo precedente, se puede observar que esa creencia relatada en el primer párrafo respecto de que los derechos pueden ser ejercidos de forma absoluta no es cierta. Al convivir en sociedad, no existe derecho subjetivo que se pueda ejercer sin ningún límite porque aquello llevaría al caos y colapso de la sociedad y se causaría daños por doquier bajo la bandera de ‘tengo derecho a esto’. Para que situaciones como esa no se verifiquen, es necesario contar con un mecanismo jurídico, como el principio de la prohibición del abuso del derecho, que encause el ejercicio de los derechos subjetivos de sus titulares hacia los fines previstos y no hacia otros no protegibles por el ordenamiento jurídico. Hacia allá apunta el presente trabajo y se lo desarrolla en las líneas que siguen.

CAPÍTULO 1

1. UBICACIÓN Y FINALIDAD DE LA NORMA.

1.1 Título preliminar del Código Civil y su relación con el ordenamiento jurídico en general.

El derecho civil es considerado como la base del derecho en general. De él, por ejemplo, surgieron algunas de las primeras nociones del derecho administrativo, cuando se trataba de encontrar una teoría que diera forma a la responsabilidad del Estado en la prestación de servicios públicos y se lo asemejaba como un particular, sujeto a las normas del derecho privado. Asimismo, el derecho internacional privado tiene una notable conexión con el derecho civil, pues los denominados ‘factores de conexión’ –tomados, en su mayoría, de la norma civil- son elementos que permiten la puesta en marcha de esta rama transnacional del derecho. En definitiva, el derecho civil es la semilla de la cual han nacido muchas de las instituciones jurídicas y normas constantes en nuestro ordenamiento jurídico.

En ese sentido, el legislador ecuatoriano entendió, al igual que sus pares chilenos y argentinos, que era necesario -previo a desarrollar la normativa referente a la situación de la persona humana, de sus bienes, de las obligaciones que pueda contraer, etc.- introducir una sección preliminar en el Código Civil que sentase las bases generales del derecho como, por ejemplo, qué debe entenderse por ley, cuándo aquella entra en vigencia, la fuerza de la costumbre, la territorialidad o no de la ley, las reglas a seguir en caso de conflicto de leyes, las clases de culpa por las que deben responder los contratantes, qué sucede cuando situaciones provocadas por la naturaleza o por el hombre impiden el cumplimiento de obligaciones, las formas de derogación de las leyes y muchos otros aspectos que podría pensarse, *a priori*, que no es necesario que consten en un código que regula principalmente las relaciones entre sujetos particulares. En ese contexto, en concordancia con lo manifestado en líneas anteriores, consideramos que el legislador entendió el rol histórico del derecho civil en el desarrollo de la legislación nacional y lo plasmó en esta sección introductoria del Código Civil denominada ‘Título Preliminar’.

El Título Preliminar del Código Civil cuenta actualmente con 40 artículos. A continuación, se propondrá algunos ejemplos que demuestran la relación que tienen algunos de ellos con distintas ramas del derecho en la legislación ecuatoriana. Vale decir en este punto que esta relación que se propone tiene como punto de partida, en cuanto a

la forma en que se la realiza, a la obra denominada “Epítome del Título Preliminar del Código Civil y sus principales relaciones con la legislación ecuatoriana” del ilustre maestro universitario, Dr. Hernán Coello García, sin que se trate, evidentemente, de una transcripción de sus palabras.

El Art. 1 del Título Preliminar del Código Civil establece la definición de la ley, en los siguientes términos: “La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. Son leyes las generalmente obligatorias de interés común” (Asamblea Nacional, 2019). Si alguien quisiese encontrar otra definición de lo que es la ley en cualquier otra norma de la legislación ecuatoriana no la encontrará, razón por la cual debemos concluir que dicha significación es absoluta, única y, evidentemente, aplicable a toda ley, sea esta de tipo laboral, administrativa, penal o cualquiera que fuere.

El Art. 2 del Título Preliminar del referido cuerpo legal dice: “La costumbre no constituye derecho sino en los casos en los que la ley se remite a ella” (Asamblea Nacional, 2019). Esta es una norma que, a diferencia de la del Art. 1, no tiene un alcance absoluto, sino, por el contrario, es relativo. Y es relativo porque precisamente deja abierta la puerta a que otras leyes, específicas, sí consideren a la costumbre como una fuente directa de derecho y no, como sucede en este caso, como una fuente supletoria. Ejemplos puntuales de aquello son las normas contenidas en el Art. 6 del Código de Comercio y en el Art. 8 del Código de Trabajo. El primero de ellos establece lo siguiente:

Código de Comercio, Art. 6: la costumbre mercantil suple el silencio de la ley siempre que los hechos que la constituyan sean uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República del Ecuador, o en una determinada localidad y sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en operaciones del mismo tipo en el tráfico mercantil del que se trate por el plazo mínimo de 5 años (Asamblea Nacional, 2020).

Este artículo referente a la legislación comercial ecuatoriana se sitúa precisamente en una de las posibilidades que propone el contenido de la norma civil, en el sentido de que, la ley –en este caso la comercial- se remite a ella como una fuente de derecho directa.

El segundo de los ejemplos referidos en el párrafo precedente es el contemplado en el Código de Trabajo, que reza textualmente lo siguiente:

Art. 8: Contrato individual.- Contrato individual de trabajo es el convenio en virtud del cual una persona se compromete para con otra u otras a prestar sus servicios lícitos y personales, bajo su dependencia, por una remuneración fijada por el convenio, el contrato colectivo o la costumbre (Asamblea Nacional, 2020).

En el mismo sentido del artículo transcrito anteriormente, la ley que se remite a la costumbre es la ley laboral, acogándose a esa posibilidad expresa que plantea la norma civil, ratificándose con esto el criterio de que, si se quiere, la norma referente a la costumbre constante en el Código Civil establece una regla general que admite, como todas, ciertas excepciones que, en el caso en estudio, se presentan en las normativas comercial y laboral, por citar solo un par de ejemplos.

El Art. 3 del Título Preliminar del Código Civil establece lo siguiente: “Sólo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciaren” (Asamblea Nacional, 2019). El contenido de esta disposición legal tiene mucha importancia en los tiempos en que se redacta este trabajo ya que la Asamblea Nacional Ecuatoriana introdujo, en la recientemente aprobada Ley Orgánica de Apoyo Humanitario para combatir la crisis sanitaria derivada del COVID-19, una disposición por medio de la cual se interpreta el numeral seis del Art. 169 del Código de Trabajo, referente a la fuerza mayor como causa legal para la terminación del contrato individual de trabajo. Esta actuación del órgano legislativo ecuatoriano encuentra su fundamento legal en normas superiores a la del Código Civil que hemos transcrito, como lo son el numeral seis del Art. 120 de la Constitución de la República del Ecuador, además de los Arts. 8, 9, 53, 69 y ss de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, todo lo cual deja entrever que respecto de la interpretación de las leyes, existe una articulación normativa que va desde la Carta Magna, pasando por una ley orgánica, hasta llegar a una ley ordinaria como es el Código Civil.

El Art. 6 de la referida sección introductoria del Código Civil establece textualmente lo siguiente:

Art. 6. La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces. Podrá sin embargo, en la misma ley, designarse un plazo especial para su vigencia a partir de su promulgación (...)” (Asamblea Nacional, 2019).

Al igual que lo que se dijo anteriormente del Art. 1, la regla que consta en el artículo en análisis es absoluta, dado que es aplicable para cualquier tipo de ley, entiéndase laboral, penal, mercantil o de cualquier tipo, y se arriba a dicha conclusión siguiendo uno de los más importantes aforismos del Derecho Romano, el de *ubi lex non distinguit, neque homine disntinguere incumbit* (si la ley no hace distinciones, no corresponde al hombre tal cometido). Además de aquello, es importante tener en cuenta que tanto el Art. 5 cuanto el presente guardan relación con lo dispuesto en varios pasajes de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en lo relacionado a los pasos previos a seguirse en la discusión de los proyectos de ley y su posterior promulgación y publicación en el Registro Oficial, momento a partir del cual se entiende conocida por todos.

El Art. 7 del Código Civil contiene una disposición general y una gran cantidad de reglas que regulan lo conocido como ‘irretroactividad de la ley’. A la regla que nos referiremos es la No. 20 que establece lo siguiente:

Art. 7. La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las siguientes reglas:

20. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente (Asamblea Nacional, 2019).

En teoría, la regla transcrita no debería dejar dudas respecto de la aplicación de determinadas leyes en determinadas épocas. Sin embargo, en la práctica, aquello sucede con mucha frecuencia. Para evitar aquellos inconvenientes, el legislador suele incorporar, al final de una nueva ley, una norma que se conoce como ‘disposición transitoria’ que no

hace más que aclarar la regla general que ya se encuentra prevista en la norma civil en estudio y que generalmente determina que los procesos o trámites que hubieren comenzado a tramitarse de conformidad con una ley anterior, seguirán tramitándose con aquélla, mientras que los que comiencen a tramitarse a partir del tiempo en que rija la nueva ley, evidentemente se sujetarán a esta última. Uno de los ejemplos fundamentales que se puede mencionar al respecto es la disposición transitoria primera del vigente Código Orgánico General de Procesos (COGEP) que, en su parte pertinente, establece lo siguiente: “Los procesos que se encuentren en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio” (Asamblea Nacional, 2020).

El Art. 9 de la sección introductoria del Código Civil establece lo siguiente: “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención” (Asamblea Nacional, 2019). En este punto es importante tener en cuenta que ciertos actos pueden carecer de valor debido a que no han sido celebrados en la forma que la ley manda, como en el caso de los contratos laborales que deben celebrarse por escrito, constantes en el Art. 19 del Código de Trabajo; sin embargo, un ejemplo clarísimo de un acto que prohíba la ley y que si se llega a celebrar carecerá de valor jurídico será un contrato de compraventa de sustancias sujetas a fiscalización, como estupefacientes o, por ejemplo, un contrato que se celebre para el funcionamiento de un casino, debido a que la ley prohíbe el funcionamiento de casinos en el Ecuador, con lo cual estaríamos ante supuestos de objeto ilícito.

El Art. 11 del Título Preliminar del Código Civil dice lo siguiente: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia” (Asamblea Nacional, 2019). En este punto se partirá desde la última frase del artículo en análisis que refiere sobre la prohibición legal de renuncia de derechos y, evidentemente, uno de los ejemplos que salta a la vista es el caso de los trabajadores, cuyos derechos no son renunciables, por mandato constitucional expreso, según lo dispuesto en el Art. 326, numeral dos de la Carta Magna, y aquello tiene su razón de ser en la importancia que tiene el trabajo en la sociedad ecuatoriana, pues se lo concibe como una forma de dignificación de la persona humana. Sin embargo, hay derechos que sí son renunciables por no tener esa

trascendencia en la sociedad, teniendo en cuenta que si una persona renuncia a estos derechos, no habrá una repercusión significativa en el conglomerado social, como si lo habría si se renunciase a derechos laborales. Un ejemplo de lo manifestado es lo contemplado en el Art. 1799 del Código Civil que faculta a las partes contratantes a estipular la renuncia a la acción redhibitoria, esto es, al derecho que tendría el comprador para reclamar al vendedor por vicios ocultos de la cosa objeto de la compraventa.

Quizá el Art. 13 de la parte preliminar del Código Civil sea, conjuntamente con el Art. 1, uno de los más conocidos por los ciudadanos en general en el Ecuador. La norma en cuestión establece lo siguiente: “Art. 13. La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna” (Asamblea Nacional, 2019). Esta ficción tiene trascendental importancia en el derecho por dos cuestiones fundamentales: la primera, porque efectivamente es algo irreal, no constatable, pues no hay forma de asegurarse que cada uno de los más de 17 millones de ecuatorianos conozca cada una de las leyes vigentes en el país; la segunda, porque ese supuesto imaginario de conocimiento general de la ley es la base para que aquella pueda ser cumplida por los ciudadanos, por una parte, y aplicada por las autoridades, por otra. Si bien es cierto que no existirá forma alguna de cerciorarse de que todos los ciudadanos puedan conocer determinada ley o todas las leyes, una forma de reducir el margen de dicha situación es la publicación en el Registro Oficial, al que tienen acceso todas las personas, a pesar de que, como bien anota el Dr. Coello García (1995), aquel registro sea el menos revisado por los ciudadanos. Sin embargo, aquella ficción de conocimiento de la ley es indispensable para la existencia de un Estado de Derecho, en el que toda actuación, sea particular o estatal, esté sometida a la Constitución y a la ley. Vale mencionar en este punto, como un comentario, que es necesario que todos los actores del derecho en una sociedad —entiéndase abogados, jueces, legisladores, autoridades públicas— tienen la obligación cívica de acercar el texto de la ley a los ciudadanos que no la conocen pues, de una u otra forma, aquella norma jurídica tendrá un impacto en su vida diaria y es mejor conocerla para poder cumplirla, antes que desconocerla y tener que sufrir las consecuencias de su inobservancia. Todo ello ayudará a que la sociedad ecuatoriana camine por un mismo sendero del cumplimiento de la ley, que repercutirá en una mejor sociedad.

Otra de las importantísimas reglas que se encuentran en la sección preliminar del Código Civil es la referente a la prohibición impuesta a los jueces para suspender o denegar la administración de justicia. El Art. 18 del referido cuerpo legal dice: “Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos, juzgarán atendiendo a las reglas siguientes” (...) (Asamblea Nacional, 2019). La razón de ser de esta norma es la siguiente: el derecho es un sistema complejo, coherente, que no está compuesto solamente de normas sino también de principios, de reglas, por lo que el hecho de que en una norma no esté prevista tal o cual situación no implica que el sistema denominado ‘Derecho’ no tenga una solución para la misma. El artículo en comento, a nuestro modo de ver, parte de la situación en la que se puede encontrar cualquier ciudadano que tenga un inconveniente y que tiene la seguridad, porque su raciocinio así lo impone, de que en el sistema ‘Derecho’ encontrará la solución y deposita toda su confianza en que esos conocedores del derecho denominados jueces encontrarán una solución a sus problemas y, en ese sentido, no puede concebirse que al acudir ante dichas autoridades, la respuesta sea que no hay como hacer nada, porque la ley no prevé ninguna solución. Ante eso es sumamente importante que sobre todo – aunque no únicamente- los operadores judiciales entiendan que derecho no es sinónimo de ley, que aquella es solamente una parte de este gran sistema y que su formación como conocedores del derecho –no de la ley- les permitirá, siguiendo las reglas contenidas en este Art. 18, dar una solución a los problemas que lleguen a su conocimiento. Decíamos al inicio de este párrafo que esta es una de las normas más importantes del derecho ecuatoriano y reiteramos ese criterio, concluyendo esta idea con esta frase: el derecho está llamado a solucionar problemas, a ser una luz guía en la penumbra mas no a crear caos e incertidumbre.

El Art. 22 del Título Preliminar del Código Civil establece lo siguiente:

Los grados de consanguinidad entre dos personas se cuentan por el número de generaciones. Así, el nieto está en segundo grado de consanguinidad con el abuelo; y dos primos hermanos, en cuarto grado de consanguinidad entre sí.

Cuando una de las dos personas es ascendiente de la otra, la consanguinidad es en línea recta; y cuando las dos personas proceden de un ascendiente común, y una de ellas no es ascendiente de la otra, la

consanguinidad es en línea colateral o transversal (Asamblea Nacional, 2019).

Esta distinción de los grados de consanguinidad que trae esta norma es supremamente importante, por ejemplo, para el otorgamiento de la nacionalidad ecuatoriana a personas que, sin haber nacido en el país, son descendientes de personas que sí lo son, bien sea por haber nacido estas últimas en el Ecuador o por haber obtenido la carta de naturalización, situaciones que se encuentran regladas en los Arts. 7 y 8 de la Constitución de la República del Ecuador. Así, esta norma contenida en la sección preliminar del cuerpo legal civil complementa a la contenida en la Carta Suprema y ambas resuelven un tema tan importante en la ‘vida legal’ de una persona, como es su nacionalidad.

El contenido del artículo en análisis es también importante en el ámbito administrativo-judicial debido a que el Art. 78 del Código Orgánico de la Función Judicial establece dos prohibiciones que tienen como piedra angular a la relación consanguínea: la primera, contenida en el numeral uno del referido artículo, refiere que “no podrá desempeñar cargo en la Función Judicial quien (...) sea familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de la autoridad nominadora o un miembro de ella si esta fuere colegiada” (Asamblea Nacional, 2020), mientras que el numeral dos del mismo artículo establece la misma prohibición, pero en este caso respecto de “(...) quien mantenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con otra servidora o servidor de la Función Judicial que preste sus servicios en la misma dependencia” (Asamblea Nacional, 2020). Con ello, queda demostrado que este Art. 22 contenido en el cuerpo legal de orden privado es aplicable también al derecho público, lo que da cuenta de la importancia de las normas contenidas en la sección preliminar del Código Civil para con la legislación ecuatoriana toda.

El Art. 29 del Título Preliminar del Código Civil establece lo siguiente:

La ley distingue tres especies de culpa o descuido:

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo (Asamblea Nacional, 2019).

Al ser el Código Civil un conjunto de normas íntimamente relacionado con las relaciones de los particulares, y siendo el comercio una de las actividades más importantes en la vida de aquellos, es pertinente mostrar la relación que, respecto de la culpa grave, existe entre el referido cuerpo legal y el Código de Comercio. El artículo en estudio define lo que debe entenderse por culpa grave y está ubicado en el párrafo 5to del Título Preliminar del Código Civil que tiene por título ‘Definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes’, situación que, de por sí, da luces de su importancia. Ahora bien, volviendo sobre la relación entre los dos códigos antes referidos, el Código de Comercio establece en su Art. 157 lo siguiente: “El portador de una letra de cambio no podrá ser obligado a recibir el pago antes del vencimiento. (...) El que pagare al vencimiento, quedará legítimamente exonerado, a menos que haya habido de su parte fraude o culpa grave” (Asamblea Nacional, 2020). Lo que es importante anotar en este punto es que el Código de Comercio no contiene una definición de lo que debe entenderse por ‘culpa grave’, razón por la cual necesariamente habrá que remitirse al Art. 29 del Código Civil. Otro ejemplo que demuestra la importancia de la definición contenida en el artículo en estudio lo podemos encontrar en la Ley de Compañías, pues su Art. 69 –respecto de la compañía en comandita simple- reza textualmente lo siguiente: “Será facultad de los socios, ya sean solidarios o comanditarios, solicitar al juez la remoción del o de los administradores de la compañía por dolo, culpa grave o inhabilidad en el manejo de los negocios” (Asamblea Nacional, 2020). Si se diese el caso que los socios de una compañía en comandita simple acudiesen a la administración de justicia y planteasen una acción en base a este Art. 69, el juzgador, en virtud del principio *iura novit curia*, deberá remitirse al Art. 29 del Código Civil y verificar que los hechos del caso se subsuman en esta especie de culpa, con lo cual queda evidenciada la interrelación de esta norma de la parte preliminar del cuerpo legal civil con respecto a otras diversas leyes.

Otra de las normas contenidas en el Título Preliminar del Código Civil que es trascendental en la legislación ecuatoriana es su Art. 30, que reza textualmente lo siguiente: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” (Asamblea Nacional, 2019). En los días en los que se escriben estas líneas, la fuerza mayor y caso fortuito son alocuciones que están en boca de todo el mundo, debido a la crisis sanitaria derivada del virus COVID-19. Puntualmente, un gran número de comercios se vieron obligados a cerrar sus

instalaciones por un tiempo bastante prolongado, debido a las restricciones impuestas por el Gobierno Nacional para tratar de evitar el contagio del referido virus, razón por la cual dichos negocios incurrieron en enormes pérdidas que no permitían, en muchos casos, pagar los salarios de quienes ahí laboraban, por lo que, en el campo laboral, muchos de los empleadores, asesorados por sus abogados, se acogieron a una de las formas de terminar el contrato individual de trabajo, contemplada en el Art. 169, numeral 6 que, precisamente, se refiere a “caso fortuito o fuerza mayor que imposibiliten el trabajo, como incendio, terremoto, tempestad, explosión, plagas del campo, guerra y, en general, cualquier otro acontecimiento extraordinario que los contratantes no pudieron prever o que previsto, no lo pudieron evitar” (Asamblea Nacional, 2020). Los conversatorios, seminarios y, en definitiva, discusiones que surgieron respecto de si el virus COVID-19 suponía un evento de fuerza mayor fueron amplísimos y, tan grande fue el debate al respecto, que la Asamblea Nacional Ecuatoriana, dentro de la recientemente promulgada Ley Orgánica de Apoyo Humanitario, introdujo una disposición interpretativa del referido numeral seis del Art. 169. La importancia del Art. 30 del Código Civil en este aspecto es que determina los requisitos que debe cumplir un hecho para que pueda ser considerado como caso fortuito o fuerza mayor, y aquellos requisitos son la imprevisión e irresistibilidad del hecho, razón por la cual siempre que se trate de estas dos alocuciones, el paso previo por la norma del Código Civil es obligatorio.

El Art. 31 del Título Preliminar del Código Civil establece que: “Caución significa generalmente cualquiera obligación que se contrae para la seguridad de otra obligación propia o ajena. Son especies de caución la fianza, la prenda y la hipoteca” (Asamblea Nacional, 2019). Una de las primeras ideas que puede saltar a la mente cuando uno piensa en una de las especies de caución –la hipoteca- es la de una familia que desea construir su propia casa y, para el efecto, acude a una institución bancaria y solicita un crédito, el cual es otorgado bajo la condición de firmar, previamente, un contrato de hipoteca –normado a partir del Art. 2309 del Código Civil- por el cual la referida institución crediticia es titular del derecho de solicitar al juez, en caso de incumplimiento de pago de cuotas de la parte deudora, el embargo y remate de la casa y, con el dinero resultante, cobrarse el crédito otorgado.

Otro de los ejemplos de una de las especies de caución –la fianza- se encuentra en el Art. 543 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) que establece que “La caución se

dispondrá para garantizar la presencia de la persona procesada y suspenderá los efectos de la prisión preventiva. La caución podrá consistir en dinero, póliza, fianza, prenda, hipoteca o carta de garantía otorgada por una institución financiera (...)” (Asamblea Nacional, 2020). Al respecto, vale decir que ante la existencia de una infracción penal, Fiscalía General del Estado, en ejercicio de la acción penal pública, suele iniciar el correspondiente proceso penal, y si cuenta con elementos que le permitan presumir que determinada persona es la responsable del delito, probablemente solicitará al juez la prisión preventiva para asegurar la comparecencia al proceso del procesado, ante lo cual este último puede argumentar que la medida de prisión preventiva es excesiva, que, en suma, no considera necesario permanecer detenido durante el desarrollo del proceso y ofrecer, a cambio de la prisión preventiva, esta especie de caución denominada fianza, con lo cual corresponderá al juzgador decidir si cabe o no.

El Art. 35 de la sección preliminar del Código Civil establece lo siguiente:

En los plazos que se señalaren en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República o de los tribunales o juzgados, se comprenderán aún los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues, en tal caso, no se contarán los feriados (Asamblea Nacional, 2019).

La expresión de ‘días útiles’ constante el transcrito artículo es también conocida como de ‘días hábiles’. Al respecto, el ejemplo más claro que se puede encontrar de la relación de esta definición con otras normas del derecho ecuatoriano está en el código de derecho adjetivo. Así, en el Código Orgánico General de Procesos, entre tantas de sus disposiciones que se refieren a los tiempos en que deben cumplirse determinadas actuaciones, podemos destacar la del Art. 146 que establece que “Presentada la demanda, la o el juzgador, en el término máximo de 5 días, examinará si cumple los requisitos legales generales y especiales que sean aplicables al caso (...)” (Asamblea Nacional, 2020). En este caso, como se dijo ya en líneas anteriores, el término de cinco días en que el juez debe pronunciarse respecto de la calificación de la demanda debe ser entendido como ‘días hábiles’, pues bien marcada está en el Ecuador la distinción entre días tipo ‘término’ y días tipo ‘plazo’.

Al ser la norma que contiene el tema del cual trataremos a lo largo de este trabajo, no podemos dejar de hacer una breve referencia, en este punto, al Art. 36 del Título Preliminar del Código Civil que establece lo que sigue: “Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico” (Asamblea Nacional, 2019). Al respecto, nos limitaremos a manifestar, por el momento, una consideración que ya se ha hecho anteriormente respecto de su aplicación general en el derecho ecuatoriano, atendiendo al principio *ubi lex non distinguit, neque homine distinguere incumbit* referente a que si la ley no hace distinción, no corresponde a los hombres tal cometido.

El Art. 37 de la sección preliminar del Código Civil reza textualmente lo siguiente:

La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita.

Es expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación de una ley puede ser total o parcial (Asamblea Nacional, 2019).

La disposición en análisis es una de tipo general, que encuentra su nexo fundamental, en primer lugar, con la Constitución de la República, que en su Art. 120 numeral 6 establece que una de las atribuciones de la Asamblea Nacional es la de derogar leyes; en segundo lugar, esta norma general se vincula con lo establecido en la Ley Orgánica de la Función Legislativa, puntualmente con sus Arts. 9 y 108. De esta forma, se observa cómo, respecto de la derogación de las leyes, existe una efectiva relación entre la norma jerárquicamente superior, una ley orgánica y una ley ordinaria, funcionando como el sistema que el derecho debe ser.

Al final, lo que se ha querido demostrar en esta primera parte del capítulo primero de este trabajo, con la transcripción y breves comentarios a los artículos del Título Preliminar del Código Civil, es que el derecho civil ecuatoriano –al igual que el derecho civil en muchos otros países que siguen la corriente jurídica romano-germánica-, ha sido, en el pasado, y sigue siendo, en el presente, una base desde la cual se parte para construir

otras normas, quizá más específicas, e instituciones jurídicas de suma importancia en el derecho ecuatoriano en general. En ese sentido, la inclusión de la norma referente al abuso del derecho en esta sección del Código Civil, con la trascendencia que hemos visto que tienen las disposiciones ahí constantes con la legislación ecuatoriana toda, nos da una pauta para comprender la proyección y alcance que debe tener en toda actividad relacionada con el ejercicio de derechos subjetivos, independientemente de si se trate de derechos en el ámbito laboral, mercantil, administrativo, penal o cualquiera que fuere.

1.2. Interpretación histórica del Artículo Innumerado que se agrega al Art. 36 del Código Civil (“abuso del derecho”): el debate de la Asamblea Nacional.

La Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales fue publicada en el Registro Oficial el día 26 de septiembre del año 2012, fecha en la cual, conforme lo prescribe el Art. 6 del Título Preliminar del Código Civil, entró en vigencia. Dicha ley contiene, en su Art. 7, el siguiente texto:

Art. 7. Añádase un Artículo innumerado a continuación del Art. 36 del Código Civil, que diga lo siguiente:

Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico (Asamblea Nacional, 2020).

Sin embargo, la definición de abuso del derecho no constó en el texto original del proyecto de ley. A continuación, se expondrá de modo sucinto las discusiones acerca de la definición de este instituto jurídico a lo largo del tratamiento de la referida Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales:

1. El día 02 de julio del año 2012 se recibe en las oficinas de la Asamblea Nacional el proyecto de Ley Para la Defensa de los Derechos Laborales, urgente en materia económica, propuesto por el entonces Presidente de la República, Rafael Correa.
2. El día 03 de julio del año 2012 el señor Andrés Segovia, Secretario General de la Asamblea Nacional, notifica al Asambleísta Francisco Velasco, en su calidad de Presidente de la Comisión Especializada Permanente del Régimen Económico

y Tributario y su Regulación y Control, con la calificación y petición de inicio de trámite del referido proyecto de ley.

3. En fecha 04 de julio del año 2012, se reúne la referida Comisión de la Asamblea Nacional, previa convocatoria y envío del proyecto de ley en cuestión, sesión en la cual sus miembros avocan conocimiento de la solicitud y la debaten.

4. Tras un par de sesiones de socialización con diferentes actores sociales, los miembros de la mentada Comisión Especializada de la Asamblea Nacional, en sesión de fecha 11 de julio de 2012, discuten y aprueban el Informe para primer debate del proyecto de Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales. Vale decir que en dichas sesiones se recomendó elevar a rango de ley orgánica la norma en discusión.

5. El día 20 de julio del 2012, en la sesión No. 176 del Pleno de la Asamblea Nacional, se lleva a cabo el primer debate del Proyecto de Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales. Si bien no corresponde al tema de este trabajo, consideramos que al ser este un análisis en derecho, sería irresponsable no exponer algunas de las consideraciones de los asambleístas respecto de este proyecto de ley. Sin entrar en demasiado detalle, la discusión en dicha sesión tuvo como puntos sobresalientes los siguientes: la inconstitucionalidad del proyecto de ley – quienes hablaron sobre este tópico manifestaron que la ley trataba varias materias, violando así lo dispuesto en la Constitución respecto de que los proyectos de ley deben referirse a una sola materia-; la falta de justificación, por parte del Presidente de la República, respecto de la calificación de ‘económico urgente’ del proyecto de ley; y muchas otras consideraciones, en su mayoría de orden político en lugar de jurídico que, por tales, no merecen explicación aquí.

Vale, en este punto, contextualizar el proyecto de ley, en el sentido de que responde principalmente, por su exposición de motivos, a la situación de evasión de pago de obligaciones laborales por parte de varios de los empleadores dueños de casinos que, como consecuencia de la Consulta Popular del año 2011, cerraron aquellos negocios. Esto es importante debido a que muchos asambleístas refirieron que a las autoridades correspondientes –aparte de su descuido en el cumplimiento de sus funciones- se les hace muy complicado la persecución y cobro de dichas obligaciones patronales debido a que muchos de los casinos tenían una estructura societaria de tipo compañías anónimas y de responsabilidad

limitada y que los socios de dichas compañías eran, a su vez, otras personas jurídicas aparentes o fantasmas, lo que generaba que no exista persona natural alguna que respondiere a los trabajadores por las obligaciones pendientes para con ellos. En ese sentido, muchas voces hablaban de abuso –por parte de los constituyentes- de la personería jurídica de la nueva compañía que se creaba y fue apenas un asambleísta -cuyo nombre preferimos omitir en este trabajo en razón de que actualmente es un prófugo de la justicia con sentencia condenatoria ejecutoriada por actos de corrupción- quien puso sobre la mesa la necesidad de introducir en la legislación ecuatoriana una definición de lo que debería entenderse como ‘abuso del derecho’.

6. A pesar de los cuestionamientos sobre la falta de justificación del carácter de ‘económico urgente’ del proyecto de ley en cuestión, la Constitución de la República del Ecuador dispone, en su Art. 140, que “(...) la Asamblea deberá aprobarlos, modificarlos o negarlos dentro de un plazo máximo de 30 días a partir de su recepción (Asamblea Nacional, 2020)”. Así, siguiendo el trámite legislativo pertinente, corresponde que luego del primer debate se reúnan nuevamente los miembros de la Comisión Especializada referida y discutan sobre los aportes realizados por los diversos asambleístas en el debate del primer informe en el Pleno. En ese sentido, la Comisión Especializada mantuvo reuniones los días 23 y 24 de julio con distintos actores sociales y este último día discuten y aprueban el Informe para segundo debate del proyecto de Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales.

7. El día 31 de julio de 2012 se lleva a cabo la sesión No. 179 del Pleno de la Asamblea Nacional en la que se desarrolla el segundo debate del proyecto de Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales. Al inicio de dicha sesión, se procede a dar lectura del referido Informe de la Comisión Especializada y, en uno de sus párrafos finales, se lee lo siguiente: “El proyecto de ley también incorpora una reforma que define lo que se entiende por abuso del derecho, con el fin de que quede claro cuando se puede aplicar esta categoría jurídica (Asamblea Nacional, 2012)”. De esta forma, inicia el debate y toma la palabra el Presidente de la Comisión, Asambleísta Francisco Velasco, quien habla de que las recomendaciones de sus colegas expresadas en el primer debate han sido acogidas en su mayoría y cuando habla de la reforma sobre la definición del abuso del

derecho cita una resolución de la Corte Suprema de Justicia que trata sobre el abuso de la personería jurídica de una compañía en el Ecuador, caso en el cual el máximo órgano judicial de ese entonces interpreta que la compañía constituida no respondió nunca a un fin societario, sino únicamente se constituyó con la finalidad de que la persona natural detrás de ella no cumpla con sus obligaciones laborales y, consecuencia de ello, resuelve “desestimar la personería jurídica y dispone que la compañía demandada y el socio XX cumplan con las obligaciones que, según aparecen de los fallos de instancia, son legales y plenamente válidas (Asamblea Nacional, 2012)”. Posterior a ello, con todo ese antecedente, indica el referido asambleísta que proponen añadir en el Código Civil esta definición del abuso del derecho, al final del Art. 18:

Constituye abuso de derecho, cuando su titular excede de modo manifiesto los límites impuestos por la buena fe o por la finalidad social o económica del derecho. En estos casos, la jueza o juez podrá despojar de toda formalidad a los actos jurídicos a efectos de establecer la conducta antisocial de una persona (Asamblea Nacional, 2012).

Al respecto, prácticamente no hay comentario de los asambleístas, pues la discusión en este segundo debate se centra en otras recomendaciones incluidas en el Informe. La única intervención de uno de los asambleístas – de quien ya se dijo anteriormente que se prefiere no nombrarlo en razón de que actualmente es un prófugo de la justicia con sentencia condenatoria ejecutoriada por actos de corrupción- ratifica el criterio del Presidente de la Comisión, cita jurisprudencia respecto del abuso de la personería jurídica de las compañías con fines de defraudación, refiere que el abuso del derecho se encuentra definido en los Códigos Civiles de Portugal, Argentina, Perú, e indica que ante la falta de esta definición en nuestra legislación, los jueces han tenido que recurrir al Art. 18 y a las reglas de interpretación de la ley ahí definidas. Con ese lamentable antecedente de la falta de discusión de la definición de abuso del derecho propuesta, se aprueba el proyecto de Ley para la Defensa de los Derechos Laborales con setenta y dos votos afirmativos, treinta y un negativos, cero blancos y ocho abstenciones.

En este punto es importante dejar sentado nuestro criterio respecto de aquella definición que, como se verá más adelante, no fue la que finalmente se introdujo en esta ley y, consecuentemente, tampoco se incluyó con ese texto en el Código Civil. Respecto

de la primera parte de la definición, debe decirse que era muy ambigua y extensa pues, para determinar si se verificaba el abuso del derecho, se tenía tres opciones: mirar hacia los límites de la buena fe, mirar hacia la finalidad social, o mirar hacia la finalidad económica del derecho. Si bien consideramos que aquellos criterios pueden coincidir en algún punto, somos del pensamiento de que una definición en un cuerpo legal debe brindar certeza y no dejar a quien lo quiere aplicar en una situación de incertidumbre mayor. Respecto de la segunda parte de la definición, consideramos que la redacción y la técnica legislativa son muy pobres, pues aquello de ‘despojar de toda formalidad a los actos jurídicos’ es, por decir lo menos, confuso, con lo cual podemos concluir que toda la redacción del artículo no aporta en nada a contar con normas claras, sino todo lo contrario. Además, la ubicación de dicho artículo no era la más recomendable debido a que no constaba como una disposición independiente, sino como un inciso final dentro del Art. 18, el cual establece las reglas de interpretación de la ley, con lo cual no se entendía en lo absoluto el porqué de su ubicación, más allá de que se haya dicho por parte de un asambleísta que por la inexistencia de una definición de este instituto jurídico, los jueces han tenido que recurrir a las reglas de interpretación de la ley, lo cual por sí solo no explica absolutamente nada respecto del porqué de la inclusión de la norma como un inciso final del referido Art. 18.

8. Sin embargo, como ya se dijo, aquel texto referente a la definición del abuso del derecho no fue el definitivo. El Pleno de la Asamblea Nacional sesionó el día 20 de septiembre (sesión No. 187-B) en razón de la convocatoria realizada por el Presidente de la Asamblea Nacional, cuyo punto único fue el siguiente: Objeción parcial al Proyecto de Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales. El Presidente de la República de ese entonces, a través de su veto, propuso varias correcciones, muchas de ellas de forma, al proyecto de ley aprobado por la Asamblea Nacional. Uno de esos cambios propuestos fue respecto de la definición del abuso del derecho y su ubicación en el Código Civil; en lugar del texto aprobado, se proponía el siguiente: “constituye abuso de derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen deliberada y voluntariamente los fines del ordenamiento jurídico (Asamblea Nacional, 2012)”, además de que se proponía que conste como un artículo independiente posterior al Art. 36. Al respecto de esta nueva definición, lamentablemente las intervenciones de asambleístas que

tomaron la palabra fueron prácticamente nulas, salvo la del Asambleísta Juan Carlos Cassinelli quien, además de estar de acuerdo con esta nueva redacción de lo que debe entenderse por abuso del derecho, explicó que habría sido un despropósito que dicha definición constase como un inciso final dentro del Art. 18 referente a las reglas de interpretación de la ley y que su ubicación era mucho más apropiado ahora. Al final, el Pleno de la Asamblea Nacional no se pronunció sobre dicho veto en razón de que hubo una moción para allanarse a este proyecto ‘corregido’ por el Presidente de la República, moción que no tuvo los votos necesarios para ser aprobada, al tiempo que se presentó otra moción respecto de la ratificación del texto del proyecto de ley aprobado por el Pleno en un primer momento, moción que tampoco contó con los votos necesarios para ser aprobada por lo que, no habiendo otras posibilidades de votación, el Presidente de la Asamblea Nacional clausuró la sesión sin ninguna resolución al respecto, con lo cual, no habiendo pronunciamiento, se entiende aceptación tácita por mandato constitucional y lo que corresponde es que el Presidente de la República promulgue el texto de la ley y disponga su publicación en el Registro Oficial, que fue precisamente lo que ocurrió. Así, el día 26 de septiembre de 2012, la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales entró en vigencia.

En relación al tratamiento que se le dio a este proyecto de ley y a su texto, específicamente en lo que respecta a la definición del abuso del derecho, vale hacer ciertos comentarios:

En primer lugar, es importante manifestar que coincidimos con varios de los asambleístas que manifestaron su desacuerdo con aspectos como la calificación del proyecto de ley como ‘urgente en materia económica’; además, que el proyecto de ley ciertamente trataba más de una materia, lo cual lo volvía inconstitucional; y, en definitiva, muchos otros aspectos que llevan a que esta ley aprobada no sea, ciertamente, un resultado ejemplar del órgano legislativo ecuatoriano, y decimos esto porque tiene directa relación con el fondo de este trabajo, en el sentido de que las reformas que se propongan a cualquier ley deben ser lo suficientemente debatidas y reflexionadas sobre su pertinencia, sobre si van a ser eficaces o no, sobre los resultados que se esperan de aquella reforma, pues si no se hace ese análisis –como lamentablemente no se lo hace en la mayoría de ocasiones-, lo único que se logra es que se materialice ese indeseable

fenómeno de la ‘inflación legislativa’ que no sirve sino para contentar a aquellos que piensan que el éxito de la tarea legislativa se mide en cantidad y no en calidad.

En segundo lugar, como ya hemos dicho, ha sido lamentable que la inclusión de la definición del abuso del derecho haya pasado prácticamente inadvertida por los debates del Pleno de la Asamblea Nacional, en razón de que el legislador no se ha dado cuenta de la magnitud de esta reforma al Código Civil, cuando, por lo menos, debió existir una discusión más profunda sobre dos aspectos fundamentales: el primero, sobre la definición propiamente que, como hemos visto, en lugar de ser discutida y aprobada, fue inadvertida y aprobada; y segundo, sobre la ubicación de esta norma, en el sentido de que el legislador ecuatoriano debió explicar claramente porqué es importante que esta definición conste en el Título Preliminar del Código Civil ya que, como se ha tratado de explicar, esta sección preliminar del referido cuerpo legal tiene una trascendencia notoria en muchas ramas, no solo en la civil, y que, precisamente lo que se busca con su inclusión ahí, es su interrelación con toda actividad jurídica de las personas que implique el ejercicio de derechos.

1.2.1 Identificación de la intención del legislador con la introducción de la figura.

Una vez que se ha explicado cómo se dio el debate en el Pleno de la Asamblea Nacional de esta ley que introdujo la reforma al Código Civil referente a la definición del abuso del derecho, trataremos de explicar la intención del legislador respecto de este instituto jurídico. Para tal cometido, seguimos la recomendación del jurista italiano Ricardo Guastini (2015) quien manifiesta, a breves rasgos, que la intención o razón objetiva de un órgano, en este caso la Asamblea Nacional, es identificable en mayor medida si es que se puede acceder a los documentos oficiales e históricos en los que se pueda encontrar la exposición de motivos y el propósito de la norma que se emite.

Tomando algunas de las ideas antes expuestas, la mirada del legislador sobre el abuso del derecho no surge de un análisis de la figura del abuso del derecho como tal, sino quizá de una de las formas a través de las cuales podría materializarse este instituto jurídico, a saber, el abuso de la personería jurídica de las compañías. La mente del legislador, al discutir sobre este proyecto de ley, siempre estuvo en el esquema societario que utilizaban muchas compañías dedicadas al negocio de los casinos para evadir o, por lo menos complicar, el pago de sus obligaciones laborales y, en ese contexto, el legislador consideró que la responsabilidad limitada de la que gozan los socios o accionistas de

compañías era un mecanismo del cual se valían para no responder ante los organismos de control, particularmente respecto de tributos y obligaciones patronales. Leyendo un poco entre líneas, se puede inferir que se consideró que el derecho de asociación de una persona se estaba ejerciendo para un fin evidentemente no querido por el ordenamiento jurídico.

Si bien no es la parte central de este estudio, vale hacer referencia al Art. 1 de la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales que establece lo siguiente:

Las instituciones del Estado que por ley tienen jurisdicción coactiva, con el objeto de hacer efectivo el cobro de sus acreencias, podrá ejercer subsidiariamente su acción no solo en contra el obligado principal, sino en contra de todos los obligados por ley, incluyendo a sus herederos mayores de edad que no hubieren aceptado la herencia con beneficio de inventario. En el caso de personas jurídicas usadas para defraudar (abuso de la personalidad jurídica), se podrá llegar hasta el último nivel de propiedad, que recaerá siempre sobre personas naturales, quienes responderán con todo su patrimonio, sean o no sean residentes o domiciliados en el Ecuador. (...) Igual atribución tendrán las autoridades de trabajo o los jueces del trabajo para ejecutar las sentencias dictadas dentro de los conflictos colectivos o individuales de trabajo, en su orden (Asamblea Nacional, 2020).

Antes de referirnos a la relación de esta norma con el abuso del derecho, cabe hacer algunos comentarios a ella que fueron, igualmente, expuestos por varios asambleístas: en primer lugar, debemos manifestar que, lejos de ser una disposición que brinde certeza, genera todo lo contrario, total inseguridad; segundo, consideramos que el legislador confunde cuando se refiere a personas jurídicas utilizadas para defraudar pues, para ello, existe en la normativa societaria la figura jurídica de la develación del velo societario de las compañías, que faculta al juez o al árbitro a traspasar esa garantía de responsabilidad limitada de los socios o accionistas de una compañía e ir tras las personas naturales responsables de la sociedad, habiéndose verificado que se está abusando de aquella garantía, por lo que esta disposición legal parecería innecesaria, además de que para verificar ese uso fraudulento de una persona jurídica, debe iniciarse una causa en la que prime la garantía constitucional del debido proceso, por lo que consideramos que esta norma es sumamente peligrosa y puede permitir aplicaciones discrecionales.

Ahora bien, volviendo sobre lo que nos incumbe directamente, a pesar del horror de la norma referida en el párrafo anterior, de ella se puede extraer un poco de la intención del legislador respecto de la inclusión, posteriormente pero en la misma ley, de la definición del abuso del derecho. En la mente del legislador, siempre se concibió a este instituto jurídico desde la óptica societaria del uso disfuncional de una compañía para, por ejemplo, la evasión de responsabilidades tributarias o laborales. Sin embargo, de lo que se puede extraer de los documentos oficiales de la Asamblea Nacional, nunca se reflexionó de forma más profunda al abuso del derecho.

Para poder encontrar más elementos que nos permitan identificar la voluntad del legislador, consideramos imperioso volver sobre la primera definición propuesta por los miembros de la Comisión Especializada en el Informe para el segundo debate del proyecto de ley que reza textualmente lo siguiente:

Constituye abuso de derecho, cuando su titular excede de modo manifiesto los límites impuestos por la buena fe o por la finalidad social o económica del derecho. En estos casos, la jueza o juez podrá despojar de toda formalidad a los actos jurídicos a efectos de establecer la conducta antisocial de una persona (Comisión Especializada, 2012).

Si hay algo claro en esta definición legal es su indeterminación. Al respecto, podría decirse que lo que se busca es brindar al juez las mayores opciones para juzgar, en cada caso concreto, la existencia o no de abuso de derecho. Sin embargo, consideramos importante hacer la diferenciación entre indeterminación y generalidad/abstracción de una norma. Sobre la primera opción, hay que decir que debe evitarse a toda costa porque si el legislador no es lo suficientemente claro con su intención, esa indeterminación de las normas que emite no ayudará en nada a la administración de justicia. Sobre la segunda, la abstracción, debe decirse que ésta sí que cabe debido a que el juez o árbitro tiene claro el contexto de una norma, su formulación general no impide entender su propósito sino, por el contrario, permite que el operador de justicia adecue esa generalidad al caso concreto, que la construcción de su decisión parta de esa generalidad pero que termine en una particularidad lógica y coherente.

Creemos que la definición en análisis no es general o abstracta, sino indeterminada. El efecto práctico que tiene esa indeterminación se puede manifestar de

dos formas indeseables: o la falta de eficacia de la norma, o su discrecionalidad perversa. Al respecto vale ser enfáticos en manifestar que el legislador tiene la obligación de crear normas claras, que su tarea es útil sólo en la medida en que brinda a los administradores de justicia las herramientas para solucionar tal o cual realidad. Si, por el contrario, crea normas cuyo contenido es confuso, solamente está agravando ese problema que quiso solucionar y, además, está creando muchos más inconvenientes.

Parece que el legislador entendió como sinónimos a la buena fe, a la finalidad social del derecho y a la finalidad económica del derecho. Como se dijo ya anteriormente, puede que estos tres criterios coincidan en el fondo, pero no son lo mismo, ya que responden a enfoques diferentes de lo que debe ser el derecho. Por lo tanto, esas perspectivas diferentes podrían arrojar resultados diferentes en el análisis de un caso concreto, con lo cual se genera ya un inconveniente al operador de justicia.

La segunda parte de la definición merece un comentario aparte. En el supuesto de que el juzgador haya verificado que, por ejemplo, una conducta ha sobrepasado los límites de la buena fe, el efecto de esa conducta es totalmente incierto pues el legislador estableció que se debe “despojar de formalidad a tales actos a efectos de establecer la conducta antisocial de una persona”. Cabe entonces formular necesariamente la siguiente pregunta: ¿qué entiende el legislador por formalidades? Si vamos a la doctrina, encontraremos la Teoría de las Formalidades, según la cual existen formalidades ad solemnitatem, solemnidades ad habilitatem y solemnidades ad probationem, con sus propios efectos cada una de ellas, con lo cual aquella frase de legislador no tiene ningún sentido, jurídicamente hablando. Lo lógico sería que si una conducta ha sobrepasado ciertos límites, su efecto sea su falta de validez pero, aún si eso fue lo que se quiso decir, no se lo hizo correctamente.

Lo rescatable de esta propuesta es que el legislador pensó, para definir al abuso del derecho, en elementos como el principio general de la buena fe y la finalidad del derecho. Estos elementos, aunque no expresamente, se mantienen en la definición final, misma que, como ya se explicó, fue propuesta por el Presidente de la República, a través de su objeción parcial al proyecto de ley, y confirmado, tácitamente –por falta de pronunciamiento- por la Asamblea Nacional.

Es importante decir que cuando por ley se otorga derechos a los ciudadanos, siempre se parte del supuesto en que esos titulares de derechos los ejercerán atendiendo a su razón de ser y aquello tiene como base al principio general de la buena fe. Respetar la esencia de los derechos implica actuar de buena fe; lo contrario, es decir, ejercer derechos buscando beneficios ilegítimos es reprochable y no puede ser avalado por el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esta relación se explica en las líneas siguientes, buscando identificar, ahora sí, la intención del legislador.

Partamos del imaginario del legislador: rechaza, en cierta medida, esa garantía de responsabilidad limitada de la que gozan los socios o accionistas de las compañías pues considera que aquello es un escudo para la evasión de obligaciones; es decir, identifica ahí un abuso de dicha garantía y, por tanto, una actuación que el ordenamiento jurídico ecuatoriano no puede autorizar. A partir de aquello, busca crear una norma que impida aquel abuso, en razón de que no se puede eliminar dicha garantía. Nuevamente, leyendo entre líneas, el legislador identifica un ejercicio disfuncional del derecho a la libertad de asociación de las personas, pues considera que existe un grupo de ellas que no se asocia para fines legítimos, sino para fines ilegítimos, siendo uno de ellos el de evadir el cumplimiento de sus diferentes obligaciones.

En ese marco, hay que decir que el abuso del derecho no solo se puede manifestar como una forma de defraudación o de evasión de responsabilidades, como principalmente lo concibió el legislador. Este instituto jurídico puede manifestarse también, por ejemplo, como una forma de dilatar procesos, como una forma de perturbar innecesaria e irrazonablemente a terceros en el ejercicio de sus derechos y, en suma, como una forma de contrariar los fines del ordenamiento jurídico.

Ese razonamiento del legislador es el punto de partida y la clave para entender su intención. Si bien sus motivaciones no son del todo claras como se aspiraría, en su esencia se pueden encontrar elementos claves para entender por qué decidió incorporar este instituto jurídico en la legislación ecuatoriana y el punto principal que se puede identificar es una reacción al ejercicio disfuncional de los derechos conferidos a las personas por las leyes.

En el ejemplo de las compañías que, como se dijo, fue el principal escenario del legislador al discutir este proyecto de ley, fue consciente de que quitar derechos a las

personas es imposible, lógica y jurídicamente, a pesar de que dichos derechos estén siendo ejercidos de forma disfuncional, razón por la cual decide relativizar la garantía de la responsabilidad limitada. Al margen de que esté bien o esté mal –nosotros ya hemos dicho, en líneas anteriores, que no consideramos correcta la forma de hacerlo-, si hay algo claro es que se buscó hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones de estos sujetos a toda costa y, con ello, que el ejercicio de derechos subjetivos, como el de asociación, sea compatible con su finalidad.

El planteamiento que nosotros tenemos al respecto es el siguiente: el legislador logró identificar el problema correctamente, pero al momento de proponer la solución, ésta no estuvo a la altura del problema que se quería solucionar pues, como ya hemos dicho, la idea de incluir una definición del abuso del derecho, y su posterior propuesta, no brindaban la claridad que se requería. Pero el hecho de que el producto final no sea lo esperado no quiere decir que todo en el proceso haya estado mal.

Si bien el legislador entendió que en ese caso concreto había un abuso del derecho –en este caso, del derecho de libre asociación de las personas-, la solución que planteó, con la introducción de la definición en una parte tan general de la legislación ecuatoriana, da muchas luces acerca de su pensamiento porque, caso contrario, habría buscado atacar puntualmente a la posibilidad de ejercicio disfuncional de ese derecho. A partir de ello, podemos decir, nuevamente leyendo entre líneas, que los derechos conferidos por las leyes deben ser ejercidos de acuerdo con su razón de ser. Esto abre la puerta para hablar de la finalidad del derecho.

Para poder juzgar si existe abuso del derecho, es indispensable identificar, primeramente, para qué fueron otorgados esos derechos a los ciudadanos, qué se buscaba con ellos, qué se quería garantizar a las personas por medio de estas prerrogativas. Solo a partir de ese entendimiento un operador de justicia podrá juzgar si un derecho ha sido ejercido de forma abusiva o no. Si un caso de este tipo fuere llevado a la administración de justicia ordinaria, el juzgador deberá, como en todos los casos puestos a su conocimiento, explicar por qué considera que una persona ha ejercido un derecho de forma abusiva, pero para llegar a ello deberá primero explicar cuál sería la forma de ejercer ese derecho conforme a su razón de ser, de manera que quede absolutamente claro a todos por qué ese derecho en litigio ha sido, en definitiva, mal ejercido, todo lo cual nos lleva a pensar en lo expresado sencillamente por el profesor argentino Marcelo López

Mesa (2017), en el sentido de que “el juez no es un sacador de sentencias; el juez es un solucionador de conflictos” (p. 52).

El conocimiento de la finalidad de los derechos, al mismo tiempo que es apasionante, es, por decir lo menos, obligatorio para todos los actores del mundo jurídico. Respecto de los jueces, porque todo el conglomerado social acude a ellos con la esperanza de que sean no solamente justos, sino que sean sabios, que entiendan los problemas que se suscitan en el mundo exterior y a través de esa herramienta tan poderosa como lo es el derecho, los solucionen; respecto de los docentes, porque tienen la obligación de enseñar a sus alumnos el papel que el derecho está llamado a cumplir en la sociedad y que solamente su entendimiento profundo, puro, servirá para dicho cometido; respecto de los abogados en general, pues desde sus trincheras deben saber que con sus actuaciones u omisiones están colaborando a la evolución o decadencia del rol fundamental que tiene el derecho en la sociedad.

Nosotros creemos que la definición final que consta en la ley, a saber la propuesta por el Presidente de la República a través de su objeción parcial al proyecto de ley, es adecuada, debido a que tiene como elemento central precisamente a los fines del ordenamiento jurídico. Lo que nos dice esta definición, en pocas palabras, es que solamente podremos juzgar si existe abuso del derecho – o como acertadamente indica el doctor Hernán Coello García (1995), “ejercicio abusivo de derechos” (p. 9)- si es que conocemos su finalidad, lo cual es lógico, porque no sería coherente juzgar algo como abusivo si no entendemos cuál sería su uso o ejercicio regular.

Si hay dos elementos que no pueden estar nunca separados en el mundo jurídico, esos son la finalidad del derecho y el principio general de la buena fe. Son dos ítems que, si no están juntos, pierden su razón de ser. Si los derechos son otorgados por la ley con finalidades puntuales o, al menos determinables, no pueden pensarse en que dichas posibilidades puedan materializarse contrariando a la buena fe que, si bien es cierto es general y abstracta, no quiere decir que no sea determinable. El derecho es un sistema coherente y, como tal, no podría permitir que finalidad del derecho y buena fe vayan por sendas distintas.

Con todo ello, y a pesar de lo críticos que hemos sido respecto del poco debate que existió en el Pleno de la Asamblea Nacional respecto de la introducción de esta figura

en nuestra legislación, podemos manifestar las siguientes consideraciones finales de este capítulo:

Primero: el Título Preliminar del Código Civil es, como bien lo dijo el doctor Hernán Coello García (1995), “una introducción al derecho en general, y no particularmente al derecho civil” (p. 18). Las normas que ahí constan tienen un impacto considerable en ramas tanto de derecho privado cuanto en las de derecho público. El hecho de que la definición del abuso del derecho conste ahí nos deja claro que el legislador quiso que sea una directriz general del derecho ecuatoriano, que no se limite solamente a producir efectos en el ámbito societario o al ámbito civil sino, por el contrario, que marque la pauta de cómo deben ser ejercidos los derechos por sus titulares, sin importar de qué rama del derecho se trate.

Segundo: la definición final constante en la ley parte del entendimiento de la finalidad del derecho. Así, el conocimiento y comprensión de los fines del derecho y de la ley debe ser el punto de partida de todo quehacer jurídico. Si no se entiende ni se conoce qué se quiere con el derecho y qué se quiere con la ley, estamos condenados a que cada quien lo interprete de la forma que mejor le parezca, y estamos condenados a que exista un abuso del derecho a diestra y siniestra. Todos quienes formamos parte del mundo jurídico estamos en la obligación de construirlo constantemente desde sus bases, a adaptarlo a los nuevos tiempos sin deformarlo.

Tercero: el legislador, al crear una ley que otorga derechos a los ciudadanos, siempre parte del entendimiento de que aquellas facultades serán ejercidas conforme al principio general de la buena fe. No se puede legislar si no se parte de esa premisa. Por lo tanto, finalidad del derecho, fines del ordenamiento jurídico, siempre están vinculados a la buena fe. Esto da paso al segundo capítulo del presente trabajo.

CAPÍTULO 2

2. ORIGEN DE LA FIGURA Y APROXIMACIÓN A SU CONTENIDO.

2.1 El principio general de la buena fe.

El principio general de la buena fe es uno de los pilares fundamentales de todo el derecho, afirmación ésta que no es siquiera discutida en la actualidad. A pesar de ello, consideramos que antes de pasar a su tratamiento detallado, es pertinente explicar ciertos asuntos preliminares que permitan tener un panorama más claro respecto de porqué se recurre a éste y a otros principios generales en el desarrollo del derecho.

Para ello, la primera tarea que se debe acometer es aclarar, brevemente, qué son los principios generales del Derecho. Definiciones de ellos sobran, por lo que es necesario escoger los más adecuados. Así, el tratadista peruano Fabián Novak Talavera (1997) los define como “normas de justicia objetiva, de las cuales el Derecho puro saca su fundamento. (...) Son datos irrecusables de la captación del valor de justicia” (p. 14). El mismo autor peruano, citando al profesor mexicano César Sepúlveda, refiere que “estos principios no consisten en reglas específicas formuladas para propósitos prácticos, sino en proposiciones generales que yacen en todas las normas de derecho y que expresan las cualidades esenciales de la verdad jurídica misma” (como se citó en Novak Talavera, 1997)). El razonamiento que subyace a estas consideraciones es que los principios generales del derecho son su razón de ser, su explicación lógica y racional, ideas tan fuertemente respaldadas por la razón que no se pudiese admitir que el derecho no fuese edificado sobre ellas.

En la misma línea de lo recientemente expuesto, cabe reflexionar sobre lo propuesto por el profesor argentino Roberto Berizonce (2015) quien dice lo siguiente:

Los principios son esencialmente pautas o criterios de interpretación, orientaciones generales, guías o fórmulas que permiten elaborar una lectura armónica al conjunto de reglas contenidas en un determinado ordenamiento, y que se sustentan en exigencias básicas de justicia y moral, apoyadas en la que puede ser considerada la conciencia jurídica popular.
(p.3)

De la cita transcrita cabe destacar dos ideas particularmente importantes: la primera, respecto de esa posibilidad que brindan los principios generales de entender en su conjunto un ordenamiento jurídico determinado, consideración que es lógica porque el Derecho, insistimos, es un sistema y sus diversos componentes –entiéndase reglas, principios y valores- deben facilitar la comprensión de sus disposiciones normativas; la segunda consideración, respecto de que los principios generales del derecho se sustentan en exigencias básicas de justicia y moral también es lógica porque siendo el Derecho una herramienta solucionadora, pacificadora de los problemas de la sociedad, no podría contemplar disposiciones normativas que no estén en concordancia con esos valores fundamentales.

El ex magistrado argentino Marcelo López Mesa (2018), en su obra denominada “Doctrina de los Actos Propios” refiere dos criterios interesantísimos respecto de lo que debe entenderse por estos principios. El primero de esos criterios lo expresa en estas palabras: “(...) son, en fin, aquellos fundamentos evidentes del derecho, las bases inmovibles del razonamiento jurídico; aquellos hitos que no pueden pasarse por alto al razonar jurídicamente” (p. 84). De ello, cabe únicamente respaldar completamente la idea de que no debe existir razonamiento en el campo de lo jurídico que no tenga como norte a estos principios. En otro pasaje de su obra, desde una perspectiva más dinámica, acota que “(...) Los principios son como un fuelle, que permite insuflar a los laberintos y pliegues del derecho nuevos aires, pudiendo un intérprete inteligente extraer de ellos importantes consecuencias y matizaciones” (p. 75). Esta última concepción transcrita nos permite movilizarnos desde lo puramente teórico –del qué son estos principios- a lo práctico –cómo operan-.

Bien sabido es que el positivismo jurídico no cuenta con los medios necesarios para solucionar todos los problemas en el campo del Derecho. Ante ello, después de la crisis del positivismo del siglo pasado, resurgió la necesidad de recurrir a los otros elementos que forman parte del Derecho, entre los cuales se encuentran fundamentalmente los principios. Así, lo dicho por López Mesa en la cita precedente ilustra muy adecuadamente la situación, en el sentido de que entiende él –criterio que compartimos- que la solución a los problemas en el mundo jurídico no siempre requiere la creación de nuevas y numerosas normas sino que, por medio de los principios

generales, se puede ‘dar vida’ a criterios ya existentes en las leyes, pero desfasados en el tiempo, lo que se conoce como la razón objetiva de la ley.

Si bien es cierto que es necesaria la utilización de los principios generales del derecho, aquello no implica que so pretexto de aplicarlos, se pase por encima de la ley, pues como bien apunta López Mesa (2018), “la utilización de los principios generales del derecho debe estar encaminada a reforzar el imperio de la ley, al permitirle al juez cubrir con el bloque de legalidad lo que el paño de la ley no cubre por sí solo” (p. 95). Esta idea es fundamental pues ahí se marca una línea divisoria crucial que revela a quienes buscar hacer tabla rasa de la ley en nombre de la aplicación indiscriminada de los principios y quienes buscan respetar la ley sabiendo que no es la panacea a todos los problemas del mundo jurídico y que, por tanto, requiere de elementos que la complementen.

Así, lo importante entonces es entender las funciones que cumplen estos principios. A la luz de todo lo dicho, la primera idea que puede quedar clara es que aquellos cumplen la función de integrar el Derecho, cuando la ley no lo cubre, concepción que empata con lo dicho por Palombella (2006) quien afirma que “son considerados como elementos integrantes de los sistemas jurídicos en nuestras democracias constitucionales” (p. 7). Sin embargo, no hay que olvidar que los principios cumplen también una función de fundamento del ordenamiento jurídico, es decir, a partir de ellos se lo construye, precisamente por lo manifestado en líneas anteriores respecto de que estos principios constituyen la razón misma del Derecho. Además, cumplen una función interpretativa de las normas positivas, en el sentido de que revelan su finalidad.

Respecto de esa función de fundamento del ordenamiento jurídico, vale recordar las palabras del tratadista italiano Paolo Comanducci (2011), quien expresa lo siguiente: “Los principios en sentido estricto incorporan valores que se consideran –que el ordenamiento jurídico considera– como últimos y que constituyen las razones que justifican todas las reglas regulativas” (p. 4). Así, quienes defienden la postura de que el Derecho está compuesto principalmente de reglas, que se las concibe como conceptualizaciones rígidas, de las que solo cabe su cumplimiento o incumplimiento, deben saber que detrás de aquéllas se encuentran los principios, que recogen valores, con lo cual se logra esa conexión entre Derecho y moral, referida en líneas anteriores en la cita del tratadista Berizzone.

La breve referencia que se ha hecho en estas líneas sobre qué son los principios generales del derecho y cuál es su función la consideramos sustancial por el hecho de que solo de lo que se tiene una idea clara se puede desarrollar un criterio formado, lo cual no se logra si se parte de ideas que se dan por sentado que son ciertas. Ante todo, debe primar el pensamiento crítico, reflexivo del objeto que se pretende estudiar.

Corresponde analizar cuáles son las particularidades del principio general de la buena fe, tomando en cuenta que se lo invoca con frecuencia para legitimar actuaciones, para reforzar disposiciones normativas o decisiones judiciales o administrativas, sin embargo de lo cual frecuentemente queda la sensación amarga de su utilización como una muletilla más que como un argumento que las refuerce, lo cual proviene de su uso irreflexivo y distante de lo que verdaderamente representa.

La significación de lo que es buena fe, entendida como principio general del Derecho, no está recogida en la legislación ecuatoriana directamente, más allá de que podemos encontrar nociones generales en normas dispersas que, sin embargo, la suelen abordar tanto como un principio general cuanto como un concepto. Esta diferenciación es fundamental pues no es lo mismo hablar de un principio general del derecho que de un concepto jurídico –determinado o indeterminado-. López Mesa (2018) plantea esta diferenciación y, para ello, se remite a los criterios de otros autores, entre los que destaca Loussouarn quien manifiesta lo siguiente:

En esta primera acepción (como concepto), la buena fe es una noción psicológica, intelectual. Es la ignorancia de un hecho o de una circunstancia o, más exactamente, la creencia errónea que se tiene de ellos. Expresa una actitud puramente pasiva, un no conocimiento. (p. 138)

En el mismo sentido se expresa el tratadista De Trazeignes Granda, igualmente citado por López Mesa, quien refiere que “este concepto de buena fe se relaciona inescindiblemente con las posibilidades de conocimiento e información que tienen las partes de los hechos ilícitos que pudieran esconderse detrás de los pliegues del acto” (como se citó en López Mesa, 2018). De los dos criterios expuestos podemos extraer la conclusión de que la buena fe, como concepto, es una creación muy vulnerable, débil, que puede sucumbir fácilmente, pues cuando se entra en el campo de lo subjetivo, de la intención o el conocimiento de los agentes de determinada situación, no estamos ya ante

una discusión de contenido jurídico propiamente. Si entendemos que la buena fe es uno de los pilares del Derecho, no podemos librarla al conocimiento o no de cada sujeto, pues aquello implicaría que, por medio de argucias, siempre se encuentre un modo de justificar que se actuó de buena fe porque ‘no conocía que determinada situación debía realizarse de este u otro modo’. Por lo tanto, la buena fe como concepto jurídico no es lo que nos interesa.

Lo que interesa en este análisis es la buena fe como principio general, concepción ésta que le atribuye un significado y unas connotaciones mucho más determinantes, ya no ligadas a un ámbito de conocimiento o no del sujeto de la forma en cómo debe actuar en determinadas circunstancias, sino a una máxima, puramente racional y lógica, que deben seguir los sujetos. En ese sentido, el tratadista Loussouarn, citado por López Mesa, refiere lo siguiente: “En esta segunda acepción (como principio general del Derecho), la buena fe es una regla de conducta que exige a las personas de derecho una lealtad y una honestidad que excluya toda intención maliciosa” (p. 144). Pero aún más claro y simple es el tratadista López Fianza (como se citó en López Mesa, 2018) quien menciona que “En definitiva, se trata de la honestidad llevada al terreno jurídico (*honeste vivere*)”. De lo que se trata en este punto, y que bien lo simplifican los autores citados, es de evidenciar que la buena fe como un principio general del Derecho es un concepto tan lógico y tan simple a la vez que no requiere que quienes son parte del tráfico jurídico, es decir todas las personas de una sociedad, tengan conocimientos técnicos o especiales para ponerlo en práctica en todas sus relaciones jurídicas, pues lo único que se pide de ellas es que sean honestas, leales, bienintencionadas, debido a que el Derecho, por su propia razón de ser, no puede ser un espacio en el que se avalen conductas arbitrarias, deshonestas, en que las personas se aprovechen ilegítimamente.

En esa misma línea, es importante seguir atendiendo a los criterios doctrinarios que sobre este tema se han esbozado. Así, el autor Franz Wieacker, citado por Novak Talavera, ha dicho que “La buena fe comporta un modelo ideal de conducta social, que implica un actuar honesto, leal, probo, correcto, exento de subterfugios y malicia. Es en buena cuenta el espíritu escrupuloso con que deben cumplirse las obligaciones y ser ejercidos los derechos” (como se citó en Novak Talavera, 1997). Así también lo conceptualiza Díez-Picazo (1992) al mencionar que “La buena fe puede ser concebida como el conjunto de directivas, que no han sido expresamente formuladas, pero que con

naturalidad son aceptadas por la comunidad, relativas a la lealtad y la confianza entre sujetos de derechos” (p. 8). Lo que se pretende dejar claro con estos criterios doctrinarios es que este principio general no es una construcción conceptual compleja, difícil de entenderla o demasiado articulada sino que, por el contrario, encuentra su validez en consideraciones morales y racionales, pero no individuales sino colectivas, consideradas así por la sociedad en general.

Algunos autores no se muestran tan convencidos de la simplicidad del significado de la buena fe. Frecuentemente refieren que es una concepción vaga, imprecisa, indeterminada, que no aporta al desarrollo del Derecho sino que, por el contrario, lo confunde, lo tergiversa y que, por su vaguedad, permite que en nombre de ella se pase por encima del texto de la ley. Comprendemos esas posturas debido a que la generalidad y abstracción de este principio –y de otros- permite que, en manos y mentes equivocadas, se manipule su contenido y se materialicen soluciones jurídicamente aberrantes, escudándose en la aplicación de este principio. Sin embargo, creemos que estas situaciones se dan no por culpa de la generalidad de conceptos, sino más bien por su falta de entendimiento y también por la insuficiente preparación de sus intérpretes y aplicadores.

Como hemos insistido en diferentes pasajes de este trabajo, la aplicación mecánica o automatizada de conceptos en el mundo del Derecho no es lo correcto. Por el contrario, un uso de figuras que parta de la comprensión de su esencia, de su finalidad, seguramente llevará a resultados eficaces, como cuando se encuentra la pieza correcta de un rompecabezas. Valga este último ejemplo para graficar una situación que comúnmente se da en el mundo del Derecho: varias piezas aparecen como las indicadas para llenar un espacio, pero no todas lo son, por más de que sean similares o ‘casi iguales’ a la correcta y no importa qué tanto se fuerce a una pieza incorrecta a encajar pues el resultado puede que ‘luzca’ como correcto pero, al final, no lo es.

El tratadista chileno Enrique Barros Bourie (2012) plantea criterios interesantes respecto de esta discusión, en su obra “Límites de los Derechos Subjetivos Privados. Introducción a la Doctrina del Abuso del Derecho”. Primero, indica lo siguiente, al referirse conjuntamente a las nociones de buenas costumbres y buena fe: “Contienen una alusión genérica a ideas normativas compartidas espontáneamente en la comunidad acerca de lo que es correcto, pero carecen de una suficiente densidad conceptual, que

permita definir las condiciones de su aplicación práctica” (p. 17). Como manifestábamos en el párrafo precedente, quizá la crítica más fuerte a la significación de la buena fe es su generalidad, su abstracción que, según el autor chileno aludido, complican su aplicación práctica, su singularización, su adecuación a casos concretos. Sin embargo, como ya se ha explicado en el primer capítulo de este trabajo, consideramos que una cosa es hablar de vaguedad, indeterminación de conceptos, y otra es hablar de abstracción y generalidad. Estas dos últimas características son propias de los principios generales, pues debe tenerse en cuenta que no buscan cubrir una sola situación puntual, en cuyo caso sí se necesitaría de una norma diseñada específicamente para tal efecto, sino que lo que se busca con su abstracción y generalidad es que puedan abarcar un sinnúmero de posibilidades pero partiendo de su finalidad clara para que, de forma gráfica, en cada caso concreto se logre que esas generalidades ‘atterricen en el caso concreto’. Bien lo ejemplifica López Mesa (2018) al decir que “La buena fe es una regla general, que como un río se diversifica en un importante número de afluentes, que en este caso serían sus aplicaciones concretas, que incumbe a los tribunales definir y precisar” (p. 155).

Además, es importante tener en cuenta que la honradez, la lealtad, la buena intención de las que se habla para matizar el significado de buena fe son criterios que se toman en cuenta de acuerdo a consideraciones sociales, no individuales, pero más allá de eso, son valoraciones neutrales que, si bien no son definitivas ni específicas al ciento por ciento, sí son identificables y determinables y eso es lo que se rescata de ellas pues, de otra forma, sí que estaríamos ante el caso que plantea Barros Bourie. A pesar de ello, consideramos del todo legítima la preocupación del referido autor chileno respecto de la eventual complejidad de la aplicación práctica de este principio general y ante ello debemos manifestar que su materialización requiere sin lugar a dudas de un análisis detenido, exhaustivo, entendiendo, primero, la necesidad de su aplicación, pues nuestro Código Civil Ecuatoriano es muy claro sobre cuándo cabe la aplicación de los principios generales del Derecho (a pesar de que consideramos que ese criterio parte del entendimiento de los principios en su función integradora); segundo, su armonía con otras disposiciones normativas aplicables, pues hay que ser enfáticos en manifestar que la solución a un problema legal debe ser efectuada como una construcción, que no depende únicamente de un ‘material’ –que en este caso sería el principio general de la buena fe-, sino que es una mezcla de varios otros –como podría otras normas, criterios jurisprudenciales, doctrinarios, etc.- que permitan la cohesión de esa obra conceptual.

Así, lo que se ha querido demostrar es que el principio general de la buena fe tiene algunas connotaciones particulares, a saber, las siguientes:

En primer lugar, por su propia condición de norma general, llamada también en la doctrina como ‘cláusula general inserta en los ordenamientos jurídicos’, no está llamada a cubrir un solo y particular espectro, sino uno amplio, aplicable a un sinnúmero de posibilidades, lo cual no implica que su uso pueda ser indiscriminado sino, por el contrario, muy reflexionado, pues no es una herramienta infinitamente flexible.

En segundo lugar, la comprensión de este principio necesariamente está ligada a lo racional. Todas las valoraciones de lo leal, de lo honrado, de lo bienintencionado de una acción o situación, no pueden estar en contraposición con la razón. De ahí que uno de los métodos que se ha usado en la doctrina para entender a la buena fe ha sido contrastarla con su opuesto, la mala fe, que parte del alejamiento de lo racional, de lo normal, de lo correcto.

En tercer lugar, es sumamente importante entender que la buena fe, al igual que todos los otros principios generales del Derecho, no solo cumple una función integradora, que se evidencia en el caso de vacíos del derecho positivo, sino que también cumple una función de fuente del ordenamiento jurídico y de orientador de la interpretación de las normas. De ahí que se debe tener presente que no solamente se debe recurrir a ella cuando haya silencio de la ley, sino que, como se dijo anteriormente, debe estar presente frecuentemente, si no siempre, en el razonamiento jurídico.

Por último, la generalidad de la buena fe permite que a partir de ella se puedan “construir”, utilizando el término empleado por Bobbio (2014) para explicar al Derecho como una ciencia formal diferente de la mera interpretación, otras instituciones que, con sus propias particularidades, avalen a la buena fe como un principio rector del Derecho. Uno de esos casos es el del instituto del ‘abuso del derecho’, que se lo analiza en las líneas que siguen.

2.2. El abuso del derecho y su relación con la buena fe.

Mucho se ha dicho respecto del origen del abuso del derecho. Hay quienes sostienen que es una derivación del principio general de la buena fe; otros alegan que se trata de una derivación del principio de solidaridad; por último, hay quienes no entran en

esa discusión y simple y llanamente consideran al abuso del derecho como un principio universal del Derecho, situado al mismo nivel de los principios antes mencionados. No pretendemos entrar en esa discusión directamente, sin embargo de lo cual defendemos la relación que existe entre el abuso del derecho y el principio general de la buena fe.

En términos generales –que evidentemente serán delimitados más adelante- podemos decir que el abuso del derecho es un principio que reprime el ejercicio disfuncional de un derecho subjetivo, lo que en otras palabras se podría expresar como orientar un derecho subjetivo hacia un fin no previsto o no avalado por el ordenamiento jurídico. Ello, porque como bien lo explica Barros Bourie (2015), “las formas deben ceder ante las razones, aunque las primeras sean tenidas como valiosas” (p. 627). De lo dicho, lo que podemos extraer es que los sujetos titulares de derechos subjetivos deben ejercerlos dentro de un marco razonable, correlativamente con sus finalidades pues, lo contrario, es decir pretender un beneficio ilegítimo no alineado con sus fines, debe ser rechazado por el sistema Derecho, entendiendo que lo que se estaría haciendo verdaderamente con los derechos subjetivos sería manipularlos, bajo la cortina de su ejercicio. Y ahí es donde el abuso del derecho se relaciona con la buena fe pues, como ya dijimos en el subcapítulo anterior, aquella se refiere a la honestidad llevada al terreno de lo jurídico, y el comportamiento reprochable antes descrito precisamente es un ejemplo de carencia un actuar honesto.

Con base a lo antes manifestado, es evidente que el ejercicio de los derechos subjetivos debe hacérselo de buena fe, esto es, de forma honesta, leal, porque aquello es lo lógico, “lo naturalmente aceptado por la comunidad” utilizando las palabras de Díez-Picazo (1992), lo que, en alguna medida, está implícito en lo establecido en el Art. 1562 del Código Civil. Así las cosas, puede entenderse fácilmente que la buena fe se edifica como uno de los límites al ejercicio de éstos derechos. Es precisamente esa connotación de límite la que nos interesa en este punto pues, según Pinaglia-Villalón (2016), “cuando se traspasa esa barrera, se incurre en abuso del derecho” (p. 3).

Esa noción de la buena fe como limitante al ejercicio de los derechos subjetivos tiene sus orígenes en el Derecho Romano, lo cual es muy bien destacado por el autor ecuatoriano Juan Toscano Garzón (2007) en su trabajo de titulación de Maestría denominado “El abuso del Derecho en el Ecuador: Análisis doctrinario y jurisprudencial”, obra en la cual anota que “En el derecho romano Gayo decía que *male enim nostro jure*

uti non debemos (no tenemos que usar mal nuestro derecho), para justificar la interdicción a los pródigos y la prohibición a los dueños de maltratar a sus esclavos” (p. 9). Asimismo, en otro pasaje del referido trabajo relata una afirmación de Paulo que decía “*Non omne quod licet honestum est* (no todo lo que es lícito es también honesto)” (p. 9). Estas ideas de los referidos jurisconsultos romanos rescatadas por Toscano revelan que el modo de actuar de los titulares de derechos subjetivos al momento de ejercerlos debe encuadrarse en un modelo de conducta que difícilmente se encuentre en la norma escrita pero que, con la ayuda de un elemento indicador como es el principio general de la buena fe, puede ser desarrollado dentro de un marco en el que no se causen perjuicios desmedidos a terceros ni tampoco se oriente a fines no previstos por la norma.

El tratadista argentino Marcelo López Meza (2018) ilustra al principio general de la buena fe de un modo didáctico al decir que:

Así como hay químicos que permiten revelar las radiográficas y establecen una distinción entre elementos radiolúcidos y radioopacos del cuerpo humano, la buena fe es un revelador del ejercicio anormal de un derecho o la desviación de una conducta del fin querido por el legislador. (p. 150)

En ese sentido, buena fe y prohibición del abuso del derecho van de la mano pues, siguiendo la didáctica planteada por el tratadista argentino, cuando se tengan sospechas de una conducta abusiva de un titular de un derecho subjetivo al momento de ejercerlo, lo que cabría sería contrastar esa conducta con la buena fe, de lo cual se revelará si es o no abusiva. Sin embargo, vale aclarar en este punto que la figura del abuso del derecho debe ser utilizada excepcionalmente pues, como bien lo puntualiza Barros Bourie (2015) “la doctrina que concibe el abuso de un derecho como su ejercicio excesivo o anormal tiene una función correctiva excepcional, en atención a los riesgos de un intervencionismo judicial que mine la certeza del derecho que rige las relaciones privadas” (p. 627).

Así las cosas, claro el íntimo vínculo entre buena fe y prohibición del abuso del derecho, cabe también reflexionar sobre la función de la prohibición en cuestión en el mundo de lo jurídico. De la cita transcrita en el párrafo inmediatamente anterior del autor chileno Barros Bourie se desprenden las ideas de su función excepcional y correctiva. Respecto de lo excepcional de su aplicación vale decir que al titular de derechos subjetivos, en el derecho privado, se le debe reconocer un ámbito de libertad de acción

pues es él quien, en base a sus necesidades, sabrá orientar sus acciones, dejando claro que, como dice Pinaglia-Villalón (2016), “tiene libertad de medios, pero no de fines” (p. 18), lo cual significa que deberá saber que no puede desviar el fin de un derecho subjetivo otorgado por la norma a uno no contemplado. Solo cuando así procediere, cabe la aplicación del principio del abuso del derecho.

Siguiendo la misma línea del párrafo precedente, corresponde referirnos a la función correctiva de la figura del abuso del derecho. Al respecto, el autor español Arturo Muñoz Aranguren (2018) refiere que “el abuso del derecho es una figura auto-correctora del Derecho, que permite reprimir aquellos ejercicios concretos del derecho que, aunque *prima facie* válidos, contravengan principios configuradores del ordenamiento jurídico” (p. 2). Si tenemos claros que los principios generales del Derecho orientan su actividad y desarrollo, y que la buena fe es uno de ellos, entonces entendemos que su relación se plasma no solamente en indicar cómo deben ser ejercidos los derechos subjetivos que del sistema Derecho emanen sino también en el hecho de corregirlo cuando no se estén respetando sus fines.

Si bien lo referente a las formas en que se manifiesta este instituto no corresponde a este capítulo, conviene traer a colación un ejemplo propuesto por Barros Bourie (2015) para demostrar cómo opera, ya en el razonamiento jurídico, la relación entre buena fe y abuso del derecho. En el libro de su autoría denominado “Tratado de Responsabilidad Extracontractual” el referido tratadista chileno ejemplifica lo siguiente:

En ambos casos (la excepción de contrato no cumplido y la resolución por incumplimiento), el incumplimiento de una parte otorga a la otra parte una poderosa excepción (no cumplir por su parte lo debido, en el primer caso) y una pretensión de ineficacia del acto (la resolución del contrato, en el segundo caso). Resulta, sin embargo, contrario a la buena fe (y, por tanto, es abusivo) que una parte se resista a cumplir con su parte en el contrato o demande su resolución en razón de un pequeño incumplimiento que resulta accidental en el contexto general de la operación. (p. 634)

En el caso propuesto por Barros Bourie se puede evidenciar cómo la relación entre buena fe y prohibición del abuso del derecho opera en la práctica pues si bien la una parte tiene derecho a elegir cualquiera de las dos opciones legales, hacerlo so pretexto de no

cumplir con su parte del contrato no parece un actuar honesto, pues evidencia que su intención real no fue cumplir el contrato sino que se escudó en la más pequeña excusa para no cumplirlo. Creemos que aquí lo que se debería evaluar por parte de una autoridad judicial debería ser la posibilidad de cumplimiento o no del contrato, en aplicación de aquel aforismo jurídico *pacta sunt servanda* entendiendo que debe tenderse siempre a la efectiva realización de los fines contractuales, pues caso contrario se estaría enviando, desde la judicatura, el erróneo mensaje de que los operadores judiciales permiten la aplicación de facultades legales mecánicamente, sin medir sus consecuencias.

Una vez que hemos expuesto la innegable relación existente entre la figura del abuso del derecho y el principio general de la buena fe, corresponde, en relación con el objetivo general de este capítulo, realizar un análisis concreto de la figura en cuestión.

Como ya se había adelantado en líneas anteriores, la prohibición del abuso del derecho surge como un freno, como un límite al ejercicio de derechos subjetivos, lo cual los autores Hernández Velasco y Pardo Martínez (2014) lo expresan en estas palabras: “el abuso del derecho fue reconocido como una norma tendiente a restringir el ejercicio absolutista de los derechos subjetivos” (p. 4). Esto, en razón de que en la práctica se hizo evidente que un sujeto titular de derechos subjetivos podía, bajo el pretexto de su ejercicio, mal utilizarlos y orientarlos hacia fines y objetivos no previstos por la norma que los otorgó.

En este punto es importante volver sobre una de las consideraciones propuestas en el primer capítulo de este trabajo, la cual es que no se puede juzgar la existencia del abuso del derecho si no se conocen los fines del derecho subjetivo que se presume abusado. A las características de excepcionalidad y de corrección de la figura del abuso del derecho debe, sí o sí, sumársele esta obligatoria condición del entendimiento de los fines de los derechos porque, caso contrario, se corre el riesgo de que se juzgue a una conducta como abusiva de tal o cual derecho subjetivo sobre determinadas consideraciones cuando en realidad dicha conducta podía ser necesaria para el cumplimiento de un fin particular sí previsto por la norma.

Pero además de la necesidad de conocer los fines de los derechos subjetivos, su cabal comprensión es igual de importante por otro aspecto que no es otro que poder delimitar el contenido de estos derechos pues, a partir de ello, se puede identificar cuáles

son las facultades que entrega a su titular para su correspondiente ejercicio. En ese sentido, es pertinente exponer lo que propone Barros Bourie (2012) al respecto al manifestar que “El contenido del derecho subjetivo se define por sus atributos, esto es, por las facultades que confiere al titular. Cada tipo de derecho encuentra sus límites en esos atributos” (p. 9). A partir de ello, conociendo ya cuáles son los fines que persiguen los derechos subjetivos de que se trata el análisis, además del conocimiento de las facultades que otorga a su titular, un operador de justicia tiene el panorama claro acerca de los derechos en cuestión y puede, ahora sí, evaluar si es que la conducta desarrollada por el sujeto se enmarca en esos presupuestos y, en caso de que no lo haga, considerar la existencia de un ejercicio abusivo de derechos subjetivos.

Consideramos que es esencial que el análisis de los casos concretos se lo haga bajo ese esquema debido a que lo particular del abuso del derecho es que no se manifiesta como tal a simple vista, ‘se esconde’ detrás de un aparente ejercicio legítimo de un derecho subjetivo. Es por ello que el profesor italiano Paolo Comanducci (2011) ubica al abuso del derecho en la categoría de “ilícitos atípicos” y lo define como “un acto conforme a una regla permisiva pero contrario a un principio, y por eso prohibido” (p. 3). Valga la oportunidad en este punto para ratificar el hecho de que el abuso del derecho no podría haberse dado nunca bajo la óptica del positivismo jurídico debido a su concepción del derecho basado en reglas y no en principios. Volviendo sobre lo dicho por Comanducci, se evidencia así lo dicho de que el abuso del derecho no es identificable a simple vista pues aparenta la conformidad de la conducta con una regla. El problema es que las reglas no son válidas por sí mismas sino que su validez viene dada por su fundamento, que son los principios. Todo ello nos lleva a ratificar que sólo un entendimiento cabal de los derechos subjetivos y de sus funciones puede dar la pauta para juzgar una conducta como abusiva o no.

En la misma línea argumentativa respecto de la apariencia de licitud de una conducta que deviene en abusiva, conviene hacer referencia a las palabras de otro tratadista italiano, Gianluigi Palombella (2006) quien manifiesta lo siguiente:

El punto de partida es reconocer una peculiaridad del abuso; que tiene que ver con el hecho de que no consiste en una transgresión *prima facie* de los límites legales fijados por el ejercicio del derecho mismo (en cuyo caso se trataría de exceso y no de abuso) sino que se trata de una aparente

conformidad del comportamiento del sujeto al contenido de su derecho. (...) En efecto, lo que caracteriza al abuso de un simple exceso de los límites legales es la apariencia de legitimidad-legalidad de un comportamiento, lo que permite jurídicamente su tutela. En otras palabras, debe tratarse de una conducta lícita y no de una prohibida directamente o indirectamente por otras reglas. (p. 6)

Esta última cita transcrita toca varios aspectos esenciales para comprender al abuso del derecho. En primer lugar, es necesario entender que no existe abuso de derecho cuando una situación o conducta determinada se encuentra prohibida y/o sancionada por una norma o regla del ordenamiento jurídico pues, en ese caso, directamente estamos ante un ilícito y no hay por qué recurrir a la figura del abuso del derecho si existe una norma específica que trata tal conducta. Al respecto, el autor ecuatoriano Jorge Ortiz Donoso (2011) refiere que “(...) Si es que ya tiene amparo jurídico bajo otra figura, ya no habría la necesidad de acudir al abuso del derecho, pues para dicha actuación ya habría una cobertura legal determinada” (p. 33). En segundo lugar, como bien lo expresa Palombella, debe entenderse que el abuso del derecho es una figura particular, no plenamente identificable desde un principio precisamente por esa apariencia de licitud, apariencia que en un principio es una realidad pero que, luego de superar esa primera fase que se refiere a su justificación por su conformidad con un aspecto formal del ejercicio de ese derecho, al pasar a una fase posterior se desvirtúa en razón de que lo que se verifica ya no es un ejercicio normal de un derecho subjetivo sino uno anormal, disfuncional que, en realidad, como ya hemos dicho en líneas anteriores, antes que ejercicio es manipulación. El citado autor concluye diciendo, en pocas palabras, que “el abuso del derecho es lo que debería hacer ilícita una conducta que de otro modo sería lícita” (p. 41).

Como una idea adicional que expresa de otra forma cuándo se está ante un ejercicio válido de un derecho subjetivo y cuándo no, conviene hacer referencia a lo expresado por Juan Pinaglia-Villalón y Gaviria (2016) en éstas palabras:

Cuando el sujeto utiliza las prerrogativas que constituyen el contenido del derecho subjetivo para perseguir un interés distinto al asumido por la norma como presupuesto del derecho, el acto de ejercicio del derecho es un acto que, debido a las circunstancias concretas que lo acompañan, el ordenamiento jurídico no reconoce al sujeto el derecho a realizarlo, ya que

tales circunstancias no son subsumibles en el supuesto de hecho normativo del que nace el derecho. Únicamente la correspondencia entre acto de ejercicio e intereses merecedores de tutela satisface la exigencia de justificación del acto de ejercicio. El ejercicio del derecho subjetivo privado está ligado a la existencia de un interés típico (causa o justificación del acto), el cual es un elemento del supuesto de hecho normativo. (p. 12)

Esta explicación del citado autor español nos muestra cómo una forma de ejercicio aparentemente válida en un principio puede, a la luz de la finalidad que persigue, devenir en no válida y, por tanto, no amparada por el ordenamiento jurídico.

Mucho se ha dicho en la doctrina y jurisprudencia sobre cómo identificar una situación de ejercicio abusivo de derechos subjetivos. Además de las pautas referidas en el párrafo precedente que, debe decirse, deben guiar cualquier decisión judicial por el hecho de que se trata de nada menos que derechos de sujetos que se desenvuelven en una comunidad y en que sus actos siempre van a generar repercusiones en el resto, hay que decir que no siempre hubo consenso sobre cómo identificar y juzgar la existencia de abuso de derechos subjetivos. En un principio se pensó que actuaba de forma abusiva quien ejercía un derecho subjetivo con el único objetivo de causar daño a una tercera persona, lo que se conoce como la postura subjetivista del abuso del derecho; posteriormente se creyó que, ante la dificultad de probar que una persona actuaba con el único propósito de generar un daño a otro, se debía optar por juzgar como abusiva la situación en que un titular de un derecho subjetivo lo ejercía con el propósito de obtener un beneficio no avalado por la norma, es decir, más que del ejercicio de un derecho, se trataba de una utilización, de una manipulación del mismo, lo que se conoce como la postura objetivista del abuso del derecho; por último, como sucede en muchos otros institutos jurídicos que presentan esta dicotomía, se optó por una posición ecléctica que no descarta ninguna de las dos posturas sino que toma elementos de ambas. En esa línea, para mostrar que los criterios que se han puesto sobre la mesa son varios, vale hacer referencia a las palabras de Comanducci (2011) que expresa que los criterios efectivamente empleados son múltiples, entre los cuales destacan: “criterio subjetivo (*animus nocendi*); criterios económicos (eficiencia); criterios morales (en el sentido de la moral crítica, de la social, o de la así llamada moralidad interna al derecho); criterios teleológicos (*ratio legis*; función social; principios balanceados entre sí)” (p. 10).

El criterio subjetivista del abuso del derecho fue el primero que se utilizó en la práctica para dar vida a esta figura. Allá por el siglo XIX en Francia, específicamente el 02 de mayo de 1855, el Tribunal de Colmar juzgó la existencia de ejercicio abusivo del derecho subjetivo de propiedad de su titular en los siguientes términos:

El propietario de una casa edificó en la parte superior una chimenea falsa, voluminosa e inútil frente a la ventana de su vecino, para quitarle luz natural y causarle un perjuicio. Si bien esta acción se amparaba en un derecho subjetivo reconocido, su actuación carecía de un interés serio y legítimo, a más de no producir ningún beneficio a su titular. El Tribunal ordenó la demolición y dejó a salvo el derecho del perjudicado a reclamar resarcimiento. (Toscano, 2007, 14)

En esta sentencia icónica que marca el inicio de la discusión de la figura del abuso del derecho podemos observar que una actuación en principio legítima queda desvirtuada en razón de que el titular del derecho subjetivo propiedad lo ha ejercido no para obtener un beneficio sino, por el contrario, para causar un perjuicio, una molestia a su vecino y es ahí donde el Tribunal reprocha su conducta porque, en definitiva, ha tratado de desviar los fines característicos de ese derecho que faculta a su titular a usar, gozar y disponer de la cosa pero que, como vemos, esas amplias facultades encuentran su límite en consideraciones racionales, como la de que su actuación no le ha generado beneficio alguno. Las consideraciones de interés serio y legítimo son propias de la postura subjetivista, como veremos a continuación.

El autor ecuatoriano Jorge Ortiz Donoso (2011), en su trabajo “Tratamiento del Abuso del Derecho en la Jurisprudencia de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador”, al referirse a la postura subjetivista de la figura en cuestión explica que “pone atención en la intencionalidad del agente para que se configure la conducta abusiva en que hay un ejercicio disfuncional o desinteresado de un derecho, atentatoria contra la buena fe”(p. 15); por su parte, el chileno Barros Bourie (2012) refiere que desde el punto de vista subjetivista “el ejercicio del derecho subjetivo es ilícito cuando el único fin que persigue el autor es dañar a un tercero: el ejercicio del derecho no reporta al titular utilidad alguna, que no sea satisfacer el interés de dañar a otro” (p. 11).

De las citas transcritas podemos verificar que desde el punto de vista de la postura subjetivista existirá abuso siempre que el titular de un derecho subjetivo lo ejerza no para satisfacer sus necesidades legítimas sino, por el contrario, con el objetivo de causar molestias a otros sujetos de la comunidad. Esto no puede ser permitido por el sistema Derecho debido a que los sujetos deben actuar siempre siendo conscientes de que viven en sociedad y de que sus derechos no están por encima de los derechos de los demás sino que conviven en una misma jerarquía, pensamiento que subyace a lo planteado en su momento por Jean Jacques Rousseau en El Contrato Social y de innegable validez en nuestros tiempos.

Volviendo sobre la intención de dañar que caracteriza a la postura subjetivista, debe hacerse hincapié en una cuestión fundamental que ha sido la detonante para que haya sido superada en buena medida: la dificultad de probar inequívocamente la intencionalidad dañosa del agente. Si bien es una postura del todo lógica, en la práctica se ha demostrado que es sumamente complejo demostrar que el sujeto actuó de determinada manera con la finalidad de causar daño a otro. Es por ello que Barros Bourie (2012) ha dicho que “(...) puede ser fácilmente eludida mostrando que la acción persigue algún fin cualquiera que sea atribuible al provecho personal del titular” (p. 15). Aquella complicación probatoria lleva a que, en la práctica, la figura pierda su efectividad y, con ello, que conductas disfuncionales queden impunes. Piénsese solamente en cuántas excusas pudieron haber sido invocadas por el dueño de la casa que construyó la chimenea, en el caso que concluyó con la Sentencia del Tribunal de Colmar antes referida.

Así, si bien no se niega en lo absoluto que existan acciones ejecutadas por titulares de derechos subjetivos con la única finalidad de causar daño a terceros, la dificultad probatoria que genera hace que sea imposible que la figura del abuso del derecho pueda sostenerse sobre esa sola teoría, lo cual ha llevado a que se desarrollen otros argumentos que la sustenten de un modo más conciso.

En contraposición con la postura subjetivista surge una de corte objetivista que busca asentar la teoría del abuso del derecho sobre unos elementos que no atiendan a las consideraciones individuales de los sujetos sino, por el contrario, a consideraciones funcionales de los derechos subjetivos. Así lo entiende Pinaglia-Villalón (2016) quien refiere que la hipótesis objetiva del abuso del derecho se refiere “al exceso en el ejercicio del derecho” (p. 19). Por su parte, Toscano Garzón (2007) refiere que existirá abuso del

derecho, bajo la concepción objetiva, cuando “exista un ejercicio anormal de un derecho subjetivo; (...) cuando por medio del derecho se altere o se contrarie los fines sociales y económicos que inspiraron la ley que lo contiene” (p. 16).

En la misma línea de lo expuesto, Ortiz Donoso (2011) refiere que, para el criterio objetivista, “un acto es abusivo cuando su ejercicio es contrario a su destino económico y social, contrario y reprobado por la moral pública” (p. 38). Así también Díez-Picazo (1992) ha dicho que “Los actos de ejercicio de los derechos pueden ser abusivos o antisociales no sólo por la intención de su autor, sino también con carácter objetivo, por sobrepasar manifiestamente los límites normales de ese derecho” (p. 3). Si bien se lo suele asociar al sector de la doctrina que defiende la postura subjetivista en mayor medida, el autor argentino Luis Jossierand –citado por Toscano Garzón (2007)- ha expuesto, a nuestro criterio, una idea que soporta este criterio funcional –objetivo- del abuso del derecho en los siguientes términos:

Los derechos tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden revelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu, del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados, no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar: no pueden ser legitimados sin más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un acto legítimo. (...) No pueden ser apartados de su vía regular; de hacerlo así, sus titulares no los ejercerían verdaderamente, sino que abusarían de ellos, cometerían una irregularidad. (p. 9-10)

A propósito de esta noción, es necesario tener siempre en mente la idea de que los derechos subjetivos surgen para fines y objetivos determinados y, con esas ‘condiciones’, son otorgados a las personas. Bien dice Barros Bourie (2012) que “los derechos subjetivos son reconocidos por la ley para satisfacer intereses colectivos” (p. 15). Por lo tanto, los titulares de estos derechos saben desde un principio hacia dónde apuntan esos derechos y deben actuar en ese marco. Claramente esto no se contrapone con la necesaria consideración antes expuesta de que, en el derecho privado, debe reconocérsele al sujeto

un campo de acción amplio para que pueda satisfacer sus necesidades siempre alineadas al fin previsto por la norma.

Creemos que la postura objetivista o funcionalista es bastante más adecuada que la subjetivista para sustentar la figura del abuso del derecho. Sin embargo, consideramos que sería necio dejar de lado la importancia de la intención de dañar del agente porque a pesar de que hemos dicho que es complicada su prueba, ello no implica que sea imposible, mucho más si se la evalúa conjuntamente con el elemento objetivo de funcionalidad de los derechos subjetivos. Así, surge el criterio mixto o ecléctico que Toscano Garzón (2007) lo resume indicando que:

Esta posición combina los dos criterios expuestos y, en algunos casos, requiere de la intencionalidad o negligencia para calificar el acto como abusivo, pero en otros supuestos la sola violación de los fines establecidos por la ley, la moral y las buenas costumbres resulta suficiente para la persecución del acto contrario. (p. 18)

En realidad, como lo indicara en su momento López Mesa (2018), “en Derecho, los hechos concretos del caso son los que mandan, los que tienen la primacía, los que no pueden ser forzados o desnaturalizados y que las reglas jurídicas deben adaptarse a ellos y no al revés” (p. 64), con lo cual consideramos prudente indicar que seguramente la postura que más garantías entrega al momento de juzgar la existencia de abuso de un derecho es la objetiva o funcionalista pero, en base a los hechos del caso particular, sí que se puede acudir a la teoría subjetivista quizá no como argumento central, pero sí como un argumento adicional que sirva para explicar claramente a los justiciables por qué esa conducta es abusiva.

Por último, para finalizar este capítulo, consideramos necesario que, con todo lo que se ha dicho, expongamos nuestro criterio sobre la postura que adoptó el legislador ecuatoriano con la introducción de la figura en cuestión. Para ese fin, nos remitimos al Art. 36.1 del Código Civil ecuatoriano que recoge el instituto en los siguientes términos:

Constituye abuso del derecho cuando su titular excede irrazonablemente y de modo manifiesto sus límites, de tal suerte que se perviertan o se desvíen, deliberada y voluntariamente, los fines del ordenamiento jurídico (Asamblea Nacional, 2019).

Creemos que la norma ecuatoriana podría ser un ejemplo clarísimo del abuso del derecho considerado desde la postura ecléctica, es decir aquella que toma elementos de la teoría subjetivista y de la objetivista. Respecto de la primera teoría o postura, podemos observar cómo la norma ecuatoriana la invoca al considerar que los elementos ‘deliberación y voluntariedad’ deben acompañar al acto para que éste devenga en abusivo, lo que equivale a decir que el agente debe buscar la alteración de los fines de la norma o del ordenamiento jurídico; por otra parte, se materializa la postura objetivista o funcionalista en la norma en análisis cuando se hace referencia a la desviación de sus fines pues, como habíamos comentado, aquéllos no son disponibles para quien ejerce los derechos sino que, por el contrario, marcan su camino por ser parte de su razón de ser.

Creemos que el criterio adoptado por el legislador ecuatoriano es correcto porque, como habíamos dicho anteriormente, las dos posturas no se contraponen sino que se complementan. Asimismo, debemos decir que el análisis de la existencia o no de ejercicio abusivo de derechos subjetivos tiene carácter *a posteriori* pues, como bien dice Pinaglia-Villalón (2016), “el juicio negativo en que consiste el abuso del derecho se proyecta sobre el acto concreto en el que se materializa el ejercicio de un derecho, valorándose su perfil funcional, es decir, el fin o el resultado del acto” (p. 3).

Por último, es importante manifestar que el abuso del derecho, al ser un ilícito atípico –volviendo sobre la definición de Comanducci (2011)- tiene potencialidad dañosa lo cual, a su vez, debe generar en favor de la víctima la correspondiente acción. De ahí surge la interrogante, en constante debate a nivel doctrinario, sobre si el régimen de responsabilidad aplicable es el de responsabilidad contractual o extracontractual, cuestión que excede la temática de este trabajo sin embargo de lo cual dejamos sentada nuestra postura de que al ser una conducta *contra iure*, el régimen aplicable sería el de responsabilidad extracontractual.

CAPÍTULO 3

3. FORMAS EN QUE SE MANIFIESTA ESTE INSTITUTO JURÍDICO

Una vez que se han abordado algunos de los pormenores teóricos más importantes del abuso del derecho, corresponde exponer, en concordancia con el objetivo general de este capítulo, algunas de las formas en las cuales se manifiesta, para lo cual hemos creído conveniente analizar legislación no solo correspondiente al campo privado sino también al público para así demostrar lo que planteamos desde un principio cuando explicamos la importancia de la ubicación de la norma positiva, es decir, que el abuso del derecho se puede manifestar en cualquier campo en el que existan derechos subjetivos de por medio.

Sin embargo, es imprescindible tener en cuenta un aspecto esencial: el abuso del derecho no se manifiesta de igual manera en el ámbito público que en el privado. En el primero, consecuencia de la máxima jurídica que dicta que ‘en derecho público puede hacerse solamente lo expresamente permitido, todo lo demás se entiende prohibido’, las normas que otorgan derechos subjetivos son pensadas para fines y objetivos muy específicos que no son moldeables por parte de los titulares, consecuencia de ese carácter restrictivo del derecho público, razón por la cual mucha parte de la doctrina hace referencia a que en este ámbito del derecho existe desviación del poder, un relativo abuso del derecho pero visto desde lo público. En ese sentido, las palabras de Palombella (2006) explican a la perfección la diferenciación que proponemos, al decir que “(...) Un poder público que, a diferencia del privado que es libre en la persecución de sus objetivos, está instituido para conseguir fines que materializan el interés público” (p. 18); por otro lado, como si se tratase de una moneda, en derecho privado existe la máxima que dicta que ‘se puede hacer todo lo que no esté expresamente prohibido’, regla de la cual se desprende que el titular de derechos subjetivos goza de libertad en sus acciones y por tanto de libertad en el ejercicio de sus derechos lo cual no implica que no tenga límites pues, como hemos visto, la buena fe, la solidaridad, las buenas costumbres, etc., son principios que guían la conducta de las personas.

Con esa puntualización, corresponde ahora sí observar cómo el abuso del derecho se puede manifestar en la práctica, dejando claro que los ejemplos que a continuación se muestran son solamente algunos de los muchísimos casos que pueden presentarse.

3.1. El abuso del derecho en el Código Civil.

El Art. 351, inciso cuarto del cuerpo legal en cuestión establece lo siguiente:

Los alimentos se dividen en congruos y necesarios. (...) Los alimentos, sean congruos o necesarios, comprenden la obligación de proporcionar al alimentario menor de dieciocho años, cuando menos, la enseñanza primaria. (Asamblea Nacional, 2019)

Es necesario referir, como nota, que el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia contempla también, en su Art. 4, la posibilidad de reclamar derecho de alimentos para los adultos comprendidos en el rango de entre 18 y 21 años de edad, siempre que se encuentren cursando estudios en cualquier nivel educativo, a lo que hay que sumar que el hijo que no pueda subsistir por sus propios medios por enfermedad mental o discapacidad física puede reclamar este derecho de forma vitalicia. Dicho eso, hay que partir en el análisis del hecho de que el derecho de alimentos que se reconoce en favor de ciertas personas tiene por finalidad satisfacer sus necesidades básicas. Comúnmente, el derecho de alimentos para los hijos suele ser reclamado por el padre, madre o representante legal bajo cuyo cuidado viven. En el artículo transcrito el legislador especificó uno de los fines del derecho de alimentos el cual es proporcionar al menos educación primaria al beneficiario menor de 18 años. Una pregunta que surge es: ¿qué sucede cuando quien reclama el derecho de alimentos para sí o para alguna de las personas detalladas en el Art. 349 del Código Civil lo emplea para fines completamente distintos? En la práctica se suele observar frecuentemente que padres, madres, familiares y, en definitiva, quienes cuidan de menores acuden ante el órgano jurisdiccional y reclaman alimentos por ellos y el dinero que perciben lo usan para su beneficio personal. Lo que sucede en esos casos es que, como representantes legales, ‘ejercen’ en nombre de los beneficiarios sus derechos pero con otra finalidad que la contemplada en la ley.

El Art. 798 del cuerpo legal civil, en relación con el derecho de usufructo, establece lo siguiente:

Si la cosa dada en usufructo comprende minas y canteras en actual laboreo, podrá el usufructuario aprovecharse de ellas; y no será responsable de la disminución de productos que en consecuencia sobrevenga, con tal que haya observado las disposiciones de la ordenanza respectiva. (Asamblea Nacional, 2019)

La razón de ser de esta disposición legal es favorecer en la mayor medida posible al usufructuario respecto de la cosa que usufructúa. Sin embargo, puede existir abuso del derecho –en este caso abuso del derecho de usufructo- si es que el usufructuario se aprovecha de la disminución de productos en razón de que no exista la ordenanza respectiva. Aquello es poco probable pero podría darse y en ese caso seguramente habrían dos posturas: la del usufructuario que alegue que puede aprovecharse ilimitadamente de las minas y canteras y de sus productos porque no existe una ordenanza que prevea puntualmente aquello; por otro lado, la postura de quien alegue abuso del derecho podría ser que el usufructuario está ejerciendo abusivamente su derecho debido a que aprovecharse en tal medida de las minas y canteras es contrario a la buena fe pues su intención es no solamente servirse de ellas sino vender los productos que de ellas obtenga lo cual no está dentro de los límites del derecho de usufructo que contempla el goce de una cosa con cargo de conservación.

El Art. 933 del cuerpo legal civil contiene la definición de la acción reivindicatoria en los siguientes términos:

La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírsela. (Asamblea Nacional, 2019)

Esta acción tiene su razón de que ser que no es otra que proporcionar un medio idóneo al dueño no poseedor de una cosa para que ella vuelva a su dominio. Sin embargo, es evidente que la acción no tendrá lugar cuando se trate del dueño no poseedor de una cosa que la ha entregado en usufructo o comodato, por ejemplo, pues el poseedor no dueño cuenta con un justo título que avala su tenencia de la cosa. Si bien esto no se especifica en la definición, mediante una interpretación contextual se puede atribuir ese significado. Sin embargo, en los mismos ejemplos de comodato y/o usufructo propuestos podría darse abuso de derecho cuando el dueño no poseedor simplemente trate de turbar al poseedor no dueño planteando la acción, luego de lo cual se le citará con la demanda al poseedor no dueño, éste contestará a la demanda, se trabará la Litis y seguramente en la audiencia respectiva se desestimarán la demanda sin embargo de lo cual hasta que eso pase, el dueño no poseedor habrá logrado su cometido de causar molestia o daño al poseedor no dueño. Casos como este tienen estrecha relación con el abuso del derecho en el proceso, que se analizará en el siguiente capítulo sin embargo de lo cual es importante

dejar sentado que aunque ejemplos como el propuesto suenen ridículos en el ámbito jurídico, igual suceden con el patrocinio de abogados, lo cual resulta lamentable.

El Art. 960 del cuerpo legal en cuestión establece lo siguiente respecto de las acciones posesorias:

Las acciones posesorias tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos.
(Asamblea Nacional, 2019)

En esta disposición se puede apreciar algo fundamental que sirve para juzgar si existe o no abuso de derecho, en razón de que delimita el objeto de estas acciones y orienta la acción del titular que las quiere ejercer. En la misma línea de lo expuesto respecto de la disposición legal anterior, una persona cuyo único propósito sea causar molestia a la otra podría ejercer esta acción, en cuyo caso estaríamos ante abuso del derecho observado desde la postura subjetivista. Piénsese en el caso de un poseedor de mala fe de un bien raíz que lo único que quiere es que su posesión irregular dure un poco tiempo más. En ese caso podría pasar, por ejemplo, que el anterior poseedor que estaba de buena fe intente recuperar la posesión del bien raíz ante lo cual el poseedor de mala fe plantee una acción posesoria con la finalidad de conservar la posesión de ese bien. A primera vista, el poseedor de mala fe estaría ejerciendo un derecho que la ley le concede pero, bien analizado el caso, se verificará que es un poseedor de mala fe ante lo cual desistirá de la acción, como frecuentemente sucede en otros casos, sin embargo de lo cual habrá logrado su cometido de alargar su posesión e incluso obtener beneficios ilegítimos de ella.

La disposición legal contenida en el Art. 1505 del Código Civil es, con seguridad, la que más se presta, en la práctica, a la concreción del abuso del derecho. La referida norma establece:

En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. (Asamblea Nacional, 2019)

En principio, podría pensarse que, por la redacción de la norma, se trata de un derecho absoluto, que no admite restricciones, mucho más si se toma la frase “a su

arbitrio” utilizada por el legislador. Pero lo cierto es que ningún derecho es absoluto, todos los derecho están sujetos a límites y más en este caso en el que el arbitrio al que hace referencia la norma podría devenir en una situación aún más perjudicial para el deudor incumplidor, lo cual no es sostenible porque por más que haya incumplido la ejecución de la prestación a la que se obligó, aquello no implica *per se* que tenga que soportar cualquier consecuencia que de ello se derive, mucho menos alguna que lo perjudique.

La tratadista chilena Patricia López Díaz (2012) ha dicho, sobre el abuso del derecho de opción del acreedor, lo siguiente:

En nuestra opinión, existirá abuso del derecho de opción en aquellos casos que el acreedor escoge un remedio por incumplimiento, no con la finalidad de satisfacer su interés contractual, sino con el propósito de causar perjuicio al deudor o cuando sin desear tal perjuicio lo acepta, existiendo una extrema desproporción entre el interés del titular y el efecto negativo que produce en otra persona el ejercicio del Derecho. (p. 23)

Siguiendo las ideas de la referida autora chilena, es importante que no se pierda de vista que el contrato es un instrumento en el cual se plasman intereses de ambos contratantes, no solamente del acreedor. De ello se sigue que, aun incumpliendo su parte el deudor, éste tiene todavía un interés contractual que consiste, en ese punto, en liberarse del vínculo obligacional. Ahí es donde se debe tener en cuenta a la norma en análisis debido a que confiere al acreedor cumplidor la facultad de elegir entre cumplimiento forzoso del contrato, resolución del mismo y, en ambos casos, con posibilidad de reclamar daños y perjuicios. Sin embargo, cabe preguntarse qué sucede cuando el acreedor elige la vía del cumplimiento forzoso y el cumplimiento de aquella prestación ha devenido en excesivamente onerosa para el deudor de modo que cumplirla la causará un perjuicio irrazonable. En ese caso, ¿debería permitírsele al acreedor ir por la vía del cumplimiento forzoso del contrato, sabiendo que aquello causará un perjuicio desmedido al deudor, no previsto al momento de contratar? O pensemos en el caso que el acreedor elige la opción de la resolución del contrato por un incumplimiento de parte del deudor que, a la luz de todo el contrato, no reviste mayor importancia. En ambos casos propuestos podría decirse que el acreedor está decidiendo sobre la base de una facultad que le otorga el

ordenamiento jurídico, lo cual es evidentemente cierto. Sin embargo, consideremos un par de situaciones en cada uno de los ejemplos:

Respecto del primer caso en que el acreedor exige el cumplimiento forzoso del contrato, existe un ejemplo muy decidor tratado por la autora antes referida, cual es el siguiente: una persona, Juan, contrata con un arquitecto la construcción de una casa y en el contrato se detallan las especificaciones de las dimensiones de cada espacio, de los materiales a usar en cada uno de ellos, etc. Al momento de la entrega de la casa por parte del arquitecto, Juan verifica que las tuberías instaladas en la casa no son de la marca que él había pedido sino que son de otra marca y que las dimensiones de los baños son diferentes en algunos pocos centímetros. Juan acude al órgano de administración de justicia y demanda el cumplimiento forzoso del contrato en los siguientes términos: que se disponga el derrumbe y nueva construcción de la casa, cumpliendo puntualmente lo pactado en el contrato, con todas las especificaciones tal cual están contempladas. Si bien aquello es posible, al deudor incumplidor, en este caso el arquitecto, cumplir semejante tarea le resulta desproporcionadamente perjudicial, la obligación deviene en excesivamente onerosa por lo cual, a pesar de que el ordenamiento jurídico le otorga la opción de elegir el cumplimiento forzoso, dar paso a ello sería avalar un abuso del derecho por parte del acreedor toda vez que no parece razonable cargarle semejante peso, a pesar de que haya incumplido el contrato, lo cual no está en duda. Ante aquella negativa, el acreedor cumplidor tendrá que buscar una opción menos gravosa para el deudor, cual podría ser la indemnización de perjuicios, rebaja de la cuantía del contrato, etc.

Respecto del segundo caso en que el acreedor exige la resolución del contrato, piénsese en lo siguiente: en el mismo caso del supuesto anterior, en que Juan contrata con un arquitecto la construcción de su casa, supóngase que éste último ha colocado espejos diferentes en los baños de los que habían sido pactados en el contrato. Ante ello, Juan acude al órgano de administración de justicia y demanda la resolución del contrato. Lo primero que habría que preguntarse es si el incumplimiento del arquitecto es grave, esencial o resolutorio –criterios esbozados por López Díaz (2012)- para, en base a ello, juzgar si cabe o no la resolución. Si el incumplimiento no reviste esas características, es decir que estamos ante un incumplimiento que, a la luz de todo el contrato, no es mayor ni afecta sustancialmente a la totalidad del objeto del contrato, lo siguiente que cabe preguntarse es: ¿No es la resolución del contrato una medida desproporcional en relación

a los hechos del caso? Volviendo sobre lo que se dijo en líneas anteriores, no se discute en lo absoluto que estemos ante un incumplimiento contractual; lo que se discute es que si el incumplimiento es de tal magnitud que avale la toma de semejante decisión. La respuesta, a nuestro criterio, es que el incumplimiento no es sustancial pues la casa está construida, los espacios son de las dimensiones acordadas y únicamente pocos de los artículos para determinados espacios de la casa no son los acordados por lo que autorizar la resolución del contrato parecería desmedido e irrazonable. La autora chilena en cuestión recoge una frase utilizada por uno de los magistrados ponentes de la Corte de Apelaciones de Concepción: “(...) no podría aceptarse que las minucias tengan más trascendencia que aquello que es sustancial en la relación contractual” (p. 34).

Con todo lo dicho, ratificamos lo dicho al principio del análisis de esta norma que contempla la cláusula resolutoria tácita: es uno de los casos que con más frecuencia se verifican en la práctica y en donde más se puede encontrar materializado el abuso del derecho.

El Art. 1555 del cuerpo legal civil refiere sobre la reducción de la pena por cumplimiento parcial, en los siguientes términos:

Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal, y el acreedor acepta esa parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por la falta de cumplimiento de la obligación principal. (Asamblea Nacional, 2019)

Si bien el contenido de esta norma es del todo lógico, podría generar inconvenientes. Piénsese, por ejemplo, en que un arquitecto es contratado para la construcción de una casa y en el contrato respectivo se incluye una cláusula penal que busca asegurar el cumplimiento del contrato en su totalidad, es decir, la casa construida. El arquitecto puede aprovechar –ilegítimamente- de este derecho de reducción para avanzar lentamente, poco a poco la construcción que le fue encargada y exigir, con esos pocos avances, que se le rebaje la cláusula penal hasta llegar al punto que aquella pierda sentido por completo en razón de que el acreedor reclamará por ese concepto una suma dineraria totalmente diferente de la que pensó para el caso de incumplimiento por parte del arquitecto pero, aún más importante, no habrá logrado disuadir del incumplimiento al

profesional lo cual, a la luz del ejemplo, habría sido el objetivo principal pues al acreedor principalmente lo que le interesa es que la obligación sea cumplida.

El Art. 1763 del cuerpo legal en cuestión refiere sobre la venta a prueba o gusto, en tratándose del contrato de compraventa, en los siguientes términos:

Si se estipula que se vende a prueba, se entiende no haber contrato mientras el comprador no declara que le agrada la cosa de que se trata; y la pérdida, deterioro o mejora pertenece, entre tanto, al vendedor. (Asamblea Nacional, 2019).

Si bien en la práctica no es muy común encontrarse con situaciones en las que se presente este supuesto, la norma se encuentra vigente y es válida. Piénsese en el caso en que una persona acuda a un almacén de colchones e indique a la persona que le atiende que sufre de problemas de la columna y que necesita un colchón con características especiales. Una vez que logran hallar el colchón acorde a los requerimientos del cliente, éste manifiesta que lo comprará solo en la medida en que le resulte beneficioso para su problema de salud y que, por ello, solicita que le permitan utilizar el colchón por 20 días ante lo cual los dueños del almacén acceden a regañadientes. Pasado ese tiempo el personal del almacén solicita al cliente un pronunciamiento respecto de si compra o no el colchón y éste decide no comprarlo, sin embargo de lo cual, días después, uno de los trabajadores del almacén de colchones descubre que el mismo cliente ya ha obrado de esa forma en varios otros almacenes de colchones con lo cual se verificaría que, en la práctica, aquel cliente abusa de su derecho incluso dolosamente.

El inciso segundo del Art. 1766 del Código Civil establece, respecto del tiempo para la entrega de la cosa en el contrato de compraventa, lo siguiente:

(...) Si el vendedor, por hecho o culpa suya, ha retardado la entrega, podrá el comprador, a su arbitrio, perseverar en el contrato o desistir de él; y en ambos casos, con derecho para ser indemnizado de los perjuicios, según las reglas generales (...). (Asamblea Nacional, 2019)

Este es un caso muy parecido al ya referido sobre la condición resolutoria tácita. Al respecto, debemos ser enfáticos en manifestar que esta facultad que se le otorga al comprador podría avalar, a primera vista, abuso del derecho. Piénsese en que

efectivamente el vendedor ha retardado la entrega de la cosa, un vehículo, algunas horas después de lo pactado por motivos ajenos a su voluntad que no constituyan caso fortuito o fuerza mayor. En ese caso, por ese simple hecho el comprador puede desistir del contrato sin dar mayor razón de su decisión lo cual mostraría, como ya se ha dicho en este trabajo, que su intención verdadera no fue nunca honrar el compromiso contraído y que buscó la excusa más pequeña para dejar de cumplir lo pactado. En otras palabras, un incumplimiento que a la luz del contexto contractual se mira como insignificante podría dar lugar a que no se cumpla un contrato.

El Art. 1923 del Código Civil refiere sobre la facultad de sembrar o plantar en predios rústicos, en los siguientes términos:

La facultad que tenga en colono para sembrar o plantar no incluye la de derribar los árboles para aprovecharse del lugar ocupado por ellos; salvo que así se haya expresado en el contrato. (Asamblea Nacional, 2019)

Este ejemplo es interesante en los tiempos en que se redacta este trabajo debido a que la siembra de cannabis no psicoactivo ha sido reconocida por las recientes reformas del Código Orgánico Integral Penal como una actividad lícita sujeta a ciertos requisitos. Si una persona quiere dedicarse a esta actividad debe solicitar una licencia, solicitud a la cual debe acompañar el contrato de arrendamiento –si es que no tiene un terreno propio- del bien raíz en donde se vaya a sembrar esta semilla, con la particularidad de que en el contrato el dueño del predio indique que conoce que ahí se sembrará cannabis no psicoactivo. ¿Qué ocurre si la autoridad competente no verifica que exista esa declaración del dueño del terreno y aun así conceda la licencia? A la luz de la disposición legal en comento, lo que ocurriría sería que el colono –que en el ejemplo es el arrendatario solicitante de la licencia para sembrar cannabis no psicoactivo- estaría abusando de su derecho o facultad de sembrar o plantar pues estaría pervirtiendo los fines de la norma que le otorga ese derecho.

El Art. 2015 del cuerpo legal civil refiere sobre la renuncia de mala fe de un socio en el contrato de sociedad, en los siguientes términos:

Renuncia de mala fe el socio que lo hace por apropiarse de una ganancia que debía pertenecer a la sociedad. En este caso podrán los socios obligarle

a partir con ellos las utilidades del negocio, o a soportar exclusivamente las pérdidas, si el negocio tuviere mal éxito. (Asamblea Nacional, 2019)

Lo primero que cabe decir de esta disposición legal es que en ella no puede configurarse abuso del derecho, en razón de que ya contempla una sanción para el caso de que el socio ejerza su derecho con un fin distinto del previsto por la norma. Sin embargo, igual vale referirse a ella por dos motivos: primero, la norma prevé ya una probable actuación de mala fe del titular de ese derecho lo cual es interesante debido a que, como se había dicho anteriormente, una de las formas de identificar el abuso del derecho es partir del opuesto de la buena fe; segundo, porque aquí se muestra cómo el legislador, quizá sin saber siquiera de la existencia de la figura del abuso del derecho, entendió que esta facultad puntual estaba pensada para unas situaciones particulares y que cualquier otro objetivo que se persiguiese con el ejercicio de este derecho debía ser sancionado. Además, el artículo siguiente, el 2016, refiere sobre la renuncia intempestiva y complementa al artículo en análisis, lo cual deja ver un entendimiento cabal del legislador de que los derechos deben ser ejercidos por sus titulares según su función y no de forma antojadiza.

El Art. 2037 del cuerpo legal civil refiere sobre la cláusula de libre administración en el mandato, en los siguientes términos:

Cuando se da al mandatario la facultad de obrar del modo que más conveniente le parezca, no por eso se entenderá autorizado para alterar la sustancia del mandato, ni para los actos que exigen poderes o cláusulas especiales (...). (Asamblea Nacional, 2019)

Lo importante de esta disposición, a nuestro modo de ver, es que se hace énfasis en que el contrato de mandato tiene su propia sustancia, su finalidad, y cualquier uso que de él se haga con la finalidad de pervertir aquellas directrices se entiende no permitido, con lo cual se deja abierta la puerta a que otra norma, como por ejemplo la del Art. 36.1 del abuso del derecho la complementa, otorgándole un efecto a ese uso desviado de su finalidad.

El Art. 2069 del cuerpo legal en cuestión refiere sobre la revocación unilateral del mandato, en los siguientes términos:

El mandante puede revocar el mandato a su arbitrio, y la revocación, expresa o tácita, surte efecto desde el día en que el mandatario ha tenido conocimiento de ella; sin perjuicio de lo establecido en el Art. 2076. (Asamblea Nacional, 2019)

Esta disposición legal es interesante, a la luz del abuso del derecho, por lo siguiente. Piénsese en que el mandatario, con conocimiento del mandante, está a punto de firmar un contrato cualquiera que, evidentemente, obliga al segundo. Previo a la firma del contrato, el mandante revoca el mandato, sin embargo de lo cual el mandatario, sin conocimiento de aquella revocación, firma igualmente el contrato. Aquello obliga al mandante respecto de terceros de buena fe pero, a la luz del inciso 2do del Art. 2076, confiere derecho al mandante para reclamar indemnización de parte del mandatario. En el ejemplo propuesto, es evidente que el mandante obró de mala fe, trató no ya de evitar el cumplimiento de las obligaciones que se generaron en virtud de aquel contrato, sino de obtener una indemnización del mandatario a todas luces irrazonable.

3.2. El abuso del derecho en la Contratación Pública.

Para este sub-capítulo nos remitimos a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en la cual expondremos algunos casos en los cuales se puede configurar abuso del derecho:

El Art. 35 del referido cuerpo legal refiere sobre los adjudicatarios fallidos, en los siguientes términos:

Si el adjudicatario o los adjudicatarios no celebraren el contrato por causas que les sean imputables, la máxima autoridad de la entidad, declarará fallido al adjudicatario o a los adjudicatarios y notificará de esta condición al SERCOP.

El adjudicatario fallido será inhabilitado del RUP por el plazo de tres (3) años, tiempo durante el cual no podrá contratar con las Entidades Contratantes previstas en esta ley.

Con la declaratoria de adjudicatario fallido, la máxima autoridad o su delegado, adjudicará el contrato al siguiente oferente según un orden de

prelación, de convenir a los intereses nacionales o institucionales.
(Asamblea Nacional, 2020)

La disposición legal en comento presenta varias particularidades interesantes a la luz del tema de este trabajo, por los motivos siguientes: en primer lugar, hay que mencionar que no se exige, en ninguna parte de la norma, que aquella actuación de la máxima autoridad de la Entidad Contratante deba ser debidamente motivada o justificada por lo que ella puede, a su criterio, juzgar que el contrato no se ha celebrado por causas imputables a el/los adjudicatarios y no solo que no celebrará el contrato con aquel adjudicatario sino que, además, éste será inhabilitado por ser declarado fallido, con lo cual queda en evidencia que las facultades otorgadas por esta norma pueden ser desviadas hacia fines no previstos por la máxima autoridad de una Entidad Contratante. Pero no termina ahí pues lo que puede suceder es que la máxima autoridad haya actuado de esa forma buscando favorecer al oferente siguiente en la lista, con lo cual no solo que se habría desviado el fin de la norma para no contratar con determinado adjudicatario sino que, además, se habría desviado también el fin de la norma para favorecer a un tercero.

El Art. 37 del cuerpo legal en cuestión refiere sobre la contratación de consultoría, en los siguientes términos:

La consultoría será ejercida por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que, para celebrar contratos con las entidades sujetas a la presente Ley, deberán inscribirse en el Registro Único de Proveedores RUP.

La participación de consultores extranjeros, en los procesos de contratación pública, sean estos personas naturales o jurídicas, se limitará a los servicios, campos, actividades o áreas en cuyos componentes parcial o totalmente no exista capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional, certificadas por el Servicio Nacional de Contratación Pública quien para el efecto de proporcionar esta certificación deberá solicitar mediante aviso público la presentación de expresiones de interés de proveedores de bienes y servicios nacionales. Si en un plazo de ocho (8) días de solicitada dicha expresión de interés no existen interesados nacionales, o los que manifiesten su interés no cumplen con la capacidad

técnica o experiencia solicitada, entonces autorizará a la entidad el concurso de prestadores de servicios de consultoría extranjeros. (Asamblea Nacional, 2020)

Respecto de la norma en análisis queda claro que el Servicio Nacional de Contratación Pública tiene la facultad de autorizar a una Entidad Contratante la contratación de servicios de auditoría con extranjeros, siempre que se certifique que no existe la capacidad de prestar esos servicios en el país. Para el efecto, no deben haber existido al respecto expresiones de interés por parte de proveedores de bienes y servicios nacionales. Una pregunta que surge es, ¿qué sucede si es que el Servicio Nacional de Contratación Pública realiza el aviso público en términos poco claros y, consecuencia de ello, no existen expresiones de interés por parte de oferentes nacionales? En la práctica, el Servicio Nacional de Contratación Pública certificará que no existen aquellas expresiones y, por lo tanto, autorizará a la Entidad Contratante para que proceda a la contratación de servicios de consultoría con extranjeros. Lo reprochable en este caso sería que el Servicio Nacional de Contratación Pública ejerció una facultad que la ley le concede pero, desde antes de ejercerla, aquella ya estaba viciada porque no tuvo por objeto que realmente existan manifestaciones de interés por parte de proveedores nacionales, sino todo lo contrario, para luego poder entregar aquella certificación, con lo cual probablemente se impidió que profesionales nacionales puedan ser preferidos en esos servicios antes que profesionales extranjeros que, al final, es uno de los objetivos mayores de la ley.

El Art. 55 del cuerpo legal en cuestión refiere sobre las particularidades del procedimiento especial de contratación por precio fijo, en los siguientes términos:

(...) La terminación por mutuo acuerdo de estos contratos procederá exclusivamente por causas de fuerza mayor o caso fortuito aducidas por el contratista y aceptadas por la Entidad Contratante; o señaladas por ésta última (...). (Asamblea Nacional, 2020)

En el caso de la norma en comento pueden darse, al menos, un par de situaciones. Piénsese en que la pandemia del COVID-19 impidió que el contrato se desarrolle normalmente, ante lo cual el contratista alega ante la Entidad Contratante la imposibilidad de cumplir el contrato y, consecuentemente, la terminación del mismo. La norma

establece que la Entidad Contratante debe aceptar aquella causa de no cumplimiento del contrato como razón para su terminación, lo cual, aunque imperceptiblemente, nos lleva al campo de la discrecionalidad –que si bien es necesaria, pues el Derecho no es exacto, en manos y mentes equivocadas genera arbitrariedad- en donde la última palabra la tiene la Entidad Contratante. Por otra parte, la Entidad Contratante puede ser quien alegue la pandemia como causa de fuerza mayor para justificar la terminación del contrato pero, a diferencia del caso anterior, el contratista no tiene la facultad de aceptar o no, basta con que la Entidad Contratante lo alegue. Evidentemente que cada caso concreto debe analizarse a la luz de los hechos que lo configuran, pero ese mayor poder que tiene el Estado en el ámbito de la Contratación Pública puede degenerar, como ya hemos dicho, en arbitrariedad.

Respecto de la supervisión en los procedimientos especiales de contratación integral por precio fijo, la Ley en comento establece lo siguiente en su Art. 56:

Este tipo de contratos estarán sujetos a la supervisión de la Entidad Contratante, que podrá ser realizada por sí misma o por terceros. La supervisión vigilará que el contratista se rija a las especificaciones técnicas requeridas y a las obligaciones en cuanto a calidad y origen de los componentes de la obra, establecidos en el contrato. (Asamblea Nacional, 2020)

Esta disposición legal hay que entenderla en su dimensión práctica, real, en la cual se verifica que la Entidad Contratante se convierte en juez y parte en la ejecución de ese contrato y, lo que se previó como una facultad para dirigir la correcta marcha del plan contractual, se puede convertir en una herramienta de la cual se puede valer una Entidad Contratante para dificultar al contratista la realización de su cometido.

El Art. 57 de la Ley en cuestión regula lo referente a las contrataciones en situación de emergencia, en los siguientes términos:

Para atender las situaciones de emergencia definidas en el número 31 del artículo 6 de esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia, para justificar la contratación. Dicha resolución se publicará en el Portal

COMPRASPÚBLICAS.

La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscrito el respectivo contrato. (Asamblea Nacional, 2020)

En los tiempos en los que se escribe este trabajo, esta disposición legal es sumamente controvertida y no tanto por su contenido o su finalidad, sino por su dolosa aplicación. Valiéndose de la emergencia sanitaria que atraviesa el país como consecuencia de la pandemia por el COVID-19, ha sido frecuente el ejercicio de la facultad contenida en esta norma pero, lamentablemente, no para los fines deseados por el legislador. Al respecto, vale hacer referencia a los varios procesos legales que enfrentan las máximas autoridades administrativas de hospitales del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social quienes, aduciendo falta de medicinas durante la pandemia –y con la declaratoria de emergencia ya expedida en el ámbito sanitario- realizaron contrataciones de forma directa con proveedores de medicinas, pagando sobrepagos insultantes a la razón humana y claro, la defensa de los procesados ha girado en torno a que ‘ejercieron el derecho que la ley les concedía para realizar contrataciones directas por situación de emergencia’ con lo cual queda evidenciado un problema social al cual nos enfrentamos todos los ciudadanos que se resume en intentar siempre obtener más beneficios, sin importar el medio sino el fin.

El Art. 58 de la Ley en comento refiere sobre la declaratoria de utilidad pública, en los siguientes términos:

Cuando la máxima autoridad de la institución pública haya resuelto adquirir un determinado bien inmueble, necesario para la satisfacción de las necesidades públicas, procederá a la declaratoria de utilidad pública y de interés social de acuerdo con la Ley.

A la declaratoria se adjuntará el certificado del registrador de la propiedad;

el avalúo establecido por la dependencia de avalúos y catastros del respectivo Gobierno Autónomo Municipal o Metropolitano; la certificación presupuestaria acerca de la existencia y disponibilidad de los recursos necesarios para el efecto; y, el anuncio del proyecto en el caso de construcción de obras de conformidad con la ley que regula el uso del suelo. (Asamblea Nacional, 2020)

En cuanto a la declaratoria de utilidad pública, es importante indicar que, a nuestro modo de ver, el legislador entendió su sensibilidad y trató de delimitar, lo mejor posible, el ejercicio de esta facultad por parte del Estado en sus diferentes estamentos. Consideramos que al entrar en disputa tanto el interés público cuanto el derecho de propiedad del expropiado, el legislador ha delimitado muy puntualmente el alcance de su facultad de expropiar y los requisitos puntuales que deben cumplirse. A pesar de ello, subsiste la posibilidad de que el expropiado pueda pedir la reversión de la expropiación si el inmueble no ha sido destinado al fin expuesto, sin embargo de lo cual aquello ya no recae sobre el ámbito del abuso del derecho, pues se encuentra regulado puntualmente.

Los Arts. 88 y 89 del cuerpo legal en análisis establecen directrices encaminadas hacia un mismo fin. Su texto reza textualmente lo siguiente, respectivamente:

Art. 88. Si al ejecutarse la obra de acuerdo con los planos y especificaciones del contrato se establecieren diferencias entre las cantidades reales y las que constan en el cuadro de cantidades estimadas en el contrato, la entidad podrá ordenar y pagar directamente sin necesidad de contrato complementario, hasta el cinco por ciento (5%) del valor del contrato principal, siempre que no se modifique el objeto contractual. A este efecto, bastará dejar constancia del cambio en un documento suscrito por las partes.

Art. 89. La Entidad Contratante podrá disponer, durante la ejecución de la obra, hasta del dos por ciento (2%) del valor del contrato principal, para la realización de rubros nuevos, mediante órdenes de trabajo y empleando la modalidad de costo más porcentaje. En todo caso, los recursos deberán estar presupuestados de conformidad con la presente Ley. (Asamblea Nacional, 2020)

En ambos casos, la Ley otorga a la Entidad Contratante, es decir a su máxima autoridad administrativa, la facultad de desembolsar cantidades dinerarias adicionales a las presupuestadas inicialmente. Al respecto, cabe decir que estas facultades tienen su razón de ser en la propia Ley pues en su Art. 9 se establece que uno de los objetivos del Sistema Nacional de Contratación Pública es “garantizar la calidad del gasto público”. Así, la máxima autoridad administrativa de la Entidad Contratante que ejercite esta facultad debe guiarse por este objetivo pues, caso contrario, se estaría incurriendo en lo previsto en el Art. 36.1 del Código Civil, al desviarse los fines del ordenamiento jurídico.

3.3. El abuso del derecho en el ámbito societario.

Para el presente sub capítulo, hemos creído conveniente analizar las formas en que se verifica el abuso del derecho en algunas de las disposiciones de la Ley de Compañías.

El Art. 1 del referido cuerpo legal refiere lo que debe entenderse por contrato de compañía, en los siguientes términos:

Contrato de compañía es aquel por el cual dos o más personas unen sus capitales o industrias, para emprender en operaciones mercantiles y participar de sus utilidades. (Asamblea Nacional, 2020)

En relación con la transcrita disposición encontramos el Art. 3 de la misma ley que dispone lo siguiente:

Se prohíbe la formación y funcionamiento de sociedad mercantiles contrarias a la Constitución y la ley; de las que no tengan un objeto real y de lícita negociación; y, de las que no tengan esencia económica (...). (Asamblea Nacional, 2020)

Las disposiciones citadas muestran un claro ejemplo de cómo el legislador ecuatoriano ha entendido el objetivo de las sociedades mercantiles y ha tratado de blindar alternativas que puedan usar los destinatarios y que sean contrarias a los fines previstos. Vale decir que respecto de estas normas no se podría verificar, en principio, el abuso del derecho porque, como ya hemos dicho, si existe regulación específica para el caso, es inútil e inoficioso invocar la figura. Lo que se quiere destacar en este punto son los esfuerzos realizados por el legislador ecuatoriano, entendiendo que, por ejemplo, muchas veces se constituyen sociedades mercantiles con el único propósito de que esa persona

jurídica naciente funcione como un escudo que no permita que sus acreedores vayan contra las personas naturales o jurídicas que detrás de ella operan, como es el caso que, como expusimos en el primer capítulo de este trabajo, motivó la inclusión de la figura del abuso del derecho en la legislación ecuatoriana pues, como se recordará, se criticaba la existencia de personas jurídicas que no respondían por sus obligaciones tributarias y patronales y funcionaban bajo un esquema societario que hacía muy difícil encontrar a las personas determinadas que cumplieran esas obligaciones. Además, es de destacar que, por ejemplo, el Servicio de Rentas Internas (SRI) anualmente publica un listado de compañías ‘fantasmas’ o ‘de fachada’ de las cuales se ha verificado que no operan realmente y que, por el contrario, son usadas para fines como deducción de renta gravable por supuestas transferencias de bienes o prestaciones de servicios. Todo ello muestra que, respecto de las sociedades mercantiles, existe un esfuerzo mancomunado de la legislación y el servicio público por velar por su correcto funcionamiento.

El Art. 55 de la ley en cuestión refiere sobre los derechos de los socios de las compañías en nombre colectivo, en los siguientes términos:

El socio de la compañía en nombre colectivo tiene los siguientes derechos:

- a) Percibir utilidades;
- b) Participar en las deliberaciones y resoluciones de la compañía;
- c) Controlar la administración;
- d) Votar en la designación de los administradores; y,
- e) Recurrir a los jueces solicitando la revocación del nombramiento del administrador, en los casos determinados en el Art. 49 (...). (Asamblea Nacional, 2020)

Como comentario general respecto de todos estos derechos, vale decir que cada uno de ellos tiene un fin específico que debería ser respetado por sus titulares, es decir por los socios, pues estos derechos son pensados para el normal y correcto desenvolvimiento de la compañía en relación con sus socios. Piénsese que el derecho de participar en las deliberaciones y resoluciones de la compañía está diseñado para que los socios puedan expresar sus ideas sobre qué piensan ellos que es lo mejor para el futuro de los negocios en los que la persona jurídica está involucrada sin que se uno de los fines pueda ser dilatar innecesariamente resoluciones urgentes por el solo hecho de no estar de

acuerdo con un consocio, por ejemplo. Asimismo, el derecho que tienen los socios de controlar la administración no está diseñado para que ellos tomen las decisiones por sí solos y las ejecuten sino que simplemente deben ejecutar las resoluciones tomadas por el órgano correspondiente de la compañía, siguiendo su estructura organizacional. En definitiva, los fines de los derechos de los socios no pueden interferir en el normal funcionamiento de la compañía por el simple hecho de que no están diseñados ni pensados para ese fin.

El Art. 67 del referido cuerpo legal establece lo siguiente, en relación con los derechos de los socios comanditarios:

El comanditario tiene derecho al examen, inspección, vigilancia y verificación de las gestiones y negocios de la compañía; a percibir los beneficios de su aporte y a participar en las deliberaciones con su opinión y consejo, con tal que no obste la libertad de acción de los socios solidariamente responsables (...). (Asamblea Nacional, 2020)

Es importante ver cómo el legislador ha demarcado el derecho que los socios tienen en participar en las deliberaciones de la compañía, pues limita el radio de acción del ejercicio de su derecho con la libertad de los socios solidariamente responsables, lo cual es interesante porque el legislador entiende que cada uno, tanto los socios comanditarios cuanto los solidariamente responsables, tienen sus funciones específicas y su actividad está destinada a determinados fines. En abstracto es complicado pensar en casos concretos de este supuesto pero la pauta que deja entrever la norma es que entre libertad de acción de socios solidariamente responsables y socios comanditarios, prevalecen los primeros siempre que, claro está, actúen dentro de sus funciones.

El Art. 69 refiere sobre la facultad de los socios de la compañía en comandita simple de solicitar la remoción del administrador, en los siguientes términos:

Será facultad de los socios, ya sean solidarios o comanditarios, solicitar al juez la remoción del o de los administradores por dolo, culpa grave o inhabilidad en el manejo de los negocios. (Asamblea Nacional, 2020)

Es importante tener en cuenta que en la norma se prevén los casos en los cuales los socios pueden ejercer esta facultad de solicitar al juez la remoción del o de los

administradores. En teoría eso es muy apropiado, pero en la práctica se pueden verificar situaciones como la siguiente: los socios comanditarios pueden argumentar, maliciosamente, que el administrador ha incurrido en culpa grave en el manejo de los negocios y solicitar al juez su remoción, todo ello en el contexto de que el administrador no ha dado paso a una exigencia de ellos por considerar contrario a los intereses de la compañía. En la práctica puede suceder que el juez desestime la solicitud de los socios, pero lo que probablemente suceda posteriormente es que el administrador prefiera renunciar a su cargo en razón de que tener la oposición mayoritaria de los socios podría complicar su gestión. Con ello, lo que se ha logrado es que, ejerciendo la facultad de solicitar la remoción del administrador, los socios han logrado su cometido, desviando deliberadamente el fin de aquella facultad.

El Art. 207 de la ley en comento refiere sobre los derechos de los socios de las sociedades anónimas, en los siguientes términos:

Salvo lo dispuesto en el artículo innumerado que le sigue al Art. 221 de esta ley, son derechos fundamentales del accionista, de los cuales no se le puede privar, los siguientes:

8. Negociar libremente sus acciones (...). (Asamblea Nacional, 2020)

En razón de que en las sociedades anónimas prima el capital por sobre la persona de los accionistas, esta facultad que se les confiere a los socios parecería ser absoluta pues, en respaldo de aquello, no necesita, como en las compañías de responsabilidad limitada, la aceptación unánime de sus consocios. Sin embargo, consideramos importante al menos tener en mente lo siguiente: hemos dicho ya en varias partes de este trabajo que los derechos, por más que se digan absolutos, tienen sus límites internos y externos, de obligatorio acatamiento; sumado a ello, hay que tener presente que los socios tienen que ejercer sus derechos en el marco o en el contexto de la sociedad o compañía a la que pertenecen pues tienen esos derechos como consecuencia directa e inmediata de la existencia de esa persona jurídica ya que si ella no existiese, ellos no tendrían ninguno de estos derechos. En esa línea, cabe preguntarse algo: ¿Es legítimo, de acuerdo con los fines del derecho de libertad de negociación de sus acciones, que un socio negocie su o sus acciones con una persona externa a la compañía de la cual se sabe que pertenece a la

competencia directa y que en más de una ocasión ha tratado de causarle perjuicio? Las respuestas a esta interrogante pueden venir desde muchos campos pero consideramos pertinente introducirla, fundamentalmente en razón del origen de ese derecho y su finalidad. No afirmamos ni negamos que pueda verificarse abuso del derecho en esta situación pero creemos conveniente al menos tomarlo en cuenta, principalmente por el hecho de que los derechos subjetivos tienen sus fines y porque, insistimos, no hay derechos absolutos.

El Art. 215 de la ley en cuestión regula lo referente a la acción de impugnación que tienen los accionistas, en los siguientes términos:

Los accionistas que representen por lo menos la cuarta parte del capital social podrán impugnar, según las normas de esta ley y dentro de los plazos que establece, los acuerdos de las juntas generales o de los organismos de administración que no se hubieren adoptado de conformidad con la ley o el estatuto social, o que lesionen, en beneficio de uno o varios accionistas, los intereses de la compañía. (Asamblea Nacional, 2020)

Respecto del contenido de esta disposición legal, piénsese en el siguiente caso: en Junta General de Accionistas se resuelve la adquisición de maquinaria, en razón de que se la ha encontrado a un precio de oferta, por un tiempo corto. Aquello se resuelve por esa vía en razón de que el precio a pagar supera los \$100.000,00. Un grupo de accionistas que votaron en contra se encuentran en desacuerdo de aquella resolución, a pesar de que en ocasiones anteriores han manifestado la necesidad de adquirir maquinaria de ese tipo y deciden impugnar tal resolución, sabiendo que aquello tendrá la consecuencia de que no se pueda desembolsar cantidad de dinero alguna para ese fin y sabiendo también que hasta que se resuelva esa impugnación, la oferta desaparecerá. Esa actuación, que *prima facie* es lícita debido a que se está ejerciendo un derecho que la propia ley reconoce, devendría en ilícito debido a que el único fin de ese grupo de accionistas fue dilatar el proceso de compra de la maquinaria, mas no una defensa de sus intereses propiamente.

El Art. 248 de la ley en comento refiere sobre el derecho de los accionistas de pedir el diferimiento de una junta, en los siguientes términos:

Todo accionista tiene derecho a obtener de la junta general los informes relacionados con los puntos en discusión. Si alguno de los accionistas

declarare que no está suficientemente instruido podrá pedir que la reunión se difiera por tres días. Si la proposición fuere apoyada por un número de accionistas que represente la cuarta parte del capital pagado por los concurrentes a la junta, ésta quedará diferida (...). (Asamblea Nacional, 2020)

Al respecto, piénsese en grandes sociedades anónimas, con decenas de accionistas, en que se podría dar casos como el siguiente: se convoca oportunamente a una junta para resolver sobre una excelente oportunidad de negocio para la sociedad, que requiere pronto pronunciamiento por parte del máximo órgano de administración. Llegado el día, un accionista de un común grupo ‘problemático’ de la sociedad declara que no se siente suficientemente instruido y solicita el diferimiento de la junta, moción que cuenta con el apoyo del número de accionistas que representa la cuarta parte del capital pagado de los concurrentes a la junta, con lo cual no queda más remedio que diferirla por tres días, sabiendo que cuando se instale nuevamente la junta, lo más probable es que la oportunidad de negocios se haya esfumado. Lo que sucedió en ese caso es que los socios abusaron de su derecho de diferimiento de la junta no porque realmente no estaban instruidos sobre el punto en discusión, que era el debate sobre la oportunidad de negocio, sino que simplemente no estaban de acuerdo con ello y sabían que si ese día no se obtenía una resolución, aquella oportunidad seguramente ya no iba a estar sobre la mesa días después. Lo que en un principio fue ejercicio de un derecho, a la postre no fue más que un abuso del mismo.

El Art. 306 de la ley en cuestión regula lo referente al derecho al veto del o los socios comanditados, en los siguientes términos:

El socio comanditado, si sólo fuere uno, o la mitad más uno de ellos si fueren varios, tienen derecho de veto sobre las resoluciones de la junta general. (Asamblea Nacional, 2020)

En general, cuando se piensa en el derecho de veto en cualquier ámbito, viene a la mente la idea de impedir que una resolución cause efecto. Quizá uno de los ejemplos más claros –y quizá el más polémico– es el derecho al veto que tienen los países del denominado “G5” en el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para impedir que una resolución sea ejecutada lo cual, al final, se reduce a una

pugna de poderes antes que a un verdadero debate de intereses. Ya en el ámbito societario, el derecho al veto tiene un matiz importante que la tratadista colombiana María Victoria Peña Ramírez (2015) comenta, en relación a una sentencia de la judicatura de ese país:

Aunque es claro que los derechos de veto cumplen la importante función económica de resguardar los intereses de los accionistas minoritarios, se ha reconocido también la posibilidad de que esta prerrogativa sea usada abusivamente. Cuando se emplea el veto en forma desleal –por ejemplo, como un simple instrumento de coerción para extraer, de parte del controlante, concesiones financieras exorbitantes- pueden producirse resultados manifiestamente injustos. De ahí que en los regímenes societarios contemporáneos suelen censurarse los intentos de la minoría por usar el veto en detrimento de la compañía o los demás asociados (...).
(p. 39)

De lo transcrito, queda claro que el derecho en cuestión tiene una función protectora de los intereses de la minoría accionaria y que, por ello, se les confiere semejante facultad. Sin embargo, a pesar de que el fin deseado por el legislador sea notable, su radio de acción permite que los destinatarios de esa facultad la empleen para fines no previstos, como dilatar decisiones urgentes, impedir que resoluciones legalmente tomadas surtan sus efectos o, incluso, obtener beneficios ilegítimos en razón del amplio poder que esta prerrogativa les otorga. Con ello se demuestra que una disposición legal por sí misma no soluciona nada, que se necesita de una estructura normativa que respalde aquel propósito o, como se ha hecho en Colombia y recientemente en Ecuador, que existan manuales o reglamentos de buen gobierno corporativo que prevengan estos problemas comunes en las sociedades.

La última disposición de la ley en comento a la cual se hará referencia en este sub capítulo es el abuso del derecho al voto en las Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS), prevista en el artículo innumerado contenido en el capítulo que sigue al Art. 317:

Abuso del derecho de voto.- Los accionistas deberán ejercer el derecho de voto en el interés de la compañía. Se considerará abusivo el voto ejercido con el propósito de causar daño a la compañía o a otros accionistas, o de obtener, para sí o para un tercero, una ventaja injustificada.

Quien abusare de sus derechos de accionista en las determinaciones adoptadas en la asamblea, responderá por los daños que ocasione, sin perjuicio de que el juez competente pueda declarar la nulidad de la determinación adoptada.

La acción de indemnización de daños y perjuicios, así como la de nulidad de la resolución adoptada por un abuso del derecho de voto, podrá ejercerse cuando se comprobare un abuso de mayoría, de minoría o de paridad. (Asamblea Nacional, 2020)

La norma en comento es interesante en muchos sentidos, pero principalmente por el hecho de que marca cuáles son los fines no deseados ni pensados para el ejercicio del derecho al voto. En este punto, vale decir que la regulación del abuso del derecho al voto en las Sociedades por Acciones Simplificadas (SAS) tiene su origen en la legislación colombiana (el texto del artículo en comento de la Ley de Compañías es una copia casi textual del texto del Art. 43 la ley 1258) y, por ello, es necesario acudir a los criterios de doctrinarios del vecino país para saber los resultados que la experiencia les ha dado.

En ese sentido, la tratadista colombiana María Victoria Peña Ramírez (2015), analizando una sentencia de la judicatura de dicho país, ha dicho que:

Hay abuso de derecho en las decisiones de las asambleas en las sociedades cuando la mayoría responde a un interés personal y, a consecuencia de su voto, la decisión persigue ese interés en perjuicio del interés social o de los demás socios. (p. 35)

En ese sentido, se puede advertir cómo el derecho de voto de los accionistas es desviado para un fin no previsto por la norma pues, como habíamos indicado previamente, es siempre necesario entender que todos los derechos que tienen los socios o accionistas, en este caso particular respecto del derecho de voto, existen y les son otorgados por la existencia de esa sociedad y, por lo tanto, el ejercicio de ese derecho que no esté enmarcado en el beneficio de esa sociedad no es legítimo porque, en definitiva, lo que estaría haciendo un socio o accionista es obtener un beneficio ilegítimo aprovechando su calidad de socio, sin entender que ese derecho que tiene es evidentemente pensado para el correcto funcionamiento y desarrollo de la sociedad. Igualmente, no puede perderse de vista el hecho de que el socio o accionista persigue un beneficio, busca lucrar, tiende a

obtener ganancias, sin embargo de lo cual es necesario comprender que ese beneficio que eventualmente obtiene se genera como consecuencia del funcionamiento óptimo de la sociedad y el hecho de procurar un beneficio anticipado, en desmedro de los intereses de la sociedad, no es lo correcto. Por tanto, se puede concluir que el derecho de voto de los socios o accionistas está pensado para el beneficio de la sociedad y así debe ejercérselo.

3.4. El abuso del derecho en el COOTAD.

El Art. 37 de este cuerpo legal refiere sobre las facultades del gobernador regional, en los siguientes términos:

Le corresponde al gobernador o gobernadora regional:

(...)

h) Resolver administrativamente todos los asuntos correspondientes a su cargo; expedir la estructura orgánico – funcional del gobierno autónomo descentralizado regional; nombrar y remover a los funcionarios de dirección, procurador síndico y demás servidores públicos de libre nombramiento y remoción del gobierno autónomo descentralizado regional (...). (Asamblea Nacional, 2020)

Dentro de todas estas facultades que se le confiere al gobernador/a regional (que cabe decir no existe ninguno hasta el momento en el país, a pesar de que la propia Constitución reconoce la posibilidad), consideramos que la que más puede prestarse a abuso es la de remoción de funcionarios de libre nombramiento y remoción pues si bien la propia naturaleza del cargo indica que aquellos servidores no gozan de estabilidad, no hay que perder de vista el hecho de que todo acto administrativo de cualquier naturaleza, mucho más si hay intereses de personas de por medio, debe ser motivado. Piénsese en el siguiente ejemplo: el procurador síndico de un gobierno regional autónomo descentralizado está en ejercicio de sus funciones desde hace aproximadamente un mes, cumpliendo sus tareas a cabalidad, tanto así que muchos de sus compañeros del departamento legal se sienten a gusto con su método de trabajo; para determinado trámite, se necesita la firma de la máxima autoridad administrativa que es el gobernador regional, sin embargo de lo cual, como es frecuente en instancias gubernamentales similares, él ha delegado algunas de sus funciones a un funcionario administrativo determinado, razón

por la cual el procurador síndico acude donde este funcionario delegado por el gobernador regional, le pide la firma para el trámite y procede. Días después, el gobernador regional se enteró del hecho y decide remover al procurador síndico por el hecho de que considera imperdonable que no se le haya hecho firmar ese documento, aun cuando sabía claramente que la delegación de funciones a otro funcionario administrativo incluía esa posibilidad. La pregunta que surge es, ¿aquella decisión del gobernador regional, a pesar de ser legal *prima facie*, es razonable? Consideramos que no, y que en situaciones como ésta se verifica que no todo lo legal es correcto y que la razonabilidad en el ejercicio de derechos es imperativa.

El Art. 58 del cuerpo legal en cuestión refiere sobre las atribuciones de los concejales de los gobiernos autónomos descentralizados municipales, en los siguientes términos:

Los concejales o concejales serán responsables ante la ciudadanía y las autoridades competentes por sus acciones u omisiones en el cumplimiento de sus atribuciones, estarán obligados a rendir cuentas a sus mandantes y gozarán de fuero de corte provincial. Tienen las siguientes atribuciones:

- a) Intervenir con voz y voto en las sesiones y deliberaciones del concejo municipal. (...) (Asamblea Nacional, 2020)

Hay que partir del entendimiento de que el Concejo Cantonal es el órgano legislativo de los así llamados GADS. En ese marco, el derecho que se les confiere a los concejales de intervenir con voz y voto en las sesiones y deliberaciones del referido ente debe entenderse a la luz de su finalidad, que no es otra que decidir por el bienestar de sus mandantes, sus conciudadanos. Si hacemos un símil, podríamos pensar que el Concejo Cantonal es como una especie de Junta General de Socios o Accionistas y proponemos aquella comparación para que se entienda que los concejales tienen el referido derecho solamente porque existe ese órgano legislativo municipal. De ello se sigue que los concejales no acuden allá para deliberar y votar en base a sus intereses personales sino que, por el contrario, lo hacen en base a los intereses de la ciudadanía a la que representan, razón por la cual no sería razonable que voten, por ejemplo (y si ello fuera una actividad permitida por la ley), favorablemente a la instalación y funcionamiento de un casino en determinada parte de la ciudad, cuando todos los

moradores del sector, de sectores aledaños y en general una buena parte de la ciudadanía no esté de acuerdo. Si bien el voto que ejerzan los concejales será legal, el fin por el que lo hagan podría viciarlo, sobre todo teniendo en cuenta los motivos por los cuales un concejal llegare a votar. En la práctica quizá sea polémico un voto de tal característica y el peor escenario podría ser la revocatoria del mandato del concejal, en el entendimiento, por parte de los mandantes, que aquél no representa sus intereses.

El Art. 303 del cuerpo legal en comento regula lo referente al derecho de participación ciudadana, en los siguientes términos:

El derecho a la participación ciudadana se ejercerá en todos los niveles de los gobiernos autónomos descentralizados a través de los mecanismos de democracia representativa, directa y comunitaria.

(...) La ciudadanía, en forma individual o colectiva, tiene derecho a participar en las audiencias públicas, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, de acuerdo con lo establecido en la Constitución, la ley y demás normativa; además, podrá solicitar la convocatoria a consulta popular sobre cualquier asunto de interés de la circunscripción territorial y revocatoria del mandato en el marco de lo dispuesto en la Constitución y la ley (...). (Asamblea Nacional, 2020)

Hay que partir diciendo que es indudable la importancia que tiene el derecho de participación ciudadana en un estado democrático; sin embargo, es igual de importante entender que cada derecho conlleva una obligación para quien los ejerce y, en este caso, los ciudadanos deben entender que este derecho implica que su ejercicio debe estar acompañado de propuestas, no solamente centrarse en lo que no funciona sino proponer soluciones, porque lo que se busca con este derecho es que los ciudadanos sean parte de las decisiones importantes que se toman en relación con los intereses de la ciudad y aquello implica no solamente oponerse o manifestar su desacuerdo con lo que no consideran conveniente sino también visibilizar lo que consideran correcto para los intereses de la ciudad e instrumentarlo, siendo ahí sí realmente parte de las decisiones.

Además de lo dicho, es pertinente centrarnos en el derecho que se deriva del de participación ciudadana que consiste en la facultad de tramitar y solicitar la revocatoria del mandato de las autoridades. Si bien la finalidad que se persigue con esa facultad es

clara, a saber separar de sus funciones a autoridades de elección popular que no cumplen con sus funciones o que no representan los intereses de sus mandantes, en la práctica este derecho suele ser utilizado para generar inestabilidad, como una forma de amenaza a las autoridades lo cual, desde algún punto de vista puede ser defendible, sin embargo de lo cual no hay que perder de vista lo dicho en líneas anteriores: cada derecho lleva consigo una obligación para quien lo ejerce y, en el caso propuesto, ejercerlo con fines únicamente intimidatorios, buscando generar inestabilidad o entorpecer las funciones de una autoridad, es reprochable, pues no se está atendiendo a sus fines.

El Art. 340 del cuerpo legal en cuestión refiere sobre las atribuciones de la máxima autoridad financiera de los gobiernos autónomos descentralizados, conocidos como GADS, en los siguientes términos:

Son deberes y atribuciones de la máxima autoridad financiera las que se deriven de las funciones que a la dependencia bajo su dirección le compete, las que se señalan en este Código, y resolver los reclamos que se originen de ellos. Tendrá además las atribuciones derivadas del ejercicio de la gestión tributaria, incluida la facultad sancionadora, de conformidad con lo previsto en la ley.

La autoridad financiera podrá dar de baja a créditos incobrables, así como previo al ejercicio de la acción coactiva agotará, especialmente para grupos de atención prioritaria, instancias de negociación y mediación. En ambos casos deberá contar con la autorización previa del ejecutivo de los gobiernos autónomos descentralizados (...). (Asamblea Nacional, 2020)

Respecto de la norma en comento, es importante centrarnos en la gran facultad que tiene la autoridad financiera respecto de calificar a créditos como incobrables y, consecuentemente, darlos de baja. Evidentemente que, como todo acto administrativo, la calificación y posterior dada de baja de ese tipo de créditos debe empezar con un acto debidamente motivado en el que se expliquen los parámetros o consideraciones que permiten arribar a la conclusión de que un crédito es incobrable, a pesar de lo cual no es nada extraño pensar que podría darse el caso de que la autoridad financiera de un GAD, influenciada por algún interés particular, decida que X número de créditos de X compañía son incobrables y, por lo tanto, decida darlos de baja. El argumento que exponga en su

defensa será que la ley le permite aquello y que él está actuando dentro de los límites legales, sin embargo de lo cual, como hemos dicho, no todo lo legal es legítimo.

Por último, el Art. 524 del cuerpo legal en cuestión refiere sobre la facultad del sujeto pasivo de la obligación tributaria, en los siguientes términos:

El sujeto pasivo de la obligación tributaria es el propietario o poseedor del predio y, en cuanto a los demás sujetos de obligación y responsables del impuesto, se estará a lo que dispone el Código Tributario.

(...) Si el tenedor del predio no obligado al pago del tributo o el arrendatario, que tampoco lo estuviere, u otra persona pagare el impuesto debido por el propietario, se subrogarán en los derechos del sujeto activo de la obligación tributaria y podrán pedir a la respectiva autoridad que, por la vía coactiva, se efectúe el cobro del tributo que se hubiera pagado por cuenta del propietario (...). (Asamblea Nacional, 2020)

El supuesto previsto en el segundo inciso de la norma merece ser analizado en su dimensión práctica. Supóngase que Juan es arrendatario de Pedro y llega al departamento una notificación de la administración tributaria en la que se indica que Pedro debe X cuotas de X obligación. A su vez, Juan se encuentra en mora del pago de tres pensiones arrendaticias. Juan observa que la deuda de Pedro ante la administración tributaria no es mayor y decide pagarla directamente, luego de lo cual informa a Juan que la deuda con la administración tributaria está saldada y que eso implica que, *ipso iure*, se ha subrogado en los derechos del sujeto activo de la obligación tributaria y, por tanto, puede exigir el cobro por la vía coactiva, ante lo cual indica a Pedro que no accionará la vía coactiva si es que se le condona toda la deuda por concepto de cánones arrendaticios pendientes que, para fines del ejemplo, es considerablemente superior a lo que pagó por la obligación tributaria. Ante el caso propuesto, no tomamos posición sobre si esté bien o esté mal la actuación de Juan, en razón de que ambas posturas son defendibles pues, por ejemplo, alguien podría decir, en favor de la actuación de Juan, que se está ante un caso de uno de los modos de extinguir obligaciones, a saber la compensación, mientras que otro, atacando la actuación de Juan podría decir que se trata de obligaciones de distinta naturaleza, y muchos otros argumentos al menos discutibles. Sin embargo, dejamos sobre la mesa el hecho de que la facultad prevista en el cuerpo legal en comento abre la puerta

para que, so pretexto de ese pago voluntario de parte del no obligado de la obligación tributaria, se discutan otros temas ya no relacionados con ello.

3.5. El abuso del derecho en la Jurisprudencia Ecuatoriana.

En este último sub capítulo hemos considerado pertinente indagar cuál ha sido el razonamiento de los magistrados de la Corte Nacional de Justicia cuando se ha puesto en su conocimiento casos en los que se ha discutido sobre la existencia de abuso del derecho. Desde ya cabe decir que el desarrollo jurisprudencial de la figura en cuestión ha sido escasísimo en el Ecuador, lo cual es lamentable pues, como hemos tratado de explicar a lo largo de este trabajo, el abuso del derecho permite reprimir conductas que normalmente están consideradas como lícitas por su apariencia de tal a primera vista y además porque la estructuración de un sistema jurídico que prevenga tales conductas permitiría el desarrollo del Derecho tendiente a solucionar problemas, no a causar más de ellos.

A pesar de aquello, hemos encontrado algunos fallos de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia en los cuales se discute someramente la figura en cuestión, y que los analizamos a continuación:

➤ 3.5.1. Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. Proceso No. 17309-2012-0609.

En el presente caso, es necesario entender cómo y porqué se llega hasta la Corte Nacional de Justicia. Todo inicia por una demanda de daño moral propuesta por la ciudadana Raquel de las Mercedes Zambrano Romero quien alega, en esencia, que el representante legal de la compañía SOLUTIONSRE CIA LTDA presentó una denuncia en su contra por el tipo penal de estafa tomando como fundamento los mismos hechos por los que se presentó previamente una denuncia por abuso de confianza, asimismo en su contra, por uno de los socios de la compañía SOLUTIONSRE CIA LTDA. En suma, la demandante argumenta, entre otras razones, que las denuncias interpuestas en su contra por personas relacionadas entre sí carecen de fundamento y lo único que se busca con ellas es causarle daño.

En ese sentido, es importante tener en cuenta que el juzgador de la Unidad Judicial Civil de Iñaquito, del Distrito Metropolitano de Quito, aceptó la demanda y dispuso que la compañía SOLUTIONSRE CIA LTDA pague a la actora, por concepto de

indemnización pecuniaria, la suma de \$60.000,00 a título de reparación por el daño moral causado.

Sin embargo, la demandada apela dicha sentencia y la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha acepta el recurso de casación, refiere que la denuncia interpuesta por SOLUTIONSRE CIA LTDA no fue declarada como maliciosa ni temeraria y que por lo tanto no cabe la acción por daño moral, consecuencia de lo cual revoca el fallo y desecha la demanda.

Posteriormente, la demandante insinúa recurso de casación y es ahí en donde los jueces de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia avocan conocimiento y evalúan las causales propuestas por la accionante.

Uno de los puntos que se discute en casación es que la demandante alegó que el procesamiento injustificado de que fue objeto por las denuncias sin sustento presentadas en su contra le facultan para plantear la acción por daño moral y obtener una indemnización por ello, entendiendo que el único propósito que tuvieron quienes las plantearon fue causarle daño y, por ello, entiende que abusaron de su derecho de acción. Consecuencia de ello, los jueces de la Corte Nacional entienden que es necesario hacer un análisis sobre si esas denuncias injustificadas que se presentaron suponen abuso del derecho de acción.

Previo a analizar directamente aquello, los jueces exponen un criterio interesante respecto de la importancia de la determinación de parte de los jueces de menor instancia sobre si una denuncia es temerosa o maliciosa, para luego relacionarlo con el abuso del derecho, pues explican que:

La necesaria calificación que debe realizar el juzgador penal de maliciosa o temeraria de la denuncia o acusación particular al sobreseer definitivamente o sentenciar absolutoriamente conforme el Código de Procedimiento Penal del año 2000 y que se lo hizo en los enjuiciamientos penales a los que se refiere la recurrente, tiene como objeto la calificación respecto del ejercicio abusivo del derecho por parte del denunciante o acusador particular en los casos de denuncia y/o acusación particular maliciosa o temeraria. Según cada caso quien denuncia o acusa podrá actuar con temeridad o con malicia y en ambas situaciones se habrá

cometido el abuso de un derecho procesal. (Corte Nacional de Justicia, 2012)

Con esa puntualización, entendiendo por qué es necesario que exista la calificación de una denuncia como maliciosa y temeraria como preámbulo para juzgar la existencia de abuso del derecho, es importante tener en cuenta que los jueces entienden que dicha figura tiene diferentes concepciones, y así lo expresan en una parte de su análisis, al decir que:

Este Tribunal precisa que el procesamiento injustificado, cualquiera sea su naturaleza, es fuente del abuso del derecho; en la visión doctrinaria de la vertiente teleológica, finalista u objetiva, pues ese abuso estaría configurado cuando la conducta de los sujetos procesales distorsione o desvíe los fines que el legislador tuvo en miras al dictar la ley; en tanto que en la visión de la vertiente eticista o subjetiva, el abuso procesal concurre cuando excede los límites que imponen para su realización la buena fe, la moral y las buenas costumbres, siempre en consideración de que el proceso es instrumento que procura hacer efectivo el uso, el ejercicio del derecho sustantivo; por lo que, abusa del derecho de acción quien activa la jurisdicción a sabiendas de no corresponderle el derecho que se pretende vulnerado. (Corte Nacional de Justicia, 2012)

Una vez realizadas esas puntualizaciones teóricas sobre el abuso del derecho y sobre sus concepciones finalista y subjetiva, toman parte por una de ellas, al decir que:

El accionar abusivo del proceso exige la intencionalidad dañosa o al menos la presencia de algún factor subjetivo como elemento necesario para determinar la existencia de un abuso del proceso y, debe concurrir dolo o culpa del agente para que proceda el resarcimiento de los perjuicios derivados de esta forma de abuso. (Corte Nacional de Justicia, 2012)

En este punto se observa que los jueces conciben al abuso del derecho, en la práctica, desde una perspectiva y postura subjetivista, entendiendo que se debe querer dañar con el ejercicio de un derecho, que si bien la finalidad del derecho que se ejerce es importante –pues ello se desprende del análisis teórico que hacen-, a sus ojos no es determinante para juzgar la existencia de la figura sino que la clave para determinar su materialización es el ánimo de su titular, la intención con la que ejerce su derecho. En el

caso puntual, el razonamiento de los magistrados es que no se ha podido determinar que se planteó la o las denuncias con ese ánimo de dañar a la denunciada, y si no se ha podido verificar que existió esa intención, no existe abuso del derecho de acción. Ese parece ser el esquema mental de los jueces sobre la valoración de la conducta de los intervinientes en el proceso, y que los lleva a juzgar la no verificación del abuso del derecho.

➤ 3.5.2. Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. Proceso No. 17711-2014-0360.

Respecto de este fallo, consideramos importante manifestar desde un principio que el análisis que se hace del abuso del derecho como tal es prácticamente nulo. A pesar de ello, existe un criterio que se repite con frecuencia en otros fallos, quizá como una muletilla de la cual se valen los magistrados para no ahondar en el asunto, y que consiste en argumentar, esencialmente, lo siguiente:

Este Tribunal de Casación se pronuncia, que por el hecho de presentarse a promover un juicio para hacer valer un derecho del cual se cree asistido, no genera un abuso del ejercicio del derecho, pues, el comportamiento definido como abusivo no sería, más ni menos, que la superación de los límites formales del derecho.

(...) Es decir, la tutela efectiva empieza con el acceso a los órganos de justicia, la que debe concluir con una decisión posible y materialmente ejecutable, y es que, quien cree tener un derecho, acude al juez para reclamar como lo ha hecho el actor al demandar y el recurrente a contrademandar, tanto, cuanto más que en el presente caso, el órgano jurisdiccional ha acogido la pretensión del demandante. (Corte Nacional de Justicia, 2014)

El criterio expuesto por los jueces es interesante y es necesario reconocer que aquello ha sido también discutido en la doctrina en el sentido de que no por el hecho de que una demanda o una denuncia o, en suma una acción, sea desestimada por la autoridad judicial o administrativa respectiva por carecer de sustento fáctico y/o jurídico suficiente implica que exista abuso del derecho de acción o jurisdicción. Al respecto, López Mesa (2018), refiriéndose a la judicatura argentina, ha dicho que “(...) Así, por ejemplo, ha entendido el Máximo Tribunal de la Nación que si la pretensión propuesta es opinable,

no cabe considerarla temeraria” (p. 199), criterio que parece seguirse también en la judicatura ecuatoriana. Respecto del derecho de acción y su abuso, y siguiendo los criterios esbozados por los Tribunales, parecería necesario analizar la motivación que hacen los jueces de instancias inferiores al valorar la existencia o no de temeridad o malicia en la presentación de acciones judiciales o administrativas, entendiendo que los jueces de instancias superiores o de casación no tienden a analizar profundamente la existencia de abuso del derecho de acción o jurisdicción si no ha existido previamente su calificación de temeraria y/o maliciosa.

Consideramos que el hecho de creerse asistido de un derecho y reclamarlo jurisdiccionalmente es un argumento válido y podría impedir la existencia o materialización del abuso del derecho de acción. Sin embargo, consideramos también que debe analizarse profundamente cada caso concreto y no camuflar la existencia de abuso de derecho de acción bajo el argumento del derecho de tutela judicial efectiva, que se concreta en la posibilidad de acudir al órgano jurisdiccional y reclamar un derecho del que se cree asistido una persona. Consideramos que ahí es donde el juzgador debe ser especialmente cuidadoso y no permitir que se utilice o burle el sistema judicial.

- 3.5.3. Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Proceso de Cobro de Dinero seguido por Dinners Club del Ecuador S.A. vs Baquerizo Luque María Isabel, Baquerizo Luque Leonel y Mariscos de Chupadores CHUPAMAR S.A.

A breves rasgos, los hechos del caso en comento son los siguientes: Dinners Club del Ecuador S.A. plantea una acción judicial por cobro de dinero en contra de la compañía CHUPAMAR S.A., representada por María Isabel Baquerizo y contra el abogado Leonel Baquerizo Luque. El proceso concluye con sentencia dictada por el Juez 8vo de lo Civil de Guayaquil, aceptándose la demanda planteada y mandándose a pagar a la compañía CHUPAMAR S.A., por medio de su representante María Isabel Baquerizo, y al abogado Leonel Baquerizo Luque, de manera personal, la totalidad de los valores que se adeudan a Dinners Club del Ecuador S.A., sentencia que es apelada por los demandados y que es confirmada íntegramente por los jueces de la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil. Ante ello, los demandados insinúan recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia y el proceso recae en su Sala Especializada de lo Civil y Mercantil.

Los jueces de la más alta magistratura analizan en su fallo dos aspectos fundamentales: el primero, respecto de la manipulación del proceso de parte de los demandados para evadir el cumplimiento de sus obligaciones; y el segundo, respecto de la utilización de una persona jurídica como un instrumento meramente formal, alejada de sus fines económicos y sociales.

En relación con el primer punto, sobre la manipulación del proceso de parte de los demandados para evitar el cumplimiento de sus obligaciones, los magistrados indican lo siguiente:

El proceso es un medio para la realización de la justicia, pero cuando se lo emplea como instrumento para privar a otros de aquello a lo que tienen derecho, estamos frente a un típico abuso del derecho. (Corte Suprema de Justicia, 2001)

Los jueces entienden que la acción de cobro de dinero planteada por Dinners Club del Ecuador S.A. es del todo legítima y reprochan la actitud de los demandados, fundamentalmente del señor Leonel Baquerizo Luque, pues argumentan que aquél recurre a subterfugios, a aspectos formales irrelevantes respecto de la citación de la demanda, con el único propósito de esquivar el cumplimiento de sus obligaciones dinerarias, cuestión sustantiva sobre la cual no refutan en lo absoluto.

Al final de la cita transcrita en líneas anteriores, los magistrados hacen referencia a que esa forma de utilización del proceso constituye un “típico abuso del derecho”. Creemos que esa consideración parte de un criterio de corte funcionalista debido a que los jueces entienden que el proceso es un medio para la concreción de la justicia, es decir, que el proceso tiene su función que cumplir y que los titulares, por medio del derecho de acción o jurisdicción, deben orientar el ejercicio de su derecho de acción o jurisdicción a ese fin ya que, cualquier otro objetivo distinto que pretendan con su derecho, se considerará abusivo.

En relación con el segundo punto, sobre la utilización de la persona jurídica como un instrumento meramente formal, alejado de los fines económicos y sociales que son su fundamento, los magistrados han dicho lo siguiente:

Todo lo anterior lleva a concluir que detrás de la figura societaria se encuentran los intereses del abogado Leonel Baquerizo Luque; que los restantes accionistas no tienen ningún interés real en la misma; que la persona jurídica se ha reducido a “una mera figura formal, a un mero recurso técnico” y que al no haberse alegado ni probado excepciones de fondo, que acrediten la inexistencia o la invalidez de las obligaciones demandadas, la institución societaria está siendo utilizada para otros fines privativos del abogado Baquerizo Luque, titular del 99.5 por ciento del capital social “y distintos de los de la realidad jurídica para la que nació esta figura”, esto es, para evadir el cumplimiento de las obligaciones demandadas, con verdadero «abuso» de la persona jurídica, lo que legitima al juzgador para desestimar la personalidad jurídica y, admitiendo la demanda, disponer que la compañía demandada, simple apariencia o simulacro de persona jurídica, y el abogado Leonel Baquerizo Luque, quien se encuentra detrás de ella y es quien en definitiva se beneficiaría de cualquier sentencia desestimatoria, cumplan con las obligaciones que, según aparece de los fallos de instancia y no ha sido contradicho en momento alguno, son legales y plenamente válidos. (Corte Suprema de Justicia, 2001)

Es importante tener en cuenta que el análisis que hacen los magistrados en este punto tiene como objetivo justificar la decisión de proceder con el levantamiento del velo societario de la compañía CHUPAMAR S.A. y, consecuentemente, hacer responsable de sus obligaciones a la persona natural que es realmente beneficiaria. Sin embargo de aquello, consideramos que este aspecto es sumamente importante pues, como se recordará de lo dicho en el primer capítulo de este trabajo, el legislador ecuatoriano introdujo la figura del abuso del derecho en la legislación nacional entendiendo que el abuso de la personería jurídica de una sociedad es una clara manifestación de abuso del derecho. Creemos que el criterio detrás de este razonamiento de los magistrados respecto de la manipulación de una persona jurídica es uno de tipo funcionalista, debido al entendimiento de que la persona jurídica tiene determinados fines económicos y sociales y que los beneficios que ella supone, fundamentalmente el de la responsabilidad limitada de sus socios o accionistas, existe y es válido en la medida en que se utilice a una persona jurídica de acuerdo a sus fines.

Como se puede colegir de los fallos comentados, no existe un criterio uniforme sobre cómo entender al abuso del derecho, debido a que unas veces se lo entiende desde una postura subjetivista, otros desde una postura objetivista o funcionalista. Asimismo, es importante decir que la reflexión sobre la figura es totalmente superficial, no se analiza lo que es esencialmente y, consecuencia de aquello, incluso se lo liga con institutos jurídicos distintos, autónomos, con características propias. Consideramos importante manifestar en este punto que es fundamental entender que la mera inclusión de normas en el ordenamiento jurídico no garantiza su eficacia; aquello se lo logra mediante su aplicación reflexiva, desde el entendimiento profundo del instituto jurídico del que se habla. La mayoría de los fallos analizados, entre ellos los aquí comentados, se pronunciaron cuando ya estaba vigente la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales que introdujo la definición de abuso del derecho en el Código Civil, sin embargo de lo cual las aproximaciones conceptuales que en dichos fallos se han realizado al respecto de la figura no toman en cuenta su definición legal.

Como corolario, podemos decir que no existe una línea clara sobre lo que representa el abuso del derecho en la jurisprudencia ecuatoriana, que si bien muchos de los criterios esbozados tienen relación con lo que la figura representa, no se puede hablar de su verdadero entendimiento, lo cual genera por lo menos dos consecuencias: primero, la falta de eficacia de la norma que define al abuso del derecho; y segundo, la deformación de su esencia, en razón de que se lo confunde con otros institutos (como en el primer fallo analizado en donde se lo mezcla con la temeridad o malicia), se toman elementos de uno y de otro para configurarlo y, al final, ese uso irreflexivo de institutos jurídicos se vuelve incluso contagioso, tomándose por verdadero algo que no lo es.

CAPÍTULO 4

4. ESTUDIO DEL INSTITUTO JURÍDICO EN EL ÁMBITO PROCESAL

Arribamos al último capítulo de este trabajo con un panorama algo más claro sobre lo que representa el instituto jurídico del abuso del derecho. Por ello, consideramos pertinente reflexionar sobre el abuso del derecho en el ámbito procesal, entendiendo que es el campo en donde más fuertemente se lo verifica y en el que más consecuencias negativas se generan debido a los diversos intereses que convergen en el proceso.

4.1. El abuso del derecho en el proceso judicial.

En muchos de los casos, el proceso judicial nace como consecuencia de divergencias que no han podido ser solucionadas directamente por las personas involucradas, quienes miran al órgano de administración de justicia como el lugar o el espacio en que encontrarán la solución definitiva a sus problemas legales. Ahí, cada parte interpretará los hechos que motivan la disputa de acuerdo a sus perspectivas, y será el juzgador a quien corresponda emitir una resolución que potencialmente ponga fin al conflicto.

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, en el que el derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos es un pilar fundamental. Esa directriz constitucional implica varias situaciones: la posibilidad de una persona de acceder gratuitamente al servicio de administración de justicia pero, además, que ese servicio se lo brinde bajo al menos esos tres requisitos: efectividad, para lo cual es indispensable que los operadores de justicia entiendan verdaderamente los problemas que son puestos en su conocimiento y, a partir de ese entendimiento profundo, puedan edificar soluciones valederas; imparcialidad, lo cual se logra con profesionales probos y conscientes del papel que desempeñan en la sociedad; expedita, es decir libre de obstáculos, trabas, pues se debe entender que los problemas de los usuarios no esperan y que demorarlos solamente empeora su situación.

El Estado está en la obligación de estructurar un sistema de administración de justicia óptimo, de calidad, que brinde a sus usuarios soluciones, que sea organizado, de forma que pueda atender los requerimientos de forma eficaz. Para ello, el uso de recursos (como tiempo, dinero, etc.) debe ser muy bien pensado pues, por ejemplo, si no se

administra bien el tiempo por parte de los operadores de justicia, no se está brindando un servicio expedito y, en la misma línea, si el dinero disponible no se asigna a cuestiones esenciales como capacitación o similares, el servicio probablemente no será efectivo.

Sin embargo, es imprescindible entender que el correcto funcionamiento del sistema de administración de justicia no depende solamente del Estado, depende también de sus usuarios. Ellos deben comprender, por ejemplo, que no toda disputa debe ser llevada ante el órgano jurisdiccional porque aquello puede generar su saturación, lo cual afecta a todos los usuarios del sistema debido a que los operadores de justicia deben dedicar tiempo a esas causas que podrían haberse solucionado en instancias alternativas como la mediación, el arbitraje o incluso mediante conversaciones o negociaciones directas. Esto es importante porque, con toda razón, se exige que las resoluciones que tomen los jueces sean muy bien meditadas y reflexionadas, pero ello se vuelve materialmente imposible en muchos de los casos debido a la gran cantidad de causas que deben conocer y resolver. Si bien eso puede deberse a una mala organización, no hay como perder de vista el hecho de que los usuarios también contribuyen a que esas situaciones se den.

En este contexto, debe quedar claro que toda acción de los usuarios afecta – positiva o negativamente- al funcionamiento del sistema. Piénsese, a manera de ejemplo, en lo siguiente: una persona acude al órgano de administración de justicia y plantea una acción de demarcación de linderos porque, según alega, ha sido perjudicada en la extensión de su lote. Pensemos, sin embargo, que conocemos los motivos de la presentación de esa acción judicial: la persona demandante conoce que la persona propietaria del predio vecino está a punto de celebrar un contrato de compraventa de dicho predio y quiere provocarle inconvenientes en ello. Al final, supongamos, la demanda es desechada por el juez por no verificarse lo alegado por la persona demandante. Sin embargo, se puede observar algunas situaciones: primero, la sola interposición de la acción judicial conllevó a que determinado juzgador tenga una causa más que conocer y resolver; segundo, aquella carga adicional que sufrió el juez le privó de analizar exhaustivamente otra de las causas puestas a su conocimiento, consecuencia de lo cual emite una resolución superficial; tercero, las partes involucradas en esa otra causa que se resuelve superficialmente no están siendo beneficiarias de un servicio de justicia efectivo,

por más que sea expedito; y así, podría seguir una serie de consecuencias negativas derivadas del mal uso, de parte de los usuarios, del sistema de administración de justicia.

Evidentemente esto que hemos ejemplificado en el párrafo anterior no es algo definitivo, simplemente es un caso hipotético que puede tener sus variables consecuencias, sin embargo de lo cual hemos querido explicarlo a breves rasgos para que se pueda dimensionar todo lo que está en juego. Una actuación como la ejemplificada repercute en afectación al sistema, pues todos los demás usuarios ven afectada su legítima expectativa de obtener una resolución ágil y eficaz; repercute también en afectación al Estado, debido a que ha tenido que movilizar sus recursos (humanos, dinerarios, instrumentales) para atender una situación que no lo ameritaba; y repercute también en afectación a la parte a la que se obliga a comparecer en un proceso judicial por un simple capricho de la parte actora.

El sistema de administración de justicia, como un todo integrado por instituciones, normas, autoridades, funcionarios, etc., está llamado a reaccionar a esas actuaciones mediante la sanción. Sin embargo, un sistema, cualquiera que sea, no puede ser simplemente reaccionario sino debe tender también –y principalmente- a la prevención. Si no se tiende a la prevención y simplemente se reacciona sancionando conductas o actuaciones indeseables, lo que sucede es que se pierden de vista los objetivos del sistema y, de cierta forma, se los puede llegar a reemplazar. En un proceso judicial, una parte que plantea una demanda razonable, bien fundamentada, espera una resolución rápida y eficaz del órgano jurisdiccional pero, ¿qué sucede si la contraparte, en base a argucias y mañas, demora el proceso, provoca el retardo injustificado en la conclusión de la causa? Lo que probablemente suceda es que el curso del proceso se desvíe, que la atención se centre en las artimañas de la parte contraria y, eventualmente, se llegue a sancionar ese accionar desleal. Sin embargo, cabe preguntarse lo siguiente: a la parte que planteó la demanda, ¿le interesa que el sistema sancione la inconducta procesal o le interesa que resuelva sus problemas? Probablemente con esta pregunta hemos planteado una falsa dicotomía pues a la parte actora en determinado punto le puede interesar también que se sancione la conducta procesal reprochable de su contraparte pero, con total seguridad, podemos decir que esa no es su principal aspiración sino, en pocas palabras, que su problema sea resuelto. Este análisis responde, en cierta medida, a una discusión doctrinaria respecto de la monetización del derecho, en el sentido de que el sistema de administración de justicia,

al ser reaccionario, piensa principalmente en que la solución es el resarcimiento al perjudicado en dinero, cuando no siempre es así. Por eso, insistimos en que el sistema de administración de justicia debe ser, sobre todo, preventivo, y evitar, por todos los medios, que situaciones como estas se materialicen y si aun así se dan, ahí sí proceder con la sanción pues muy claro está que la amenaza de sanción no ha sido suficiente para evitar muchos actos indeseables en prácticamente todas las ramas del derecho.

Consideramos que situaciones como las expuestas no pueden pasar desapercibidas, sobre todo porque son reales y porque la no atención a ellas genera consecuencias negativas como, por ejemplo y principalmente, que el derecho a la tutela judicial no sea efectiva, que tengamos un sistema judicial lento e ineficaz, corruptible, lo cual, a nivel de sociedad, se refleja en su poca credibilidad.

Con esas consideraciones previas pero necesarias sobre el funcionamiento del sistema de administración de justicia, procedemos al análisis del proceso judicial y del abuso del derecho que en él se puede dar.

El proceso es conceptualizado como una serie de actos encadenados tendientes a la obtención de una resolución judicial que ponga fin al conflicto. En prácticamente la totalidad de los casos, el proceso judicial inicia con la interposición de una acción por una persona, quien lo hace en ejercicio de lo que Hernández Velasco y Pardo Martínez (2014) han llamado derecho de acción o el derecho de litigar, y que lo han definido diciendo que “es la potestad que una persona tiene de recurrir al aparato jurisdiccional del Estado con miras a resolver sus situaciones litigiosas y que puede materializarse en presentación de demandas, en el denuncia penal y en la práctica de medidas cautelares (...)” (p. 5). Es el ejercicio de este derecho de acción el que consideramos que puede ser abusivo pues, si bien el proceso se compone de varios actos procesales, en esencia nos referimos a aquél derecho pero en distintas fases.

Siguiendo la línea de lo expuesto, una persona ejerce su derecho de acción cuando requiere que el órgano jurisdiccional resuelva sus conflictos legales. Pero, ¿qué pasa si la persona no ejercita ese derecho conforme a ese fin? ¿Qué pasa si la persona ejercita ese derecho y plantea una demanda buscando intimidar a otra para que actúe de determinada forma? ¿Qué pasa si la persona que ejercita su derecho de acción tiene como propósito molestar, estorbar, impedir a otra el goce de un bien o de un derecho? Lo que sucede,

principalmente, es que se está mal utilizando, manipulado al proceso para la consecución de fines no previstos ni avalados por el ordenamiento jurídico.

Al respecto, López Mesa (2018) dice que “el abuso del proceso consiste en utilizar una facultad procesal con un destino distinto al previsto constitucionalmente” (p. 161) y consideramos que la idea es del todo correcta debido a que la propia Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 76, establece una serie de garantías básicas aplicables a todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones, de las cuales se desprende los objetivos de un proceso, qué se busca garantizar y qué se busca evitar. Además, concordante con la directriz constitucional, la norma procesal especial, a saber el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), igualmente clarifica respecto de los fines y objetivos de las facultades procesales.

Volviendo sobre lo dicho respecto del derecho de acción, un criterio que parecería ser definitorio para juzgar el abuso de este derecho es el de la *iusta causa litigandi* que es explicado por el español Arturo Muñoz Aranguren (2018) en los siguientes términos:

(...) consiste en determinar si el recurso a la tutela judicial, ya sea en calidad de actor o de demandado, en un caso concreto, está o no justificado. De no ser así, por acreditarse la instrumentalización deliberada y espuria del proceso o, simplemente, por carecer la pretensión procesal del más mínimo fundamento (ausencia de *iusta causa litigandi*), esta conducta procesal se incardinará en el Art. 7.2. C.C., desencadenándose la correspondiente obligación indemnizatoria. (p. 12)

El trasfondo de este criterio es del todo lógico y claro: quien acuda al órgano jurisdiccional sin una justa causa para litigar debe responder de aquello porque, como ya hemos dicho, ha provocado que el aparato jurisdiccional se active y atienda ese requerimiento que, en definitiva, no ha sido serio. Simplemente para complementar aquello, es necesario hacer referencia a que se discute mucho en la doctrina respecto de que la figura del abuso del derecho es aplicable en tanto y en cuanto ocasione un daño pero, en esencia, siempre existirá un daño, al menos indirecto, debido a las consecuencias negativas que se generan por ese ejercicio irreflexivo de un derecho.

Sin embargo, en la práctica no siempre será fácil la determinación, de parte del juez, de que una persona carece de esta *iusta causa litigandi* y, consecuentemente, ha

abusado de su derecho de acción, a pesar de la aparente claridad del criterio. Y aquella determinación se vuelve aún más conflictiva por el hecho de que, del otro lado, es decir del lado de la parte a la que se sancione por adolecer su pretensión procesal de esta justa causa para litigar, seguramente se alegará que se está vulnerado su derecho a la defensa. Con ello, reiteramos que la determinación de ese criterio que parecería sencillo, en la práctica no lo es y los operadores de justicia prefieren muchas veces evitar esos potenciales conflictos y no sancionar conductas seguramente abusivas.

En esa misma línea, es sumamente importante tener en cuenta otro razonamiento fundamental: el derecho a la defensa no lo tiene solamente una de las partes procesales, sino todas las partes procesales. Al respecto, las palabras de López Mesa (2018) son adecuadas, pues manifiesta que:

La garantía de la defensa es de doble vía, para ambas partes, de lo cual se desprende que si una se excede, menoscaba el derecho de la otra, y tan trascendente es el derecho a la defensa de la una, como lo es el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva de la otra. (...) Si no se sanciona la inconducta procesal so pretexto de garantizar el derecho a la defensa, ocurre lo contrario de lo pretendido: se violan las garantías del debido proceso constitucional. (p. 200)

Si se analiza desde este punto de vista, el operador de justicia ya no debería tener un papel complaciente so pretexto de incurrir en la vulneración del derecho a la defensa de la parte que actúa abusivamente; por el contrario, sabiendo que esa conducta reprochable menoscaba el derecho a la defensa de la otra, debe el juzgador tener un papel mucho más firme porque, a fin de cuentas, todo ello lleva a que el sistema de administración de justicia funcione deficientemente y que el proceso judicial sea un escenario en donde ese tipo de conductas son comunes. Además, es igual de importante tener en cuenta que la permisón de lo que se denomina inconducta procesal atenta contra disposiciones constitucionales, como bien lo anota el tratadista argentino en referencia pues, solamente por poner un ejemplo, si no se sanciona el uso abusivo de una facultad procesal, se está violentando la garantía básica del debido proceso contenida en el #1 del Art. 76 de la Constitución que establece que “corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”

(Asamblea Nacional, 2020) y no reaccionar frente a estas conductas implica no garantizar el cumplimiento de una norma legal vigente.

En el mismo sentido, el ya referido tratadista Roberto Berizonce (2015) ha dicho lo siguiente:

El derecho de defensa supone su ejercicio de modo regular, funcional, colaborativo, a través de la actuación proba y de buena fe. A la inversa, la inconducta procesal y el abuso disfuncional de los instrumentos del proceso –incluyendo la articulación de proposiciones insustanciales o palmariamente inconsistentes-, no solo encuadran en las figuras y sanciones de la temeridad y la malicia, sino que menoscaban el correcto desempeño y los propios objetivos de la función jurisdiccional, derivando en una cabal privación de justicia. (p. 7)

Berizonce plantea el panorama completo y muestra las implicaciones negativas de conductas procesales ilegítimas pues consideramos que sería un error pensar que conductas abusivas dentro del proceso judicial afectan únicamente a las partes intervinientes o a ese proceso particular; todo lo contrario, esas conductas se vuelven repetitivas y su no prevención y sanción lleva a que se las tenga, en la práctica, como comunes y aceptables.

El proceso judicial funciona en base a su propia estructura normativa y es hacia allá a donde apuntamos ahora para comprender sus razones esenciales, que se encuentran en los principios que lo rigen.

4.1.1. Relación con los principios que rigen el proceso.

Todo lo dicho hasta este punto en este último capítulo toma mucho más sentido si se analiza a la luz de los principios que rigen el proceso, contenidos principalmente en dos cuerpos legales: en el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) y en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP). El primero de los cuerpos legales referidos explicita los principios y los define, mientras que en el segundo se encuentran muchos de esos principios implícitos en normas procesales, razón por la cual, para los propósitos de este trabajo, nos enfocaremos en el primer cuerpo legal mentado.

El COFJ desarrolla, desde su Art. 4 hasta su Art. 34, los principios rectores de la Función Judicial ecuatoriana, algunos de los cuales se refieren directamente al proceso, razón por la cual los analizamos a continuación.

En su Art. 4 refiere sobre el principio de supremacía constitucional, en los siguientes términos: “Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía” (Asamblea Nacional, 2020). Algo habíamos dicho ya en líneas anteriores sobre el hecho de que a partir del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador se desarrolla el derecho al debido proceso y sus garantías básicas y, en ese sentido, es lógico que una ley orgánica se encuentre en consonancia con disposiciones constitucionales. En definitiva, aquellas garantías básicas del debido proceso son directamente aplicables por parte de los operadores judiciales y, de otra parte, son plenamente exigibles por las partes procesales en virtud de los principios de supremacía constitucional y de aplicación directa e inmediata de la norma fundamental.

En su Art. 18 refiere sobre el sistema-medio de administración de justicia, en los siguientes términos:

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades. (Asamblea Nacional, 2020)

Si bien el principio en cuestión se refiere al sistema procesal, es importante notar cómo direcciona el funcionamiento del proceso mediante los principios ahí referidos, algunos de los cuales vale destacar a breves rasgos: el de uniformidad, el de eficacia, el de inmediación y el de celeridad. El primero de ellos, el de uniformidad, vinculado con el derecho y principio de seguridad jurídica, que tiende a que las resoluciones judiciales en temas específicos sigan una misma línea, que una conducta similar a la verificada en otro proceso no sea resuelta de forma opuesta o completamente diferente a la previa, lo cual podría ser importante, respecto del abuso del derecho en el proceso, pues reaccionar

de parte del órgano jurisdiccional de una forma uniforme a estas conductas se volvería sistemático y se controlaría de mejor forma el fenómeno.

Sobre el segundo de ellos, el principio de eficacia, ya hemos dicho que la materialización de conductas abusivas en el proceso complica enormemente la prestación de un servicio de administración de justicia eficaz, pues la atención de causas originadas en esas conductas implica la movilización de recursos del Estado hacia ellas y, consecuentemente, reduce la posibilidad de su utilización en las verdaderamente importantes.

Respecto del principio de inmediación, que se concreta en la idea central de que el juzgador tenga contacto directo con las partes durante el proceso, es importante mencionar que aquello puede facilitar, en teoría, la verificación de una conducta abusiva de una de las partes en ejercicio de su derecho de acción o contradicción, lo cual no es tarea sencilla en la práctica pues se requiere de un operador judicial minucioso, con voluntad de escudriñar el verdadero interés o propósito de su comparecencia en el proceso, situación que lamentablemente no todos los juzgadores están dispuestos a realizar.

El principio de celeridad sí que es importante porque se cumple en tanto y en cuanto el sistema esté organizado y diseñado para ello. Habíamos referido ya que los usuarios acuden al órgano jurisdiccional en busca de una respuesta ágil y eficaz en razón de que sus problemas no esperan y la demora en su solución solamente los agrava. Evidentemente no sirve de nada tener una respuesta célere pero ineficaz, con lo cual el reto para los operadores judiciales dentro de los procesos es identificar conductas o situaciones propuestas por las partes tendientes a demorar el proceso y rechazarlas, reprimirlas, para así poder garantizar que en la práctica se cumple con el principio de celeridad.

El Art. 23 del COFJ refiere sobre el principio de tutela judicial efectiva, en los siguientes términos:

La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por

sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados el Estado, la ley, y los méritos del proceso. (Asamblea Nacional, 2020)

Es importante tener en cuenta que no se está haciendo referencia solamente a la tutela judicial, sino además, a una tutela judicial efectiva. A pesar de lo obvio del reciente comentario, es necesario entender lo que implica la efectividad de la tutela judicial y hemos tratado de aproximarnos a ello en líneas anteriores. Pero sobre todo nuestro comentario va orientado hacia la necesidad de que se valore al proceso judicial como un espacio en donde intervienen al menos dos partes procesales y no se puede permitir que la actuación de una, so pretexto de su derecho a la defensa, conlleve actuaciones abusivas o desleales porque lo que sucede en ese caso es que a la contraparte de ese litigio ya no se le está garantizando en lo absoluto una tutela judicial y mucho menos de tipo efectiva. Bien se establece en la redacción del principio en comento que los operadores judiciales deben resolver sobre la base de normas constitucionales, legales, convencionales y, en cierto punto, todas ellas coincidirán en que tutela judicial efectiva no se concilia en lo más mínimo con abuso de derecho dentro del proceso. No será entonces posible hablar de tutela judicial efectiva si en el proceso judicial existen conductas abusivas.

El Art. 25 del ya referido código refiere sobre el principio de seguridad jurídica, en los siguientes términos: “Las juezas y jueces tienen la obligación de velar por la constante, uniforme y fiel aplicación de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y las leyes y demás normas jurídicas” (Asamblea Nacional, 2020). Al analizar otro de los principios –el del sistema-medio de administración de justicia- ya nos referimos someramente a la seguridad jurídica que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, está contemplado tanto como derecho (Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador) cuanto como principio. A la luz del tema de este trabajo, debemos aumentar lo ya dicho solamente en el sentido de que si hay un aspecto en el que se debería verificar una total uniformidad de criterios en la Función Judicial, ese aspecto es el de la intolerancia a conductas procesales abusivas, pues aquello llevaría a que los demás actores del sistema

entiendan la finalidad de un proceso judicial y que si sus pretensiones no se adaptan a ello, simplemente serán desechadas, reprimidas e incluso sancionadas.

El Art. 26 refiere sobre el principio de buena fe y lealtad procesal, en los siguientes términos:

En los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán a las partes y a sus abogadas o abogados que observen una conducta de respeto recíproco e intervención ética, teniendo el deber de actuar con buena fe y lealtad. Se sancionará especialmente la prueba deformada, todo modo de abuso del derecho, el empleo de artimañas y procedimientos de mala fe para retardar indebidamente el progreso de la Litis. (Asamblea Nacional, 2020)

Quizá mucho de lo dicho a lo largo de este trabajo encuentre su sustento y su idea esencial en esta norma. Las referencias a la buena fe y a la lealtad procesal son clarísimas, pero aún más claro es el hecho de que estos modelos de conducta no son opcionales, sino obligatorios. Otro de los aspectos importantísimos de esta norma es que hace directa referencia al abuso del derecho en el proceso y, aún más, hace énfasis en que cualquier modo de manifestación de aquél será especialmente sancionado. Una conclusión que obtenemos de esto es que las normas jurídicas existen, están vigentes, son claras, pero quizá falta la voluntad de muchos operadores de justicia de hacerle frente al problema. Además de la norma en la que se basa este trabajo que es la contenida en el Art. 36.1 del Código Civil, existe una norma procesal específica que igualmente recoge esta figura, es decir, las herramientas existen, falta aplicarlas.

Con esa idea final, respecto de que las herramientas jurídicas existen y están vigentes, consideramos que corresponde analizar una arista más dentro del proceso judicial, igual de importante que todas las demás: el rol del juzgador.

4.2. El rol del juez en relación al abuso del derecho en el ámbito procesal.

Partiendo de la última idea expresada en el párrafo precedente, respecto de que las normas tendientes a prevenir y sancionar el abuso del derecho en el proceso existen y están vigentes, corresponde analizar a los sujetos a quienes corresponde aplicar esas normas, quienes son los juzgadores. La pregunta que surge aquí es la siguiente: ¿están los

juzgadores en la obligación de pronunciarse sobre actuaciones abusivas en el proceso o es una facultad de ellos?

Un primer análisis válido para responder esa interrogante sería manifestar que están en la obligación de juzgar la existencia de abuso del derecho en el proceso debido a que cuentan con una norma legal vigente, la del Art. 36.1 del Código Civil que, como ya hemos referido, irradia a todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano, a pesar de estar contenida en un cuerpo legal de derecho privado. Para reforzar ese criterio, podríamos incluso decir que su obligación se sustenta en la máxima jurídica *iura novit curia*, es decir, que el juez conoce el derecho y que, a pesar de que las partes no se pronuncien sobre algún aspecto sustancial, los operadores judiciales deben manifestarse igualmente como garantes del ordenamiento jurídico.

A pesar de la validez del argumento esgrimido en el párrafo inmediatamente anterior, consideramos que existe uno aún más fuerte que evidencia que es una obligación de los jueces juzgar conductas abusivas en el proceso. Este criterio parte ya no de una norma legal vigente de un cuerpo legal de derecho privado, sino de una de un cuerpo legal de derecho público, cuestión que es esencial pues ya no se podría argumentar que es facultativo, por la naturaleza de la ley que lo recoge, sino, por el contrario, se vuelve obligatorio, incluso tomando en cuenta que los operadores judiciales, al ser parte de las instituciones que conforman el sector público, están sujetos al principio de legalidad, de acuerdo con la disposición constitucional contenida en su Art. 226 que establece que “las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley” (Asamblea Nacional, 2020).

En ese marco, es importante hacer referencia a esa norma legal vigente de un cuerpo legal de derecho público en la cual se sustenta el argumento referido: el Art. 12 del Código Orgánico de la Función Judicial. En él, en su parte pertinente, se dice que:

(...) La jueza o juez deberá calificar si el ejercicio del derecho de acción o de contradicción ha sido abusivo, malicioso o temerario. Quien haya litigado en esas circunstancias, pagará las costas procesales en que se

hubiere incurrido, sin que en este caso se admita excepción alguna.
(Asamblea Nacional, 2020)

Hay algunas consideraciones que hacer respecto de esta norma: la primera, y fundamental, es que el cuerpo legal en que se sitúa esta norma es de derecho público, vinculante para sus destinatarios, es decir, para los operadores de justicia; la segunda, respecto de lo que, haciendo un símil con derecho penal, se denomina ‘verbo rector’ de la norma, es decir el verbo deberá respecto de la tarea de la o el juzgador/a, cuestión trascendental, porque los obliga a pronunciarse en el sentido de si el ejercicio del derecho de acción o contradicción ha sido abusivo, es decir, que en el momento de resolver una causa, siempre el operador de justicia debe tener en su esquema mental la necesidad de referirse a este aspecto, no a veces, siempre, por expreso mandato legal; y la tercera, que la norma también hace referencia a la consecuencia de haber ejercido el derecho de acción o contradicción de forma abusiva, con lo cual se brinda a los juzgadores la herramienta completa para juzgar ese actuar abusivo: el supuesto de hecho ‘ejercicio abusivo del derecho de acción o contradicción’ –que evidentemente requiere de una amplia discusión pues, como hemos visto, no siempre es de fácil determinación- y su consecuencia, la condena en costas procesales.

Respecto de la última consideración realizada, es decir de la facultad de los juzgadores de, una vez determinado el ejercicio abusivo del derecho de acción o contradicción de una parte procesal, condenarla en costas procesales, debemos decir que la norma ecuatoriana sigue la misma línea de, por ejemplo, la legislación española, aunque con sus diferencias, lo cual se refleja en lo dicho por el español Muñoz Aranguren (2018) respecto de que “(...) debemos recordar que el Art. 95.3 LOPJ dispone que el Tribunal podrá imponer a quien formulase recursos de inconstitucionalidad o de amparo, con temeridad o abuso de derecho, una sanción pecuniaria de 600 a 3.000 euros” (p. 5). En ese sentido, es importante notar que, a diferencia de la norma española, la ecuatoriana hace referencia a condena en costas en lugar de sanción pecuniaria, y las costas, según el inciso 2do del Art. 285 del COGEP incluyen:

(...) todos los gastos judiciales originados durante la tramitación del proceso, entre otros, los honorarios de la defensora o del defensor de la contraparte y de las o los peritos, el valor de las publicaciones que debieron o deban hacerse, el pago de copias, certificaciones u otros documentos,

excepto aquellos que se obtengan de forma gratuita. (Asamblea Nacional, 2020)

De ello se puede concluir que la naturaleza de las costas procesales no es realmente sancionadora sino reparatoria, mientras que la norma española hace referencia directamente a sanción y, en ese sentido, Carnelutti, citado por López Mesa (2018), dice que “la restitución tiende a poner las cosas en su lugar, mientras que la pena o sanción tiende a poner en su lugar al hombre” (p. 192).

De la norma comentada podemos sacar una primera conclusión, que por supuesto la reforzaremos: el paradigma procesal ecuatoriano exige una actuación activa de los jueces en pro de la determinación y sanción de conductas abusivas dentro del proceso, entendiendo que aquellas ponen en jaque al funcionamiento óptimo de todo el sistema de administración de justicia. Muestra de aquello es la redacción de una norma anteriormente analizada respecto de que el abuso del derecho en el proceso será especialmente sancionado.

En ese sentido, ese rol activo necesario de los operadores de justicia encuentra su fundamento en otras disposiciones legales del propio COFJ y también del COGEP. La primera y más general es la contemplada en el Art. 3 del COGEP que establece lo siguiente:

La o el juzgador, conforme con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias.

En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas. (Asamblea Nacional, 2020)

Esta norma, igualmente de orden público y, por tanto, obligatoria, confirma que la tarea del juzgador en el proceso judicial no se limita a lo sustantivo o a la valoración jurídica del caso que se presenta a su conocimiento, sino que además impone este deber de conducir los destinos del proceso, haciendo especial atención en la evitación de dilaciones innecesarias que pueden ser consecuencia de conductas procesales abusivas. Algo que es sumamente importante notar es que esta norma se refiere al proceso en

general, no se refiere únicamente a una parte del proceso como pueden ser las audiencias en donde el operador judicial tenga que realizar esta dirección, sino que se trata del proceso en general y eso es importantísimo porque el juzgador puede identificar conductas abusivas desde la presentación de la correspondiente acción o pretensión y en cualquiera de las otras etapas del proceso que se trate y, consecuentemente, no debe esperar a una audiencia o diligencia presencial para identificar y, de ser el caso, advertir o sancionar conductas abusivas.

En el párrafo anterior hemos dicho que la norma refiere sobre la obligación del juzgador de dirigir el proceso y no solo las audiencias. Podríamos decir entonces que la norma que hemos analizado se trata de una de tipo general, por todo lo que abarca el proceso. Sin embargo, para que no quede dudas, dentro del propio COGEP existe una norma que hace referencia a la especie de esa norma general, la del Art. 80 que refiere, ahí sí, sobre el deber del juzgador de la dirección de las audiencias, en los siguientes términos:

La dirección de las audiencias corresponde exclusivamente a la o al juzgador competente y en la Corte Nacional de Justicia, cortes provinciales y tribunales distritales de lo contencioso tributario y administrativo, a la o al juzgador ponente, como garantes de los derechos y de las normas.

Dentro de sus facultades de dirección podrá indicar a las partes los asuntos a debatir, moderar la discusión, impedir que sus alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes y ordenar la práctica de pruebas cuando sea procedente. Asimismo, podrá limitar el tiempo del uso de la palabra de las personas que intervengan, interrumpiendo a quien haga uso manifiestamente abusivo o ilegal de su tiempo. Ejercerá las facultades disciplinarias destinadas a mantener el orden y garantizar su eficaz realización. (Asamblea Nacional, 2020)

Hacemos referencia a esta norma con el principal objetivo de dimensionar la anterior norma comentada, respecto del deber de los juzgadores de dirigir el proceso, en general y como un todo que sí, tiene a la o las audiencias como una de las diligencias más importantes. Igualmente, en consonancia con el referido Art. 3, los ejemplos que se dan en la norma en comentario sobre cómo dirigir las audiencias tienen su fundamento en la

norma general como, por ejemplo, en la facultad de limitar el tiempo del uso de la palabra para evitar que las audiencias se extiendan y se pierda de vista los aspectos sustantivos o formales respecto de los que se ha trabado la Litis. Estas normas dejan clara la intención objetiva de la ley procesal que no es otra que optimizar el proceso para la consecución de su objetivo, es decir, la justicia en cada caso puntual, dotando a los operadores de justicia de las herramientas legales necesarias.

Es claro entonces que el rol que tienen los juzgadores en el proceso no tiende únicamente a la solución jurídica de la controversia puesta a su conocimiento sino que, además y fundamentalmente, deben cuidar que los usuarios, puntualmente las partes procesales, actúen en el proceso conforme a unos estándares mínimos de conducta porque si eso no es así, difícilmente podrán cumplir su cometido desde el punto de vista sustancial o, en otras palabras, si se deja que las partes actúen abusivamente en el proceso, aquello seguramente influirá en la resolución que emitan los juzgadores pues precisamente las actuaciones abusivas, que como hemos visto aparentan ser lícitas por su adecuación formal, tienden a desviar el curso del proceso y la atención a aspectos no esenciales y puede generar que se resuelva sobre la base de esos aspectos y no de los verdaderamente importantes y sustanciales. He ahí la importancia del papel de los juzgadores en el cuidado y dirección del proceso para poder cumplir su función y tareas a cabalidad.

En prácticamente todo lo que tiene que ver con el mundo jurídico suelen haber dos caras para una misma moneda. En este sub capítulo hemos analizado no solamente el rol que tienen los juzgadores dentro del proceso sino también las normas legales que les sirven de sustento para legitimar sus actuaciones directivas tendientes a garantizar la correcta marcha del proceso y la consecución del objetivo final, es decir la justicia en cada caso sometido a su conocimiento y resolución. La otra cara de la moneda se refiere a que el sistema judicial ecuatoriano tiene dentro de su estructura a un ente administrativo, el Consejo de la Judicatura, encargado de tareas de esa índole como, por ejemplo, la organización de los concursos de designación de magistrados, el control disciplinario a los operadores de justicia, la coordinación y división de las unidades judiciales especializadas de acuerdo a cada rama, etc. Una de las funciones referidas, la facultad disciplinaria, no ha sido usada con el tino que requiere semejante cometido y su uso irreflexivo ha llevado a que exista, al respecto, un pronunciamiento de la Corte Constitucional Ecuatoriana, que lo analizamos brevemente a continuación.

4.3. El error inexcusable como instrumento del ejercicio abusivo del derecho (Sentencia de la Corte Constitucional No. 3-19-CN/20).

Mucho hemos hablado a lo largo de este último capítulo sobre la necesidad de contar con operadores de justicia que tengan voluntad de hacerle frente a conductas abusivas que se verifican en los procesos judiciales y que tanto afectan al funcionamiento del sistema de administración de justicia. En ese contexto, no hay como desconocer una realidad: los juzgadores, en muchos casos, han optado por tener una actuación pasiva en ese sentido debido a que desde el ente administrativo de la judicatura, el denominado Consejo de la Judicatura, se ha ejercido abusivamente la potestad disciplinaria y, consecuentemente, se ha llamado la atención, sancionado e incluso destituido a operadores de justicia por considerar que sus actuaciones incurrieran en dolo, negligencia o el más común argumento, el del error inexcusable, criterio último que ha sido la muletilla de la que se han valido los funcionarios de este ente administrativo de la judicatura para amedrentar a los juzgadores, situación sobre la cual es necesario puntualizar pues constituye un absurdo que un ente administrativo juzgue la validez de una decisión jurisdiccional.

Ventajosamente, la Corte Constitucional ecuatoriana ha emitido un dictamen en el marco de la Consulta de Constitucionalidad de la Norma (Proceso No. 3-19-CN/20), causa en la cual se ha resuelto declarar la constitucionalidad condicionada del #7 del Art. 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, así como la inconstitucionalidad de la actuación de oficio del Consejo de la Judicatura prevista en el Art. 113 del COFJ. A continuación realizamos un breve análisis de este particular.

La norma sobre la cual la Corte Constitucional Ecuatoriana ha resuelto la constitucionalidad condicionada, a saber el #7 del Art. 109, establece lo siguiente:

Art. 109: Infracciones gravísimas. A la servidora o al servidor de la Función Judicial se le impondrá sanción de destitución, por las siguientes infracciones disciplinarias:

7. Intervenir en las causas como jueza, juez, fiscal o defensor público con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable declarados en el ámbito jurisdiccional, de conformidad con las disposiciones establecidas en los artículos siguientes, en

concordancia con el Art. 125 de este Código (...). (Asamblea Nacional, 2020)

El análisis que se ha hecho de parte del ente encargado de la vigilia y control de la Constitución ha sido, en nuestro criterio, correcto, debido a que, como dijimos en la introducción, la posibilidad de que un ente administrativo, con funciones y funcionarios administrativos, juzgue la existencia de dolo, negligencia o error inexcusable de una decisión jurisdiccional es absurdo, pues el control de aquel tipo de decisión debe corresponder a un funcionario o ente asimismo jurisdiccional que pueda juzgar la verificación de esas situaciones con conocimiento de causa. Lo contrario, o sea lo que se hacía por parte del Consejo de la Judicatura, implicaba directa y flagrantemente una injerencia de funciones.

Lo que se ha dicho en la sentencia de la Corte Constitucional es que la verificación de la existencia de dolo, negligencia o error inexcusable debe ser declarada jurisdiccionalmente para que, con ello, sí pueda proceder el inicio de un sumario administrativo de parte del Consejo de la Judicatura. La parte resolutive de la sentencia en cuestión establece lo siguiente:

(...) En mérito de lo expuesto, de conformidad con el artículo 428 de la Constitución y el artículo 143 de la LOGJCC, la Corte Constitucional resuelve: 1. Pronunciarse en el sentido de que la aplicación del artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial es constitucional condicionado a que, previo al eventual inicio del sumario administrativo en el Consejo de la Judicatura contra un juez, fiscal o defensor público, se realice siempre una declaración jurisdiccional debidamente motivada de la existencia de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable (...). (Corte Constitucional, 2020)

Con esto, lo que se logra es que ya no sea el Consejo de la Judicatura el ente que juzgue la existencia de dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable, sino que esta tarea de verificación recae en funcionarios jurisdiccionales de mayor jerarquía, lo cual parece muy razonable y viable.

Otro punto importante de la sentencia de la Corte Constitucional es la declaración de inconstitucional de la actuación de oficio del Consejo de la Judicatura contemplada en

el Art. 113 del COFJ que dice lo siguiente: “La acción disciplinaria se ejercerá de oficio o por denuncia” (Asamblea Nacional, 2020). Al respecto, en el punto 5 de la sentencia se dice que: “(...) Se declara la inconstitucionalidad de la actuación de oficio del Consejo de la Judicatura prevista en el Art. 113 del COFJ exclusivamente para la aplicación del artículo 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial” (Corte Constitucional, 2020). Este punto es igualmente importante porque blinda cualquier espacio que pudiese quedar para esta actuación discrecional y abusiva del ente administrativo.

De esta forma, podemos observar que el rol muchas veces pasivo que se advertía en los operadores de justicia al momento de tener que emitir su criterio sobre la verificación de conductas abusivas tenía al menos un argumento válido, mucho más si se toma en cuenta el aspecto sobre el que reparábamos anteriormente, es decir que puede en algún punto chocar con el seguro argumento de la parte procesal de que está actuando en ejercicio de su derecho a la defensa, cuestión que como hemos tratado de explicar puede, *prima facie*, parecer cierta, precisamente por esa apariencia de licitud que esconden las actuaciones de ejercicio abusivo de derechos.

Para cerrar este capítulo, consideramos imprescindible contar con el criterio de las personas directamente involucradas en el proceso y en la determinación de la existencia y verificación de conductas abusivas: los jueces.

4.4. Entrevistas a tres jueces de la Función Judicial con sede en el cantón Cuenca.

Todo lo teórico que hemos tratado no solo en este capítulo sino a lo largo de este trabajo consideramos que debe ser complementado con un aspecto práctico. En ese sentido, esta pequeña muestra de trabajo de campo busca mostrar las percepciones de quienes están obligados, por mandato legal expreso, a prevenir y sancionar conductas abusivas dentro del proceso judicial.

Lo importante en esta sección son los datos, las percepciones, los criterios, mas no los nombres. Por ello, como medida para garantizar en la mayor medida posible el anonimato de los participantes, cumplimos con informar simplemente que se trata de jueces de la Función Judicial del cantón Cuenca, sin hacer mención a las unidades judiciales especializadas en las que desempeñan sus labores.

4.4.1. Entrevista No. 1 a jueza de la Función Judicial de Cuenca.

1. Defina con sus palabras lo que entiende por abuso del derecho.

Para mí concepto, se habla de abuso del derecho, cuando una persona titular de un derecho, sea natural o jurídica, utiliza ese derecho de manera inadecuada.

1. En su experiencia, ¿el Art. 36.1 del Código Civil que regula la figura del abuso del derecho facilita su aplicación práctica?

Sí.

2. Al momento de juzgar el ejercicio de un derecho como abusivo, ¿considera que prima el aspecto subjetivo, es decir la intención dañosa del titular del derecho, o considera que prima el aspecto objetivo, es decir la finalidad del derecho que se ejerce, o considera que ambos aspectos son igual de importantes para la calificación de abuso de un derecho?

En nuestro Código Civil, Art. 36.1 tal y como está redactado, considero que ambos aspectos son iguales, pues se tiene que analizar, si el titular del derecho actuó o no con dolo o culpa y si excedió los objetivos o fines del ordenamiento jurídico.

3. ¿Qué función considera usted que cumple la figura del abuso del derecho en la práctica, preventiva, sancionadora u otra?

Preventiva y sancionadora.

4.4.2. Entrevista No. 2 a jueza de la Función Judicial de Cuenca.

1. Defina con sus palabras lo que entiende por abuso del derecho.

El abuso del derecho constituye una conducta proveniente del litigio y que debe ser calificado por el Juez (a) al momento de emitir un auto interlocutorio o sentencia que ponga fin al proceso conforme la norma procesal vigente, es decir, ese proceder ya sea en

el acceso a la justicia por haberlo efectuado sin justificación alguna, cuanto el actuar ya dentro del proceso instaurado, en íntima relación con el art. 12 del COFJ.

2. En su experiencia, ¿el Art. 36.1 del Código Civil que regula la figura del abuso del derecho facilita su aplicación práctica?

Si bien el Código Civil define lo que debe entenderse por abuso del derecho, tenemos una norma de orden público como lo es el art. 284 del COGEP que es obligatoria para los jueces y juezas cumplirla y analizar si ese ejercicio del derecho se subsume o no en la definición otorgada previamente por el legislador, pero no ha existido dificultades en la aplicación en los casos que ha correspondido.

3. Al momento de juzgar el ejercicio de un derecho como abusivo, ¿considera que prima el aspecto subjetivo, es decir la intención dañosa del titular del derecho, o considera que prima el aspecto objetivo, es decir la finalidad del derecho que se ejerce, o considera que ambos aspectos son igual de importantes para la calificación de abuso de un derecho?

Considero que los ciudadanos que acceden a la administración de justicia no incurrir en un abuso del derecho por la mera intención de llevar adelante un litigio, sino muchas veces lo hacen porque sus derechos no están siendo bien canalizados por quienes asumen su defensa técnica, es decir, hay derechos por ser defendidos, pero lo hacen a través de acciones inadecuadas, mas la intención final no es abusar del derecho como tal.

4. ¿Qué función considera usted que cumple la figura del abuso del derecho en la práctica, preventiva, sancionadora u otra?

Considero que por la forma inclusive como está concebido en la norma procesal, el abuso del derecho cumple una función sancionadora, toda vez, que obliga al juez a calificar el litigio con efectos pecuniarios exclusivamente.

4.4.3. Entrevista No. 3 a juez de la Función Judicial de Cuenca.

1. Defina con sus palabras lo que entiende por abuso del derecho.

El abuso del derecho constituye una actitud procesal en que los sujetos exógenos al proceso realizan peticiones que están apartadas de un marco legal y que a veces, a pesar de que les ampara la ley, su actitud al presentar peticiones lesiona más gravemente un derecho de una parte involucrada.

2. En su experiencia, ¿el Art. 36.1 del Código Civil que regula la figura del abuso del derecho facilita su aplicación práctica?

El Código Civil no es lo suficientemente amplio para que regule la institución del abuso del derecho porque hoy en día nos encontramos con figuras jurídicas como es el abuso procesal, que es muy distinto al abuso del derecho, y entonces amerita cambios y eso tal vez se convierte en un freno para la aplicación correcta de la normativa existente. Existen disposiciones sueltas como es el caso del COFJ que regula el abuso procesal pero es distinto hablar del abuso del derecho y del abuso procesal que puede darse en la tramitación de una causa.

3. Al momento de juzgar el ejercicio de un derecho como abusivo, ¿considera que prima el aspecto subjetivo, es decir la intención dañosa del titular del derecho, o considera que prima el aspecto objetivo, es decir la finalidad del derecho que se ejerce, o considera que ambos aspectos son igual de importantes para la calificación de abuso de un derecho?

Los jueces tenemos la obligación de pronunciarnos en las sentencias, en su parte resolutive, sobre cuál ha sido la conducta de los sujetos procesales, bajo los parámetros del Código Orgánico de la Función Judicial, en su Art. 12, que establece que si una persona ha litigado con temeridad, con malicia, con abuso, califique esa conducta, lo cual cae, muchas veces, en un plano subjetivo o también normativo. Lo que yo he verificado es de que no existen disposiciones del todo claras, diáfanas, que indiquen que cuando los sujetos procesales actúen de esa forma, los jueces debemos aplicar esta normativa sino deja un amplio margen al juzgador de que él tome la decisión, por ejemplo, de condena o no en costas procesales, porque ese es uno de los efectos pero, más allá de eso hay conductas que pueden rayar en el campo delictual, en la parte procesal y ante ello lo que

los jueces hacemos es disponer comunicar a la Fiscalía del cantón respectivo, pero la norma del Art. 12 del COFJ si da algunos parámetros para que un juez califique cuál ha sido la conducta de una parte procesal a lo largo del trámite pero eso hace referencia propiamente al abuso procesal.

4. ¿Qué función considera usted que cumple la figura del abuso del derecho en la práctica, preventiva, sancionadora u otra?

Pienso que al estar regulado superficialmente en nuestra legislación, es únicamente una forma de advertencia que hace el legislador respecto de que si alguien actúa de esta forma, está sujeto a que se le acuse de abuso del derecho pero, en nuestra legislación, la aplicación de esta institución es de reciente data pues si se revisan fallos de la antes denominada Corte Suprema de Justicia, no hay casos en donde se haga un análisis del abuso del derecho que tal o cual persona ha cometido. Por eso diría que en los últimos 5 años una parte de la Corte Nacional de Justicia y su Sala Especializada de lo Civil realizaron análisis respecto de lo que entienden por el abuso del derecho y el abuso procesal y hoy en día los fallos hacen alguna mención a cuando una persona ha cometido abuso de derecho pero, siendo la Corte Nacional de Justicia la competente para sentar los parámetros y las bases para identificar la existencia de abuso de derecho o abuso procesal, lamentablemente no lo ha hecho.

Los criterios que hemos obtenido de parte de los juzgadores respecto de la figura del abuso del derecho distan de ser uniformes, situación que se replica a nivel nacional por la falta de análisis y consideración de la importancia de este principio en la práctica judicial, a pesar de que se puede vislumbrar un entendimiento al menos muy general. Con ello podemos corroborar que la simple emisión y promulgación de normas no soluciona el problema, ni aún para los jueces, mucho menos para los usuarios del sistema que nos encontramos muchas veces perdidos en un mar infinito de normas que, al final del día, no son aplicadas ni discutidas.

En el mismo sentido, es importante observar que los juzgadores entrevistados, al igual que los legisladores que aprobaron la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales, tienen una percepción de una de las formas en las cuales se manifiesta el instituto, mas no del instituto propiamente. En el caso de los legisladores veíamos cómo su análisis se centraba en el abuso de la personería jurídica de las sociedades, mientras

que en el caso de los juzgadores observamos cómo su análisis se centra en el abuso procesal o abuso del proceso que, como lo hemos tratado en este último capítulo, es una forma específica del general abuso del derecho.

Consideramos que de las entrevistas realizadas existe algo muy importante que destacar: el hecho de que los jueces conocen que tienen la obligación de pronunciarse sobre si la actuación de las partes procesales ha sido abusiva, temeraria o maliciosa. En esa línea, existiendo ese mandato legal expreso, consideramos que debería existir una mayor atención y, sobre todo, mayor desarrollo de parte de los juzgadores cuando argumenten la existencia o no de abuso del derecho en el proceso pues, de esa forma, el instituto irá tomando forma –y fondo- en la práctica judicial, lo cual seguramente repercutirá en un salto de calidad del aparato jurisdiccional y de todos sus actores.

Conclusiones.

El instituto jurídico del abuso del derecho es necesario para el correcto desenvolvimiento de este sistema complejo denominado Derecho. No se puede ni debe prescindir de él porque su vigencia permite un análisis del ejercicio de los derechos subjetivos que va más allá de lo formal, que no se conforma con lo que aparentemente es correcto y legal sino que va al por qué y al cómo de los derechos subjetivos y de su ejercicio.

El legislador ecuatoriano ha identificado correctamente el fenómeno del ejercicio abusivo o disfuncional de derechos subjetivos y ha incorporado al ordenamiento jurídico ecuatoriano normas tendientes a evitarlo, tanto en la legislación de corte público cuanto en la de corte privado. Con ello, lo que se busca claramente es orientar la conducta de los sujetos titulares de derechos subjetivos conforme con su finalidad, entendiendo que su desviación no será autorizada por el ordenamiento jurídico.

En esa misma línea, y de conformidad con ese mismo objetivo descrito en el párrafo precedente, la propia Corte Constitucional emitió su veredicto juzgando las actuaciones de oficio del Consejo de la Judicatura que juzgaban la calidad de las decisiones jurisdiccionales y sancionaban a los operadores de justicia, con lo cual se puede observar que se busca, en todo nivel, el ejercicio de derechos y de facultades de acuerdo con su finalidad, entendiendo que un modo de obrar contrario a ello lleva a la decadencia y colapso del aparato jurisdiccional y del derecho en general.

Uno de los puntos fundamentales que se ha querido dejar claro en este trabajo es que el Derecho es un sistema que encuentra su fundamento y su razón de ser en los principios que lo rigen, pues es a partir de ellos que nacen las normas positivas e institutos jurídicos que abundan en la práctica. Ninguna norma o instituto jurídico se sustenta a sí mismo sino que todos encuentran su fundamento en un principio general del Derecho, entendiendo que de éstos surge su esencia, su razón de ser.

En ese sentido, la buena fe, como uno de los más importantes principios generales del Derecho, no es simplemente una expresión común que se usa en el mundo jurídico como para legitimar argumentos, decisiones o normas. Es una directriz obligatoria en el Derecho, nada se concibe ni es válido si no se parte de ella. La comprensión de esto es fundamental pues de este modo se logra entender que el Derecho no se trata de imposición sino de cooperación y organización y la buena fe se mueve en ese ámbito cuando, por ejemplo, en el Código Civil se contempla el principio del *pacta sunt servanda*, entendiendo que las personas involucradas obrarán con lealtad, transparencia.

Todas las normas positivas constantes en los diferentes cuerpos legales tienen una finalidad, una misión que cumplir en la sociedad, un objetivo para el cual son creadas. Siendo eso así, los beneficiarios de los derechos que conceden las leyes, es decir sus titulares, no pueden ni deben intentar manipularlos y obtener de ellos ventajas o beneficios que no estén previstos para ello. Nuevamente, la buena fe debe orientar el ejercicio de los derechos subjetivos de parte de sus titulares porque, de no ser así, lo que se está haciendo es manipular el sistema y desviarlo de sus fines.

Por último, debe entenderse que el Derecho es y debe siempre tender a ser armónico y ese es un criterio que debe estar presente en toda actuación en el mundo jurídico, debe ser una especie de autocrítica que se hagan todos los actores del sistema – entiéndase abogados en libre ejercicio, jueces, legisladores, juristas, docentes, estudiantes, etc.-, preguntándose siempre si determinada actuación ayuda a la consolidación del Derecho como un sistema que permita la organización y pacificación de la convivencia social o si, por el contrario, fomenta la incertidumbre y desorden.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2012). *Acta No. 176 de Sesión de la Asamblea Nacional, de fecha 20 de julio de 2012.* <http://archivo.asambleanacional.gob.ec/>
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2012). *Acta No. 179 de Sesión de la Asamblea Nacional, de fecha 31 de julio de 2012.* <http://archivo.asambleanacional.gob.ec/>
- Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2012). *Acta No. 187-B de Sesión de la Asamblea Nacional, de fecha 20 de septiembre de 2012.* <http://archivo.asambleanacional.gob.ec/>
- Barros Bourie, E. (2012). Límites de los derechos subjetivos privados. Introducción a la Doctrina del Abuso del Derecho. *Revista Derecho y Humanidades*, 1, 1-27.
- Barros Bourie, E. (2015). *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (1era edición). Editorial Jurídica de Chile.
- Berizonce, R. (2015). El principio general del abuso del derecho y su incidencia en el ordenamiento procesal. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales U.N.L.P.*, 1, 29-39.
- Bobbio, N. (2014). *El Problema del Positivismo Jurídico* (13era edición). Editorial Fontamara.
- Código Civil. Congreso Nacional del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 46. 24 de junio de 2005.
- Código de Comercio. Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 497. 29 de mayo de 2019.
- Código de Trabajo. Congreso Nacional del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 167. 16 de diciembre de 2005.
- Código Orgánico General de Procesos. Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 506. 22 de mayo de 2015.

- Código Orgánico Integral Penal. Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 180. 10 de febrero de 2014.
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 303. 19 de octubre de 2010.
- Coello García, H. (1995). *Epítome del Título Preliminar del Código Civil, y sus principales relaciones con la legislación ecuatoriana*. Universidad del Azuay.
- Coello García, H. (2010). *Obligaciones, tomo II*. Universidad del Azuay.
- Comanducci, P. (2011). El abuso del derecho y la interpretación jurídica. *Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia*, 21, 107-118.
- Constitución de la República del Ecuador. Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449. 20 de octubre de 2008.
- Díez-Picazo, L. (1992). El abuso del derecho y el fraude de la ley en el nuevo Título Preliminar del Código Civil español y el problema de sus recíprocas relaciones. *Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, 3, 5-14.
- Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, 43, 11-48.
- Hernández-Velasco, H. y Pardo-Martínez, O. (2014). La aplicación de la teoría del abuso del derecho en la jurisprudencia colombiana. *Revista Opinión Jurídica de la Universidad de Medellín*, 13 (26), 109-124.
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=94535421008>
- Ley de Compañías. Congreso Nacional del Ecuador. Registro Oficial No. 312. 05 de noviembre de 2019.
- Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales. Asamblea Nacional de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 797. 26 de septiembre de 2012.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Asamblea Nacional Constituyente de la República del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 395. 04 de agosto de 2008.

López-Díaz, P. (2012). El abuso del derecho de opción del acreedor y su importancia en la construcción de un sistema equilibrado de remedios por incumplimiento contractual. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 19, 13-62. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-80722012000200002&script=sci_arttext&tlng=e

López Mesa, M. (2018). *Doctrina de los Actos Propios* (4ta ed.). Editorial Hammurabi.

Muñoz-Aranguren, A. (2018). Abuso del derecho y ponderación de derechos. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 41, 35-48. DOI: 10.14198/DOXA2018.41.02

Novak, F. (1997). Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho. *Agenda Internacional*, 4, 109-134.

Ortíz-Donoso, J. (2011). *Tratamiento del Abuso del Derecho en la Jurisprudencia de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador* [Tesis de Grado, Universidad San Francisco de Quito, Ecuador]. Archivo digital. <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/910/1/99869.pdf>

Palombella, G. (2006). El abuso del derecho, del poder y del rule of law. *Doxa. Cuadernos de Filosofía*, 29, 33-57.

Peña-Ramírez, M. (2015). Gobierno corporativo, oportunismo y abuso del derecho en sociedades mercantiles. *Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes*, 54, 1-49. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360043572003>

Pinaglia-Villalón y Gavira, J. (2016). Aproximación al concepto de abuso del derecho del artículo 7.2 del Código Civil español. *Anuario de Derecho Civil*, 69, 925-949.

Sentencia 03-19-CN/20. (29 de julio de 2020). Corte Constitucional del Ecuador (Agustín Grijalva Jiménez, J.P.).

http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcBldGE6J3RyYW1pdGUhLCB1dWlkOiczOGJiNmFhZC1lNmNmLTJmMDItOTQyZi1kMjc1YzMwM2U1NTUucGRmJ30=

Toscano-Garzón, J. (2007). *El Abuso del Derecho en el Ecuador. Análisis doctrinario y jurisprudencial* [Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador]. Archivo digital.

<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/768/1/T525-MDE-Toscano-El%20abuso%20del%20derecho%20en%20el%20Ecuador.pdf>