

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**La responsabilidad de los Centros de Arbitraje y Mediación en el
ejercicio de sus funciones**

Natalia María Ordóñez Rivera

Ximena Bustamante, LL.M., Directora de Tesis

Tesis de grado presentada como requisito
para la obtención del título de Abogada

Quito, diciembre de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACION DE TESIS

“La responsabilidad de los Centros de Arbitraje y Mediación en el ejercicio de sus funciones”

Natalia Ordóñez Rivera

Dr. Jaime Vintimilla
Presidente del Tribunal

.....

Abogada. Ximena Bustamante
Directora de Tesis

.....

Abogado. Hugo García
Informante

.....

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia

.....

Quito, diciembre de 2014

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO
COLEGIO DE JURISPRUDENCIA
EVALUACIÓN DE DIRECTORA / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA: “La responsabilidad de los Centros de Arbitraje y Mediación en el ejercicio de sus funciones”

ALUMNA: Natalia María Ordoñez Rivera

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado

La pregunta sobre la responsabilidad que podrían tener los Centros de Arbitraje y Mediación en el ejercicio de sus funciones es relevante para quienes practicamos en el área de los MASC. Y si bien la pregunta no es extraña, resulta novedosa una discusión académica al respecto. Esta investigación responde la pregunta con rigurosidad, realizando una propuesta concreta sobre el origen y los alcances de dicha responsabilidad.

Así pues la tesina aporta un mayor entendimiento sobre el estándar de cuidado que debe tener un Centro de Arbitraje y Mediación, su Director, así como los derechos de los usuarios.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis de la investigadora sostiene que la responsabilidad de los Centros de Arbitraje y Mediación nace de una relación contractual; mientras que el Director del Centro podría tener responsabilidad extracontractual por el ejercicio de competencias calificadas como jurisdiccionales. Se trata de una hipótesis compleja que ha logrado encontrar un contrato innominado de administración del arbitraje, y distinguir las funciones administrativas del Centro de Arbitraje y Mediación derivadas de dicho contrato, así como las competencias jurisdiccionales del Director. La hipótesis resulta trascendente, por cuanto dilucidar el origen de cada responsabilidad implica comprender sus elementos constitutivos, así como sus efectos en la práctica.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

La tesina se atreve a exponer ideas audaces y provocadoras. Para sustentarlas se ha valido con suficiencia de la legislación nacional, doctrina nacional e internacional, jurisprudencia extranjera y derecho comparado; enmarcándose adecuadamente en el Derecho Civil y Procesal. Así también, a lo largo de la investigación presenta citas oportunas que dan fuerza a las ideas presentadas.



d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

La tesina justifica una hipótesis compleja a través de argumentos lógicos y de fácil seguimiento. Resulta sencillo para el lector visualizar el contrato de administración de arbitraje, y distinguir entre la responsabilidad contractual del Centro de Arbitraje y Mediación de la responsabilidad extracontractual del Director del Centro en el ejercicio de competencias jurisdiccionales. Pero más allá de llevar al lector a conclusiones similares al de la tesina, este trabajo incita a realizar nuevas preguntas que profundicen la investigación y el desarrollo de este tema.


Ximena Bustamante Vásquez

DIRECTORA

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Nombre: Natalia María Ordóñez Rivera

C. I.: 1717059388

Fecha: Quito, diciembre de 2014

DEDICATORIA

A mis padres, Ignacio y María Elena, quienes han sido un ejemplo de vida. Su esfuerzo y dedicación han significado en gran parte el cumplimiento de este logro. Y a mi hermana María Gabriela por estar siempre a mi lado.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia y a Bernardo, por todo su apoyo y paciencia en este proceso. A mi Directora de tesis Ximena Bustamante por ser mi guía y transmitir sus conocimientos. A todos mis profesores de la Universidad por sus valiosas enseñanzas y experiencias compartidas durante estos años. Y a mis queridos amigos y compañeros de la Universidad, por haber hecho que estos años de estudios sean los mejores de mi vida.

RESUMEN

El presente trabajo busca determinar el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad de los Centros de Arbitraje y Mediación de Ecuador en el ejercicio de sus funciones. En el país, no existen normas en el ordenamiento jurídico que regulen esta materia, por lo que la abordaremos desde dos perspectivas diferentes: la responsabilidad desde un punto de vista contractual y luego extracontractual.

En el primer capítulo, partiremos desde la teoría general del negocio jurídico para analizar si la relación existente entre las instituciones arbitrales y los suscriptores del convenio arbitral es contractual, y estudiaremos las consecuencias de calificar a esta relación jurídica como un contrato. Luego, en el segundo capítulo, estudiaremos la posibilidad de equiparar el régimen de responsabilidad de los centros al de los jueces, tomando en cuenta que nuestra legislación ha elevado al arbitraje a la categoría de servicio público. Finalmente, en el tercer capítulo, explicaremos que la relación es contractual por lo que la responsabilidad también lo es, pero realizaremos observaciones en cuanto a las obligaciones de los Directores de las instituciones arbitrales, que pueden ser consideradas jurisdiccionales, por lo que su responsabilidad será extracontractual.

ABSTRACT

The purpose of this academic dissertation is to determine the nature of the arbitral institution's liability in Ecuador. In the absence of legislation about this matter, we will try to explain this nature from two different perspectives: the liability seen as contractual and then extra contractual.

In chapter one, we will start explaining the first view by studying the theory of contracts to analyze if the relationship between the arbitral institutions and the parties in the arbitration agreement is a contract. Then we will explain the consequences of this conclusion. In chapter two we will study the other possibility, keeping in mind that our legislation has characterized arbitration as a public service. We will analyze if the liability of the arbitral institutions is similar to the judges liability. Finally, in chapter three, we will explain that the relationship is contractual; therefore, the liability is of the same nature. Nevertheless, we will note that the obligations of the Directors of the arbitral institutions are jurisdictional, so their responsibility will not be contractual.

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	12
1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE ARBITRAJES.....	16
1.1. Partes contractuales.....	18
1.2. Los requisitos de existencia y validez en la relación contractual de las partes y la institución arbitral	19
1.2.1. El consentimiento y su perfeccionamiento.....	20
1.2.2. El objeto del contrato y sus elementos de la esencia.....	25
1.2.3. La causa del contrato.....	28
1.2.4. La capacidad.....	28
1.3. Caracterización del contrato	30
1.4. El contrato de administración de arbitraje es innominado.....	34
1.5. La relación jurídica como contrato de mandato.....	35
1.5.1. Similitudes con el contrato de mandato	36
1.5.2. Diferencias con el contrato de mandato	38
1.5.3. La responsabilidad en el mandato	40
1.6. La relación jurídica como un contrato de arrendamiento de servicios	41
1.7. Consecuencias de que la relación sea contractual.....	41
1.7.1. El incumplimiento	42
1.7.2. Culpa o dolo	44
1.7.3. Daño	45
1.7.4. Extensión de la indemnización.....	46
1.7.5. Aplicación de la condición resolutoria tácita	49
1.7.6. <i>Exceptio non adimpleti contractus</i>	50
1.7.7. <i>Rebus sic standibus</i>	51
1.7.8. Prescripción.....	52
1.7.9. Eximentes de responsabilidad	52
1.7.9.1. La cláusula de exoneración de responsabilidad	53
1.7.9.2. Caso fortuito o fuerza mayor.....	55
1.8. Conclusiones del capítulo 1	57

2. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE ARBITRAJES	61
2.1. Naturaleza jurídica de las funciones de los centros de arbitraje	63
2.1.1. Las funciones jurisdiccionales de los centros	64
2.1.2. Las funciones administrativas de las instituciones.....	67
2.2. Responsabilidad de los jueces en la justicia ordinaria	68
2.2.1. Retardo injustificado	72
2.2.2. Negligencia.....	73
2.2.3. Denegación de justicia	73
2.2.4. Quebrantamiento de ley	74
2.3. Requisitos para que se configure la responsabilidad extracontractual	75
2.3.1. La culpa o el dolo de la institución arbitral	75
2.3.2. La capacidad.....	77
2.3.3. El daño.....	79
2.3.4. La relación de causalidad	80
2.4. Eximentes de responsabilidad.....	80
2.4.1. El caso fortuito y la fuerza mayor	81
2.4.2. La culpa de la víctima	81
2.4.3. El hecho de un tercero.....	83
2.4.4. La violencia física o moral	83
2.5. Extensión de la indemnización	84
2.6. Consecuencias de que la responsabilidad sea extracontractual	87
2.6.1. Solidaridad	87
2.6.2. Prescripción.....	88
2.6.3. La validez de la cláusula de exoneración de responsabilidad	88
2.7. Procedimiento y juez competente	89
2.8. Conclusiones del capítulo 2	90
3. LA RESPONSABILIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE ARBITRAJE Y LA IMPOSIBILIDAD DE ESTABLECER CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN ABSOLUTA DE RESPONSABILIDAD EN ESTOS CONTRATOS	93
3.1. La responsabilidad de los centros de arbitraje es contractual	95
3.1.1. Las funciones jurisdiccionales de los Directores de los Centros de Arbitraje y Mediación.....	96

3.1.2. La responsabilidad del Director del Centro en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales es extracontractual.....	101
3.1.3. La responsabilidad contractual del Centro es acorde a la naturaleza del arbitraje administrado	103
3.2. Jerarquía normativa de los reglamentos de los Centros en nuestro Ordenamiento Jurídico.....	105
3.3. La aplicación del principio <i>contra proferentem</i> en el contrato de administración del arbitraje	108
3.4. Las cláusulas de exoneración de responsabilidad en los contratos de administración de arbitraje	111
3.4.1. Posibles interpretaciones para la cláusula de exoneración de responsabilidad	113
3.4.2. Efectos de esta cláusula en los contratos de administración de arbitraje	115
3.5. Necesidad de establecer normas claras sobre responsabilidad de los Centros en la LAM.....	118
3.6. Conclusiones del capítulo 3	119
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	125
Sobre la responsabilidad de las instituciones arbitrales	125
Sobre la responsabilidad del Director de la institución arbitral.....	126
Recomendaciones	127
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	129

INTRODUCCIÓN

Cuando las partes deciden someter sus controversias a arbitraje tienen dos posibilidades, que el arbitraje sea administrado o independiente. Si la opción elegida es que sea administrado, interviene un sujeto adicional en la resolución de la disputa: la institución arbitral encargada de administrar la controversia.

Es en este supuesto en el que surge una duda, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la relación que poseen los suscriptores del convenio arbitral y el centro de arbitraje? Existen dos posibles respuestas a esta pregunta.

La primera postura es que se trata de una relación contractual y se sustenta en que ambas partes han llegado a un acuerdo para crear obligaciones, el Centro estará obligado a administrar la controversia y las partes pagarán este servicio. Asimismo, existen dos manifestaciones de voluntad tendientes a crear obligaciones. La del Centro de Arbitraje al ofertar sus servicios permanentemente y la de los suscriptores del convenio arbitral al aceptar esta oferta cuando designan al centro como institución para administrar sus disputas.

Algunas de las principales consecuencias de que se considere a este acuerdo como contrato es que todos los principios relativos a la teoría de las obligaciones resultan aplicables. “De este modo el consentimiento no solo determina la constitución del contrato [...] sino también sus efectos a través de la condición resolutoria tácita, la excepción del contrato no cumplido, la teoría de los riesgos, etc.”¹ Es por ello que deberá discutirse de qué forma son aplicables estos principios a este contrato.

Debemos resaltar que este es un contrato atípico, pues no se encuentra regulado por la ley.² En presencia de un contrato de esta naturaleza deben analizarse varios factores: la voluntad de las partes, las disposiciones generales de aplicación a los contratos, las reglas específicas previstas para contratos similares y las fuentes del derecho.³ Los contratos que guardan similitud con este acuerdo son el contrato de mandato y el contrato de arrendamiento de servicios.

¹ Barcia Lehmann, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil Chileno*. Tomo II. De la Fuente de las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile, 2010. p. 19.

² Spota, Alberto G. *Contratos: Instituciones de Derecho Civil*. 2da Ed. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 387

³ *Id.* p. 385

Una vez que surge una controversia entre las partes, cualquiera de ellas puede ejecutar el convenio arbitral y plantear su demanda ante el centro que hayan designado, y desencadenar el régimen de obligaciones del centro y las partes.

La segunda postura es la que considera que el Centro de Arbitraje se encuentra ejerciendo potestades jurisdiccionales y, en consecuencia, su responsabilidad se toma en cuenta en el ejercicio de estas facultades. Esta responsabilidad sería de la misma naturaleza que la de los jueces y por lo tanto, es extracontractual.

El fundamento de esta posición es que, en los procesos judiciales bajo la justicia ordinaria, las diligencias de calificación a la demanda, citación, notificación y resolución de la recusación, son responsabilidad de los jueces. En el arbitraje administrado, la práctica de estas diligencias es responsabilidad de los directores del centro de arbitraje.

Además, los jueces en la justicia ordinaria responden de forma extracontractual por los casos de retardo injustificado, denegación de justicia, quebrantamiento de ley y negligencia.⁴ Estos cuatro casos serán por los que responda el centro, de concluirse que su responsabilidad es extracontractual.

La diferenciación entre los dos tipos de responsabilidad en los que puede incurrir el centro es fundamental porque de esta caracterización dependen las reglas aplicables a la relación jurídica. Por ejemplo, si es que la relación es contractual, la prescripción sigue las reglas generales,⁵ mientras que si es extracontractual, la prescripción se cuenta desde los 4 años posteriores al cometimiento del hecho dañoso.⁶ Adicionalmente, el cálculo de la indemnización se modifica en la responsabilidad contractual y extracontractual, pues en la primera depende de si el incumplimiento fue doloso o culposo⁷, y en la segunda se indemniza por el daño directamente causado.⁸

Esta problemática se acentúa porque no existen normas en nuestro ordenamiento jurídico que regulen este tema. Con mayor frecuencia los particulares utilizan los mecanismos de solución alternativa de conflictos, y surge la duda de cómo se

⁴ Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 15. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009.

⁵ Código Civil. Art. 2415. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Última modificación: 3 de diciembre de 2012.

⁶ *Id.* Art. 2235.

⁷ *Id.* Art. 1574.

⁸ *Id.* Art. 2214.

responsabilizan los centros de arbitraje por el desempeño de sus funciones y cuál es el alcance de esta responsabilidad.

Debemos tomar en cuenta que es un principio consagrado por nuestro ordenamiento jurídico el que todo daño ocasionado ilícitamente debe ser reparado por quien lo causó.⁹ Es por ello que si la institución arbitral ocasiona perjuicios a los usuarios de sus servicios, debe, en principio, indemnizarles por los daños irrogados.

Es común encontrar en los reglamentos de los centros de nuestro país, una disposición que busca exonerarles de responsabilidad en los arbitrajes. Por ejemplo, el Art. 14 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil establece que:

La Cámara de Comercio de Guayaquil y el Centro de Arbitraje y Conciliación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción y omisión, en ejercicio de sus funciones, los conciliadores, árbitros y secretarios ocasionen a las partes o a terceros.¹⁰

Una disposición muy similar está presente en los reglamentos de otros centros, como el Art. 18 del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana¹¹, y el Art. 21 del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.¹²

Ante estas disposiciones que buscan exonerar al centro de los perjuicios ocasionados a los usuarios del servicio nos preguntamos, ¿es válida esta cláusula de exoneración de

⁹ Código Civil. *Óp. Cit.* Art. 2229.

¹⁰ Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Artículo 14. Expedido el 9 de agosto de 2006.

Art. 14.- La Cámara de Comercio de Guayaquil y el Centro de Arbitraje y Conciliación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción y omisión, en ejercicio de sus funciones, los conciliadores, árbitros y secretarios ocasionen a las partes o a terceros.

¹¹ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. Artículo 18. Expedido el 26 de octubre de 2010.

Art. 18 La Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, el Centro de Arbitraje y Mediación y sus administradores, no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones, los árbitros, mediadores, secretarios arbitrales, peritos o negociadores ocasionen a las partes o a terceros.

¹² Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. Artículo 21. Expedida el 21 de julio de 2011.

Art.21.- La Cámara de Comercio de Quito y el Centro de Arbitraje y Mediación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones los mediadores, árbitros, secretarios y peritos ocasionen a las partes o a terceros.

responsabilidad? ¿De qué manera se puede limitar la responsabilidad de los centros? ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los reglamentos de arbitraje en nuestro país?

Frente a esta problemática nuestro criterio es que la responsabilidad de la institución arbitral es contractual, y por lo tanto, una cláusula de exoneración de responsabilidad es válida, por el principio de autonomía de la voluntad, siempre que no contravenga las disposiciones legales, el orden público, la moral o las buenas costumbres.

Las cláusulas que actualmente se encuentran redactadas en los reglamentos de las instituciones arbitrales del país no son suficientes para exonerarles de responsabilidad por sus incumplimientos, como explicaremos en nuestro trabajo, por lo que es perfectamente posible demandar el cumplimiento del contrato o su terminación, con una indemnización.

La forma en la que abordaré el análisis es la siguiente. En el primer capítulo, explicaré quiénes son las partes de este contrato, cómo se perfecciona el consentimiento, los requisitos de existencia y validez, la caracterización del contrato y sus similitudes con otros, y las principales consecuencias de categorizar a esta relación como contractual.

En el segundo capítulo, explicaré los argumentos para la responsabilidad extracontractual de los centros, analizando los supuestos establecidos por nuestro ordenamiento jurídico en que responden los jueces. Analizaré la postura de que las funciones ejercidas por el centro son jurisdiccionales y por lo tanto acarrear consecuencias extracontractuales.

Finalmente, en mi último capítulo explicaré por qué considero que la relación es contractual. También estudiaré las obligaciones que son consideradas jurisdiccionales que están a cargo del Director de la institución arbitral, que de acuerdo a mi criterio, es quien ejerce una verdadera potestad jurisdiccional y su responsabilidad será similar a la de los jueces. Es así que es el Director y no el Centro quien ejerce jurisdicción. Además, analizaré la naturaleza jurídica del reglamento de la institución arbitral y si las cláusulas que pretenden exonerarle de responsabilidad tienen efecto jurídico alguno.

El aporte de este estudio es permitir que las personas sepan cuáles son las acciones que poseen para reclamar los incumplimientos del centro de arbitraje y mediación, y que el centro conozca a qué responsabilidades y riesgos se encuentra sujeto en el ejercicio de sus funciones.

1. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE ARBITRAJES

En el arbitraje administrado interviene una institución especializada encargada de su desarrollo adecuado. Esta institución está encargada de prestar un servicio para que las controversias se resuelvan eficazmente.¹³

Como consecuencia de la actuación de estas entidades interpuestas entre las partes y los árbitros, surgen toda una serie de nuevas relaciones entre los distintos sujetos que intervienen en el arbitraje, que han de unirse a las existentes entre las partes y los árbitros [...]. Así, las partes entran en relación con la institución arbitral (a la que encomiendan el desempeño de determinadas funciones).¹⁴

Un primer acercamiento a esta relación puede darse desde un punto de vista contractual, es decir, que entre las partes y la institución arbitral existe un contrato. Todo esto se explica partiendo de la tesis contractualista de la naturaleza jurídica del arbitraje.

De acuerdo a ésta,

el arbitraje tiene naturaleza contractual. Sus orígenes, existencia y regulación dependen de la continuada existencia de la voluntad de las partes. [...] [T]odo el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales. Ello se observa tanto en el acuerdo como en el laudo arbitral ya que reflejan el carácter contractual del arbitraje siendo los mismos un ‘conjunto de actos contractuales privados’.¹⁵

Al considerar al arbitraje como un conjunto de actos contractuales privados, podemos encontrar que precisamente uno de estos actos es el acuerdo que surge entre las partes y la institución arbitral. “[T]he relationship between the parties to arbitration and the arbitral institution administering the arbitration is generally considered to be contractual.”¹⁶

¹³ Caivano, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L., 2000, p. 67.

¹⁴ Roca Martínez, José María. *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. Barcelona: José María Bosch, 1992, p. 175.

¹⁵ González de Cossío, Francisco. “Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje... *Óp. Cit.*: Homenaje a Don Raúl Medina Mora”. p. 14

Disponible en:

<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>.

¹⁶ Blackaby, Nigel, Partasides, Constantine, Redfern, Alan y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5ta edición. Oxford University Press, 2009. p. 332

Por tratarse de un negocio jurídico su fin inmediato es el establecimiento de relaciones jurídicas.¹⁷ Se trata de un contrato pues a través de éste “se realizan los más diversos fines de la vida económica, mediante la composición de intereses opuestos. Como tal, el mismo llena de sí la vida jurídica, además de la vida económica”.¹⁸

En nuestro caso, existe “un acuerdo de voluntades para crear o transferir derechos y obligaciones”.¹⁹ Así, las partes se obligan a pagar las tarifas por la administración al Centro y éste se obliga a administrar el arbitraje, entre otras obligaciones.

Antes de iniciar, es fundamental distinguir este contrato del que surge entre las partes y el árbitro. Este contrato ha sido llamado por algunos autores como contrato de compromisario.²⁰

Este acto que nace cuando el árbitro designado acepta el cargo, produce efectos y la mayor parte de las veces es un contrato aunque no esté suscrito por las partes y el árbitro [...]. [Éste] impone a ambas partes, el árbitro y los que litigan ante él, derechos y obligaciones, los cuales tienen también carácter sustantivo muy ligados a lo procesal. Para el árbitro [...] [surge] la obligación de ejercer el cargo de árbitro, del cual no puede sustraerse sino por causal legal [...]. Igualmente las responsabilidades son muy semejantes. En cuanto a las partes, también su obligación es pagar al árbitro la remuneración que le corresponde.²¹

Si bien este contrato tiene relación con nuestro tema de análisis, no será objeto de estudio en este trabajo sino solamente la relación existente entre los centros de arbitraje y los suscriptores del convenio arbitral. Para ello, es fundamental analizar quiénes son las partes que conforman esta relación jurídica. Luego, estudiaremos si se cumplen los requisitos de existencia y validez de este contrato, sus elementos esenciales, sus similitudes y diferencias con otros contratos y finalmente, las consecuencias de catalogar a esta relación como contractual.

¹⁷ Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General del Acto Jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991, p. 30.

¹⁸ Messineo, Francisco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955, p. 433.

¹⁹ Martínez Alarcón, Javier. *Teoría General de las Obligaciones*. México: Oxford University Press, 2000. p.31

²⁰ Abeliuk Manasevic, René. “El arbitraje y las obligaciones de las partes y del árbitro”. *Estudios de Arbitraje*. Primera edición. Coordinador Académico: Eduardo Picand Albónico. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007, pp. 41-53, p. 44.

²¹ *Id.* p. 50.

1.1. Partes contractuales

Dentro de un negocio jurídico, existen cuatro posibilidades de relacionarse con él ya sea siendo parte, otorgante, sucesor o tercero.²² Nos centraremos solamente en quienes son las partes de este contrato.

Quien otorga y es otorgante de un acto o negocio jurídico será la persona o sujeto que dispone, estipula, promete, establece u ofrece con el fin inmediato de obtener efectos en derecho. De modo más simple, [...] otorgante del acto es la persona que, con su voluntad, concurre a la formación del negocio jurídico, sea obrando en su propio interés, en cuyo caso será parte en él, sea actuando en interés de otro, en cuyo supuesto será representante del titular de este interés.²³

Estas personas tienen los efectos del negocio jurídico incluidos entre sus planes.²⁴

El concepto de parte es fundamental para establecer el alcance de los efectos obligacionales del contrato. Así, se considera parte a cada una de la o las personas que han creado la relación jurídica y resultan sujetos de interés de la misma, en tanto sobre ellos recaerán sus consecuencias.²⁵

De esta manera, será parte de un negocio jurídico o contrato quien concurre a su celebración con su voluntad y actuando en su propio interés.²⁶ Esta concurrencia se puede dar de forma directa o a través de un representante.²⁷ De esta manera, los efectos del negocio jurídico le son imputables y se cumple con el principio *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*.²⁸

Las partes pueden ostentar dos calidades distintas: formal y sustancial.²⁹

La parte formal se puede definir como aquella que concurre a expresar su voluntad en la celebración del negocio jurídico; mientras que parte sustancial puede ser definida como aquella que es titular de los intereses negociales que constituyen la relación

²² Rabinovich-Berkman, Ricardo D. *Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: Astrea, 2000. p. 596.

²³ Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General... Óp. Cit.* p. 77.

²⁴ Rabinovich-Berkman, Ricardo D. *Derecho Civil... Óp. Cit.* p. 596.

²⁵ Pratesi, Juan Carlos. "Efectos de los contratos". *Tratado de Derecho Comercial*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2000, pp. 381-419, p. 383.

²⁶ Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General... Óp. Cit.* p. 77.

²⁷ Ospina Fernández, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000. p. 359.

²⁸ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo V. Segunda Edición. México DF: Cárdenas Editor y Distribuidor, p. 99.

²⁹ García Larriva, Hugo. "Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica". *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, 2011, pp. 65-110, p. 87.

jurídica. Como podrá advertirse, lo normal es que en una parte confluyan las dos calidades.³⁰

En nuestro caso, estas dos calidades concurren en las partes negociales porque son quienes han comparecido a la celebración del contrato y también son en quienes se afincan los intereses y efectos económicos.

Esto se debe a que, como analizaremos más adelante al estudiar la formación del consentimiento, comparecen los suscriptores del convenio arbitral y la institución arbitral a celebrar el contrato de administración de arbitraje, lo que nos demuestra que, además de ser partes sustanciales también constan como partes formales.

Podemos sostener que, por lo menos, existen tres diversos centros de imputación de intereses en este contrato. Esto se debe a que, en primer lugar, comparece cada uno de los signatarios del convenio arbitral, que mínimo deben ser dos, en representación de sus propios intereses y cada uno contrae sus propias obligaciones por separado. Y en segundo lugar comparece la institución arbitral y representa sus intereses en la relación. En esta hipótesis tendríamos un contrato entre tres partes, tomando en cuenta que podrían ser más.

Con posterioridad explicaremos que, por lo general, en nuestro país las instituciones arbitrales no son una persona jurídica por lo que quien en realidad se obliga es la cámara de producción, fundación o agremiación que organizó el centro. Por ello, la parte que representa los intereses del centro es dicha cámara o fundación pues es quien ostenta la personalidad jurídica.

1.2. Los requisitos de existencia y validez en la relación contractual de las partes y la institución arbitral

Antes de empezar, es necesario mencionar que el nombre que vamos a utilizar para referirnos al contrato celebrado entre los suscriptores del convenio arbitral y el centro de arbitraje es contrato de administración de arbitraje. Ahora, procederemos a analizar los requisitos de existencia y validez de este contrato.

Los requisitos de existencia de todo negocio jurídico “[s]on condiciones [...] sin las cuales no puede formarse, no puede nacer a la vida del derecho.”³¹ Estas condiciones son

³⁰ *Íbid.*

³¹ Vodianovic, Antonio. *Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General*. Tomo II. Santiago de Chile: Ediar, 1991, p. 181.

tres: el objeto, la causa³² y el consentimiento.³³ Su ausencia provoca la inexistencia del contrato o negocio jurídico.³⁴

Además, para que este negocio sea válido es necesario que se cumplan determinados requisitos sin los cuales deviene en nulo. Estos son: que los sujetos celebrantes sean capaces, que el consentimiento otorgado esté libre de vicios y que el objeto y la causa sean lícitos.³⁵

Todos estos requisitos serán analizados a continuación.

1.2.1. El consentimiento y su perfeccionamiento

En primer lugar, el consentimiento “es el acuerdo de dos o de muchas personas en el contrato proyectado, la resultante de las voluntades que se unen, o sea la uniformidad de opiniones”.³⁶ Éste constituye la sustancia misma del negocio jurídico, y en nuestro caso, del contrato.³⁷

Para que el consentimiento sea suficiente para crear obligaciones es necesario que la voluntad sea seria y exteriorizada y así produzca efectos jurídicos.³⁸ Es seria aquella que tiene el propósito de vincular a quien lo manifiesta y exteriorizada aquella que se proyecta ya sea expresa o tácitamente.³⁹ La forma en que se perfecciona este consentimiento es a través de una oferta y una aceptación⁴⁰, tal como lo prescribe el Art. 141 del Código de Comercio.⁴¹

³² Se discute si es que la causa es un requisito de existencia de los negocios jurídicos. Guillermo Ospina Fernández sostiene que no. *Vid.* Ospina Fernández, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Óp. Cit.* 2000. p. 28.

³³Vodanovic, Antonio. *Derecho Civil. Parte Preliminar... Óp. Cit.* p. 181.

³⁴ Martínez Alarcón, Javier. *Teoría General de las Obligaciones... Óp. Cit.* p.31

³⁵ Ospina Fernández, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Óp. Cit.*, 2000. p. 83.

³⁶ Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado.* Tomo XI. Bogotá: Editorial Jurídica Chile, 1992. p. 54.

³⁷ Ospina Fernández, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Óp. Cit.*, 2000. p. 28.

³⁸ Vodanovic, Antonio. *Derecho Civil. Parte Preliminar... Óp. Cit.* p. 181.

³⁹ *Id.* pp. 182 y 183.

⁴⁰ Martínez Alarcón, Javier. *Teoría General de las Obligaciones... Óp. Cit.* p.34

⁴¹ Código de Comercio. Art. 141. Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960.

En nuestro caso, el consentimiento puede perfeccionarse en dos momentos: en primer lugar, puede sostenerse que la oferta para el contrato de administración del arbitraje se realiza a través del reglamento del centro y es permanente en el tiempo.⁴² Luego, al suscribir el convenio arbitral las partes de dicho convenio están aceptando la oferta permanente de administrar el arbitraje de la institución arbitral.⁴³ Así, el consentimiento se perfecciona cuando se suscribe el convenio arbitral pero existe una condición suspensiva para que las obligaciones sean exigibles que es el surgimiento de una controversia entre sí a través de la presentación de la demanda.⁴⁴

En segundo lugar, se puede sostener que el contrato de administración del arbitraje es independiente del convenio arbitral y, por lo tanto, el consentimiento se perfecciona cuando una de las partes acude a la institución y presenta su demanda, y la institución acepta administrarlo. Esto se debe a que la institución arbitral no puede resultar obligada sin tener conocimiento de ello y por eso es necesario que una de las partes acuda al centro con la demanda.⁴⁵

Concuerdo parcialmente con la primera tesis. Considero que la oferta por parte de los centros es una oferta permanente y que las partes aceptan esta oferta. La aceptación se produce en el convenio arbitral, pero la notificación de esta aceptación se da cuando cualquiera de las partes presenta la demanda. Si ninguna notifica, el contrato no se ejecuta.

La razón por la que diferimos es porque cada manifestación de voluntad, además de emitida, debe ser comunicada a la otra parte.⁴⁶ No sería lógico que la institución arbitral se encuentre vinculada a las partes sin conocerlo. Solamente cuando la controversia surge y se presenta la demanda ante la institución arbitral, el centro tiene conocimiento de que su oferta ha sido aceptada. Ahora, procederemos a analizar cada uno de los aspectos mencionados, oferta y aceptación, para demostrar nuestra afirmación.

Respecto de la oferta permanente de los centros, en primer lugar, se trata de una oferta porque es una propuesta de contrato que la institución realiza a las partes.⁴⁷ “[A]n offer is

⁴² Roca Martínez, José María. *Arbitraje e Instituciones... Óp. Cit.* p. 225.

⁴³ Corte de Apelaciones de París. Cámara Primera, sección C. *Caso SNF SAS c. CCI*. Causa No. 2007-1949. Sentencia de 22 de enero de 2009, p. 3.

⁴⁴ *Ibíd.*

⁴⁵ *Id.* p. 4.

⁴⁶ Messineo, Francisco. *Manual de Derecho Civil... Óp. Cit.* p. 437.

⁴⁷ Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Vol. 1. Novena Edición. Barcelona: José María Bosch, 1994, p. 367.

an expression of willingness to contract on certain terms, made with the intention that it shall become binding as soon as it is accepted".⁴⁸ La oferta de los centros cumple con todos los requisitos para ser vinculante. A saber, estos requisitos son: que sea seria, libre, y precisa o completa.⁴⁹

Que sea seria quiere decir que el oferente busque obligarse a través de ella, es decir, que tenga la voluntad de celebrar el negocio jurídico futuro.⁵⁰ En nuestro caso sí se cumple dado que precisamente los centros ofrecen sus servicios con la intención de que los particulares los seleccionen en sus convenios arbitrales. Además, que sea precisa o completa implica que posee todos los elementos necesarios para que el futuro contrato se perfeccione con la simple aceptación de las partes.⁵¹ ⁵²Este requisito se cumple porque dentro del Reglamento se encuentran detallados todos los aspectos respecto del arbitraje, incluidas las tarifas del Centro.⁵³

En segundo lugar, es una oferta que se encuentra dirigida al público.⁵⁴ Se trata de una policitud, según el Art. 148 del Código de Comercio:

Las ofertas públicas contenidas en circulares, catálogos, avisos publicitarios, proformas, obligan a quien las hace; salvo que en la misma oferta se señale un determinado plazo de validez de la misma o que las condiciones de la oferta original sean modificadas por una oferta posterior.⁵⁵

Dentro de este artículo se incluyen a los avisos publicitarios como forma de realizar ofertas públicas vinculantes. Justamente una de las formas de promocionar estos servicios es a través de una página web. “[L]a publicidad integra el contrato, forma parte de su contenido, crea deberes y derechos, haya sido mencionada, reiterada o aludida en el contrato o haya sido dejado de lado, ignorada”.⁵⁶

⁴⁸ Furmston, Michael, Norisada, Takao y Jill Poole. *Contract Formation and Letters of Intent*. Chichester: John Wiley & Sons Ltd., 1998, p. 4.

⁴⁹ Pinochet Olave, Ruperto. “La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas Tecnologías de la Información. Parte I: La Oferta Electrónica”. *Ius et praxis*. Número: 10-2, junio de 2004, pp. 24 y 25.

⁵⁰ *Id.* p. 24.

⁵¹ Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil... Óp. Cit.* p. 369.

⁵² Spota, Alberto G. *Contratos. Instituciones de Derecho Civil... Óp. Cit.* Tomo I. p. 482.

⁵³ Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. *Op. Cit.* Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.*

⁵⁴ Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil... Óp. Cit.* p. 367.

⁵⁵ Código de Comercio. *Óp. Cit.* Artículo 148.

⁵⁶ Mosset Iturraspe, Jorge. *Código Civil Comentado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 78

Así lo reconoce nuestra Ley de Comercio Electrónico en su Art. 150 incisos segundo y tercero. En este mismo artículo la ley emplea la palabra “oferente” para referirse a quienes prestan los servicios publicitados en Internet y establece que todas las características del servicio deben describirse para que el usuario preste su consentimiento.⁵⁷ “[L]a electrónica no es sino un nuevo soporte y medio de transmisión de voluntades negociales”.⁵⁸

Muchos de los centros de arbitraje y mediación en Ecuador utilizan la publicidad vía internet para promocionar sus servicios. Por ejemplo, la Cámara de Comercio de Guayaquil promociona su centro de arbitraje y mediación en la página web <http://www.centrodearbitraje.org/>. La Cámara de Comercio de Quito y la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana siguen este mismo modelo.⁵⁹

Dentro de cada una encontramos una descripción del servicio que prestan e invitan a los usuarios a emplear sus cláusulas modelo para que puedan aprovecharlo. De esta forma es claro que estamos frente a una oferta pública vinculante para los centros.

Por otro lado, respecto de la aceptación de las partes, esta se da en el momento en que suscriben el convenio arbitral, pero esta aceptación es notificada cuando surge una controversia y se presenta la demanda.

la aceptación es la declaración de voluntad contractual que emite el destinatario de una oferta, con objeto de manifestar o comunicar al proponente la conformidad de los términos de la propuesta y la voluntad del emitente de que el contrato se entienda celebrado.⁶⁰

Esta aceptación debe ser llana, es decir, no debe estar sujeta a ninguna condición ni modalidad, pues de lo contrario, es una contraoferta.⁶¹ “Art. 146.- La aceptación condicional o las modificaciones a la propuesta, se tendrán como propuesta.”⁶² Y esta aceptación solo surte efectos jurídicos cuando es notificada a la otra parte.⁶³ “*As a general*

⁵⁷ Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos. Art. 150. Registro Oficial Suplemento 557 de 17 de abril de 2002.

⁵⁸ Pinochet Olave, Ruperto. “La Formación del Consentimiento... *Óp. Cit.* p. 3.

⁵⁹ La página web donde la Cámara de Comercio de Quito publicita sus servicios es <http://www.lacamaradequito.com/cam/arbitraje/> y la de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana es <http://amchamec.org/index.php/centro-arbitraje-y-mediacion>. Todas las páginas fueron consultadas el 3 de junio de 2014.

⁶⁰ Díez Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Cuarta Edición. Madrid: Editorial Civitas, 1993. p. 290.

⁶¹ Borda, Guillermo A. *Manual de Contratos*. Decimoctava Edición. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1998, p. 46.

⁶² Código de Comercio. *Óp. Cit.* Artículo 146.

⁶³ Furmston, Michael, Norisada, Takao y Jill Poole. *Contract Formation... Óp. Cit.* p. 34.

*rule, the intention to accept must be communicated to the offeror since it would cause hardship to the offeror if he were bound without knowledge of an acceptance”.*⁶⁴

Todo lo explicado ha sido sostenido también por los profesores Gaillard y Savage.

*By drafting and publishing its arbitration rules the arbitral institution effectively puts out a permanent offer to contract, aimed at an indeterminate group of persons [...] but made under fixed conditions. By concluding the arbitration agreement, the parties accept that offer and agree to empower their chosen institution to organize and oversee the arbitration in the event that a dispute arises between them [...]. When the request for arbitration is submitted to the institution and it begins to organize the proceedings, the contract is perfected. Generally, it will not be perfected before that point, because the institution will not know whether its offer has been accepted.*⁶⁵

En su convenio arbitral las partes deben estipular claramente que desean someterse a un arbitraje administrado por una determinada institución o que se sujete a las reglas de dicha institución. Así lo determina el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana: “Art. 48.- Cuando las partes convengan por expresa voluntad someterse a arbitraje del CAM o administrado por el CAM, implicará que aceptan incondicional y obligatoriamente someterse a este Reglamento.”⁶⁶

Si esta aceptación no se da de una forma clara, corresponderá al Tribunal Arbitral decidir si existen los suficientes elementos para declararse competente. Si considera que sí, entonces también existe un contrato entre el centro y las partes, pero si considera que no, el contrato tampoco se perfeccionó.

Si una de las partes no está de acuerdo con que prestó su consentimiento para que determinada institución arbitral administre su disputa, esto también puede ser cuestionado al presentar las excepciones ante el Tribunal Arbitral.

También puede darse el caso en que las partes no pactaron claramente que ese centro arbitral para administre la disputa, pero surgida la controversia una de las partes presenta la demanda y la otra en la contestación no opone excepción alguna en ese respecto. En este caso, no existe una aceptación expresa que se notifica, sino una aceptación mediante conductas de las dos partes, la una presentando la demanda y la otra no oponiendo objeción

⁶⁴ *Id.* p. 36.

⁶⁵ Gaillard Emmanuel y John Savage. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer International. 1999. p. 602

⁶⁶ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 48.

alguna. Y esto es perfectamente posible porque “*an intention to accept can be expressed by conduct*”.⁶⁷

Una vez que se ha verificado que existió consentimiento para celebrar el contrato de administración del arbitraje, este consentimiento debe estar libre de vicios, error, fuerza y dolo, para que sea válido.⁶⁸ Si es que ninguna de estas anomalías se presenta, encontramos que existe consentimiento y que éste es válido.

1.2.2. El objeto del contrato y sus elementos de la esencia

“El objeto de los contratos es la prestación prometida por las partes”.⁶⁹ Asimismo, “[e]l objeto del contrato son los derechos que él crea y no las cosas que se trata de dar, hacer o no hacer”.⁷⁰ Por esto, el objeto del contrato de administración de arbitraje está conformado por los derechos creados mediante este contrato. Las partes tienen el derecho de que la institución arbitral administre el arbitraje mientras que la institución tiene el derecho a recibir el pago por sus servicios. Estas dos obligaciones/derechos pueden ser descompuestas en varias prestaciones.

Respecto de la obligación de la institución arbitral de administrar el arbitraje, podemos encontrar que la Ley de Arbitraje y Mediación les obliga a: calificar la demanda⁷¹, citar al demandado⁷², notificar la contestación de la demanda y la reconvencción⁷³, convocar a la audiencia de mediación y designar un mediador⁷⁴, enviar la lista de árbitros del centro para que las partes los designen⁷⁵, sorteen en caso de imposibilidad de selección de árbitros por las partes⁷⁶, realizar la convocatoria para la posesión de los árbitros⁷⁷, posesión de los

⁶⁷ Furmston, Michael, Norisada, Takao y Jill Poole. *Contract Formation...* Óp. Cit. p. 35.

⁶⁸ Código Civil. Óp. Cit. Art. 1494.

⁶⁹ Borda, Guillermo A. *Manual de Contratos*. Óp. Cit. p. 82.

⁷⁰ Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Contractual*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2012 p. 90.

⁷¹ Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 11. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ *Id.* Artículo 15.

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ *Id.* Artículo 16.

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ *Id.* Artículo 17.

árbitros frente al presidente del centro⁷⁸, resolver la recusación en caso de que los miembros restantes del tribunal arbitral no lleguen a un acuerdo o todos los árbitros sean recusados o se trate de un árbitro único⁷⁹, contar con elementos administrativos y técnicos necesarios para la conducción de los arbitrajes⁸⁰, guardar confidencialidad cuando las partes así lo hayan dispuesto⁸¹, entre otras. Todas estas obligaciones pasan a formar parte del contrato al encontrarse establecidas en la ley.

Además, las instituciones arbitrales tienen reglamentos de funcionamiento. Dentro de éstos, también se incluyen disposiciones que regirán la relación contractual, pues la oferta de arbitraje de los centros está detallada en su reglamento. Estos reglamentos recogen las mismas obligaciones de la ley pero adicionalmente poseen otras normas. Por ejemplo, archivar laudos y actas de mediación para la consulta y la expedición de copias certificadas⁸², la forma de hacer notificaciones y citaciones⁸³, entre otras.

También encontramos normas que le otorgan atribuciones al centro que no están en la ley como por ejemplo a no aceptar la designación que hagan las partes de un árbitro que no sea miembro de la lista oficial de árbitros⁸⁴, a determinar la aplicabilidad de las normas de procedimiento pactadas por las partes⁸⁵, fijar la cuantía del arbitraje para determinar los costos que deben cubrir las partes⁸⁶, abstenerse de dar trámite al arbitraje si no se ha consignado el valor total de éste al momento de presentar la demanda⁸⁷, conservar una

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *Id.* Artículo 21.

⁸⁰ *Id.* Artículo 39.

⁸¹ *Id.* Artículo 34.

⁸² Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 3 f).

⁸³ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 45. Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 51.

⁸⁴ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 50. Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 57.

⁸⁵ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 52.

⁸⁶ *Id.* Artículo 67.

⁸⁷ *Id.* Artículo 69. Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. *Op. Cit.* Artículo 27. Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 71.

parte de la tarifa pagada cuando el proceso termine por transacción, mediación, incompetencia del tribunal o desistimiento⁸⁸, entre otras.

No se encontraron obligaciones para las partes frente al centro en la Ley de Arbitraje y Mediación. No obstante, dentro de los reglamentos se encuentran las siguientes obligaciones: adjuntar a los escritos cuantas copias sea necesarias para todos quienes intervienen en el proceso⁸⁹, cumplir todas las disposiciones del reglamento⁹⁰, asumir los costos del traslado y viáticos del tribunal arbitral cuando soliciten que se constituya en otro sitio que no sea el centro⁹¹, cubrir los costos de las traducciones que se hagan cuando las partes pacten otro idioma para el arbitraje diferente del castellano⁹², pagar los costos del servicio prestado por la institución arbitral⁹³, realizar el pago de la totalidad del arbitraje por parte del actor al momento de presentar la demanda⁹⁴, etc.

Estas son las prestaciones que forman parte de la relación contractual. Como mencionamos, el contrato de administración de arbitraje tiene por objeto la administración del proceso por la institución arbitral y el pago del servicio por las partes. Este objeto es lícito por lo que se cumple el requisito tanto de existencia como de validez de este contrato.

⁸⁸ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 70. Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 72.

⁸⁹ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 47. Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 54.

⁹⁰ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 48. Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 55.

⁹¹ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 49. Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. *Op. Cit.* Artículo 29. Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 56.

⁹² Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 53. Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 60.

⁹³ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 67. Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 70.

⁹⁴ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 69. Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 71.

1.2.3. La causa del contrato

No entraremos a discutir si la causa es o no un requisito de existencia y validez del contrato por cuanto ella se encuentra enlistada en el Art. 1461 del Código Civil.⁹⁵ De acuerdo al Art. 1483 del Código Civil

[n]o puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente. Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Otra definición dada por la doctrina es que “[l]a causa del contrato es [...] el motivo que induce a él, esto es, la fuerza que impulsa a la voluntad a contratar”.⁹⁶ “La causa de la obligación de una de las partes en el contrato bilateral es la obligación correlativa de la otra parte.”⁹⁷

La nota característica del contrato bilateral es la reciprocidad de las obligaciones que de él derivan. Así pertenecen a esta clase la compraventa y la sociedad, porque cada uno de los agentes o partes que en ellas intervienen, desempeña, a la vez, los papeles de deudora y de acreedora de la otra u otras. Es de notar que en estos contratos las partes pueden ser más de dos, como sucede en la sociedad, que se puede formar entre muchos socios, y que, por consiguiente, el calificativo bilateral, consagrado por el uso en vez de plurilateral, resulta impropio.⁹⁸

Así, aunque se trate de un contrato plurilateral, el contrato de administración de arbitraje tiene por causa la obligación correlativa de cada parte. En principio, esta causa es lícita, por lo que se cumple el requisito de existencia y validez.

1.2.4. La capacidad

De acuerdo al Art. 39 de la Ley de Arbitraje y Mediación, las cámaras de producción, fundaciones, asociaciones y demás, pueden organizar centros de arbitraje.⁹⁹ Estos entes, cámaras de producción, fundaciones y asociaciones son personas jurídicas. Por ejemplo, el Art. 2 de la Ley de Cámaras de Comercio establece que:

⁹⁵ Código Civil. *Óp. Cit.* Art. 1461.

⁹⁶ Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Contractual*. *Óp. Cit.* p. 101.

⁹⁷ Vial del Río, Víctor. *Teoría general del acto jurídico*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2011. p. 192.

⁹⁸ Ospina Fernández, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. *Óp. Cit.* 2000. p. 59.

⁹⁹ Ley de Arbitraje y Mediación. *Óp. Cit.* Artículo 39.

“Las Cámaras de Comercio serán personas jurídicas, podrán adquirir derechos y contraer obligaciones, y estarán representadas por su Presidente, o por quien haga sus veces, según los Estatutos internos de cada Cámara.”¹⁰⁰

Las instituciones arbitrales están adscritas a estos entes que son personas jurídicas.¹⁰¹ Son órganos de la Cámara de Comercio. “Cuando los órganos de la persona actúan frente a terceros en calidad de tales órganos y para ella, se conducen como representantes suyos”.¹⁰² Así, quien se obliga es la Cámara de Comercio por los contratos que celebra uno de sus órganos. En nuestro caso, se obliga la Cámara a través de uno de sus órganos que es el centro de arbitraje.

Existen casos en que la institución arbitral sí es persona jurídica, como lo es el caso del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación y su representante legal es el Director del centro.¹⁰³ Todo depende de las circunstancias de la creación del centro para saber quién es la persona obligada si el centro o la institución que la organiza.

La Ley de Arbitraje y Mediación exige que los centros sean registrados en la Federación Nacional de Cámaras de Comercio de Ecuador previo a su funcionamiento. Pero este registro no concede personalidad jurídica a las instituciones sino simplemente busca autorizar su funcionamiento. Por ello, el Art. 39 también prescribe que si la institución arbitral no cumple con los requisitos, se cancela el registro y se le prohíbe su funcionamiento.¹⁰⁴ De tal forma que el registro cumple una función de autorización y no crea personas jurídicas.

Por otro lado, las partes que suscriben el convenio arbitral pueden ser personas jurídicas o naturales, y deben cumplirse las reglas generales de la capacidad en los negocios jurídicos para estudiar la hipótesis en concreto.

¹⁰⁰ Ley de Cámaras de Comercio. Artículo 2. Registro Oficial 131 de 7 de marzo de 1969.

¹⁰¹ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 1. Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. *Op. Cit.* Artículo 1. Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 1.

¹⁰² Lacruz Berdejo, Jose Luis, et. Al. *Parte General del Derecho Civil*. Volumen Segundo. Personas. Barcelona: José María Bosch, 1990, p. 276.

¹⁰³ Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación (CIAM) de la Cámara de Industrias y Comercio Ecuatoriana Británica y de la Cámara de Industrias y de la Producción. Artículo 1. Expedido el 29 de enero de 2010.

¹⁰⁴ Ley de Arbitraje y Mediación. *Óp. Cit.* Artículo 39.

1.3. Caracterización del contrato

El contrato de administración de arbitraje tiene las siguientes características. En primer lugar, es un contrato plurilateral, como mencionamos al hablar de la causa del contrato. En segundo lugar, es un contrato oneroso porque su objeto es la utilidad de las partes que se evidencia a través de las obligaciones recíprocas que contraen.¹⁰⁵ Todos los celebrantes de este contrato reportan un beneficio¹⁰⁶, las partes reciben el servicio de administración y el centro recibe el pago por sus servicios.

En tercer lugar es un contrato conmutativo porque la ganancia o pérdida no depende de ningún acontecimiento incierto.¹⁰⁷ En palabras de nuestro Código Civil,

El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio.¹⁰⁸

En nuestro caso existe un equilibrio en la economía del contrato porque las prestaciones son equivalentes entre sí. No existe una contingencia de la que dependa la ganancia o pérdida de las partes. En este contrato los suscriptores del convenio arbitral deben pagar las tarifas por emplear los servicios sin importar si ganan o pierden el arbitraje. Y la institución arbitral debe proporcionar sus servicios.

Debe hacerse una precisión sobre el carácter solemne o consensual de este contrato. Consideramos que este contrato es consensual porque queda perfeccionado con el simple consentimiento.¹⁰⁹ No se requiere de ninguna solemnidad para perfeccionarlo.¹¹⁰ Como explicamos este contrato se perfecciona cuando la oferta de administración de arbitraje del centro es aceptada por las partes. Esta aceptación se da en el convenio arbitral y luego es notificada al centro a través de la presentación de la demanda. En ningún momento se exige que todas las partes, los suscriptores del convenio arbitral y el centro, comparezcan a dejar por escrito su contrato.

¹⁰⁵ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 1456.

¹⁰⁶ Ospina Fernández, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2005. p. 62.

¹⁰⁷ Pratesi, Juan Carlos. "Clasificación de los Contratos". *Tratado de Derecho Comercial*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2000, pp. 33-71, p. 45.

¹⁰⁸ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 1457.

¹⁰⁹ Pratesi, Juan Carlos. "Clasificación de los Contratos". *Tratado... Óp. Cit.* p. 47.

¹¹⁰ Messineo, Francisco. *Manual de Derecho Civil...Óp. Cit.* p. 442.

La solemnidad de escritura es exigida por la ley para que un acto surta efectos jurídicos.¹¹¹ No existe ninguna disposición legal que obligue a las partes a celebrar por escrito el contrato de administración de arbitraje.

Entonces, ¿qué papel juega el convenio arbitral si es que éste sí es un contrato solemne? El convenio arbitral en nuestro caso es la aceptación, por lo que pasa a formar parte del contrato de administración de arbitraje pero en absoluto modifica su carácter consensual.

Adicionalmente, es un contrato de tracto sucesivo.

Si las prestaciones resultantes son de tal naturaleza que pueden ser cumplidas en un solo acto (instantáneamente), como las provenientes de una compraventa de contado, o si, por el contrario, el cumplimiento del contrato supone la ejecución de prestaciones sucesivas durante un tiempo más o menos largo, como ocurre en el arrendamiento, el seguro de vida y el contrato laboral. En el primer caso, el contrato se denomina de ejecución instantánea; y en el segundo se dice que es de ejecución sucesiva o continuativa, o de tracto sucesivo”.¹¹²

Nuestro caso se trata de un contrato de tracto sucesivo debido a la prestación de administrar el arbitraje. Esta prestación va desarrollándose en el tiempo y no admite la ejecución en un solo momento.

Asimismo, se trata de un contrato de adhesión. No obstante, considero que se trata de un contrato de adhesión con particularidades que deben explicarse.

“En el contrato predispuerto, sus estipulaciones han sido determinadas unilateralmente por alguna de las partes; en el celebrado por adhesión, hay un contrato predispuerto en el que la parte no predisponente ha estado precisada a declarar su aceptación.”¹¹³ En nuestro caso, el contrato de administración de arbitraje no es celebrado por escrito. No obstante, todas sus condiciones se encuentran desarrolladas en el reglamento de la institución arbitral. El que el oferente redacte todas las cláusulas es una de las características de un contrato de adhesión.¹¹⁴

“Para que alguien se pueda adherir debe haber primero una oferta predispuerta y ella debe contener los antecedentes constitutivos del contrato, estar prerredactada para una

¹¹¹ Spota, Alberto G. *Contratos. Instituciones de Derecho Civil... Óp. Cit.* Tomo I. p. 363.

¹¹² Ospina Fernández, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Óp. Cit.* 2005. p. 72

¹¹³ Alterini, Atilio Aníbal. “Algunos perfiles actuales del contrato”. *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI.* Tomo II. Lima: IDEMSA, 2010, pp. 43- 67, p. 63.

¹¹⁴ Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones.* Tomo II. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1998, p. 110.

generalidad de sujetos y sin posibilidad de discutirlos en forma particularizada.”¹¹⁵ No existe posibilidad de las partes de modificar estas reglas.¹¹⁶ Los reglamentos arbitrales incluyen disposiciones que obligan a los suscriptores del convenio arbitral a sujetarse a todas sus normas si es que los seleccionan como la institución para administrar el arbitraje.¹¹⁷ Todas estas normas se entienden incorporadas al convenio arbitral suscrito entre las partes.¹¹⁸

El Art. 38 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece:

El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables.¹¹⁹

Así, es admitido que las partes diseñen su procedimiento para el arbitraje. No obstante, en el arbitraje administrado las modificaciones que las partes incluyen en sus convenios arbitrales de las normas de la institución son analizadas y aplicadas de forma discrecional por parte del centro y del tribunal arbitral¹²⁰, por lo que no existe realmente un proceso de negociación de las cláusulas del contrato. Por ejemplo, si las partes señalan un miembro para el tribunal arbitral que no se encuentre en la lista oficial de árbitros los centros estudian la posibilidad de aceptarlo.¹²¹

El arbitraje parte de la intención de las partes que son libres de crear un arbitraje a su medida o sujetarlo a las reglas de una institución.¹²² El procedimiento *ad hoc* es más flexible porque les permite a las partes diseñar su arbitraje por completo, en cambio el administrado aplica un reglamento redactado previamente por la institución, que permite a

¹¹⁵ Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos. Parte General*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 703.

¹¹⁶ Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Óp. Cit.* Tomo II. p. 110.

¹¹⁷ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 48. Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 55.

¹¹⁸ Blackaby, Nigel, Partasides, Constantine, Redfern, Alan y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter... Óp. Cit.* p. 55.

¹¹⁹ Ley de Arbitraje y Mediación. *Óp. Cit.* Artículo 38.

¹²⁰ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 52.

¹²¹ *Id.* Artículo 50. Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 57..

¹²² Gonzalo Qurioga, Marta. “Guía práctica de un procedimiento arbitral conforme al sistema español”. *Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia*. Universidad San Francisco de Quito. Número 10, 2007, pp. 112-118, p. 113.

las partes pactar elementos distintos, siempre que no contraríen expresamente las reglas de la institución, en cuyo caso será de aplicación el reglamento.¹²³

Los aspectos que son dejados a la autonomía de la voluntad de las partes son los procedimentales de su arbitraje. Pueden pactar la forma de designación de árbitros¹²⁴, el número de árbitros, si uno o tres¹²⁵, las cualidades que deben ostentar, la forma de practicar las pruebas, las reglas aplicables a la recusación, entre otras.

Pero no pueden modificar las prestaciones de las partes como lo son las tarifas del centro. Es aquí en donde se evidencia la adhesión, porque no existe negociación alguna en cuanto a las obligaciones de las partes con el centro, ni las del centro con las partes. Esto convierte al contrato en un contrato de adhesión. *“This is a contract of adhesion, even though the parties have some scope to add or depart from the rules laid down by the institution.”*¹²⁶

Esta caracterización tiene efectos significativos. Como no hay consentimiento negociado la interpretación contra el estipulante y la posibilidad de declaración abusiva de las cláusulas son situaciones que pueden darse.¹²⁷ Esto implica que “[t]oda duda se interpreta contra el estipulante [...]. Toda ventaja a su favor es de hermenéutica restrictiva”.¹²⁸ De esta manera, las cláusulas que conceden beneficios para la institución arbitral, como la declaratoria de irresponsabilidad en el arbitraje son interpretados de forma restrictiva.¹²⁹ Esto será analizado con posterioridad en este trabajo, para determinar el alcance de esta disposición en los reglamentos.

Finalmente, se trata de un contrato innominado. Por la extensión del análisis, éste se llevará a cabo de forma separada.

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ Marchán M, Juan Manuel. “El procedimiento arbitral administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI”. *Derecho Económico Internacional*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2006, pp. 193-206, p. 197.

¹²⁵ *Id.* p. 198.

¹²⁶ Gaillard, Emmanuel y John Savage. *Fouchard Gaillard... Óp. Cit.* p. 602

¹²⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos. Parte General. Óp. Cit.* p. 66.

¹²⁸ *Id.* p. 705

¹²⁹ Por ejemplo, la exoneración de responsabilidad establecida en el Art. 18 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.*

1.4. El contrato de administración de arbitraje es innominado

“[S]on contratos innominados los que no han sido objeto de regulación legal específica”.¹³⁰ En cambio, “[s]e dice que un acto jurídico es típico o nominado cuando ha sido particularmente reglamentado por la ley, como el testamento, la compraventa, el arrendamiento, la sociedad, etc.”¹³¹

Los contratos innominados también son conocidos como atípicos porque carecen de una disciplina legislativa especial.¹³²

La tipicidad contractual sería entonces un modelo o molde que el legislador dispone para el uso de los contratantes; un modo de programar las relaciones jurídicas, subsidiando aquellos vínculos que se ajustan al mismo, mediante el otorgamiento de efectos jurídicos [...]. Contratos típicos son aquellos que encuadran claramente en una figura regulada ya sea por vía legal o jurisprudencial.¹³³

El contrato de administración de arbitraje es un caso especial. Esto se debe a que si bien la mayoría de las obligaciones que forman parte de este acuerdo se encuentran desarrolladas en la Ley de Arbitraje y Mediación¹³⁴, el alcance de este contrato, su régimen de responsabilidad e inclusive su consideración como una figura contractual no se encuentran en la ley ni en la jurisprudencia nacional. No es un contrato que se encuadre en una figura ya existente en la legislación. Además, las obligaciones de los suscriptores del convenio arbitral no se encuentran en la ley sino solamente en los reglamentos institucionales.¹³⁵ Ni siquiera tiene un nombre otorgado por la legislación o la jurisprudencia. Por estos motivos, concluyo que es un contrato atípico o innominado.

La importancia de esta caracterización radica en la determinación del régimen jurídico aplicable al contrato de administración de arbitraje. Éste debe buscarse caso por caso.¹³⁶ Hay varias tesis sobre cuál es el régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos. No

¹³⁰ Pratesi, Juan Carlos. “Clasificación de los Contratos”. *Tratado... Óp. Cit.* p. 48.

¹³¹ Ospina Fernández, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Óp. Cit.* 2005. p. 50.

¹³² Messineo, Francisco. *Manual de Derecho Civil... Óp. Cit.* p. 450.

¹³³ Pratesi, Juan Carlos. “Clasificación de los Contratos”. *Tratado... Óp. Cit.* p. 49.

¹³⁴ *Vid. Supra.* Sección. 1.2.2.

¹³⁵ *Vid. Supra.* Sección. 1.2.2.

¹³⁶ Alterini, Atilio Aníbal y Roberto M. López Cabana. “Contratos Atípicos”. *Contratación Contemporánea.* Bogotá: Editorial Temis, 2000, pp. 353-367, p. 354.

obstante, la tesis mayoritaria es que existe una preeminencia de las normas generales de todos los contratos para regirlos.¹³⁷

Por ello, lo primero que debe buscarse es lo estipulado por las partes en el contrato y luego las normas generales de los contratos y finalmente, las normas de otros contratos que resulten afines o similares.¹³⁸ Obviamente, se debe respetar el contenido de las leyes imperativas, y son de aplicación los principios constitucionales y generales del derecho.¹³⁹

Así, para el contrato de administración de arbitraje se debe mirar las disposiciones establecidas en el reglamento de arbitraje, las normas que son aplicables para todos los contratos, por ejemplo, la condición resolutoria tácita¹⁴⁰ y el régimen de responsabilidad¹⁴¹, y las normas de otros contratos que resulten afines.

A mi criterio, los contratos aparentemente afines a éste son el contrato de mandato y el de arrendamiento de servicios. Esto también ha sido sostenido por otros autores.

*The contract concluded between the disputing parties and the arbitration institution can be categorized as an agency or a contract for the provision of service. The contract is described as an agency on the analysis that the arbitration institution acts for and on behalf of the disputing parties in relation to third parties while as a contract for service on the analysis that the arbitration institution renders certain Services to the disputing parties as mandated or instructed by the arbitration agreement.*¹⁴²

Ambos contratos serán explicados a continuación.

1.5. La relación jurídica como contrato de mandato

De acuerdo a nuestro Código Civil “[m]andato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y

¹³⁷ *Id.* p. 355.

¹³⁸ Pratesi, Juan Carlos. “Clasificación de los Contratos”. *Tratado... Óp. Cit.* pp. 49 y 50.

¹³⁹ Ospina Fernández, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Óp. Cit.* 2005. p. 51.

¹⁴⁰ Código Civil. *Óp. Cit.* Art. 1505.

¹⁴¹ *Id.* Artículo 1563.

¹⁴² Onyema, Emilia. “Other collateral contracts”. *International Commercial Arbitration and the Arbitrator’s Contract.* Routledge, 2010. Sección 4.1.2.

Disponible en:

http://books.google.com.ec/books?id=2qaMAgAAQBAJ&pg=PR1&lpg=PR1&dq=International+Commercial+Arbitration+and+the+Arbitrator%E2%80%99s+Contract&source=bl&ots=qUg-wa0dhl&sig=IVNp_t0863UqtVhwxwT5UWnrA7w&hl=es-419&sa=X&ei=0OpHVPa3HZHfsATYq4GAAQ&ved=0CDoQ6AEwAw#v=onepage&q=International%20Commercial%20Arbitration%20and%20the%20Arbitrator%E2%80%99s%20Contract&f=false.

riesgo de la primera”.¹⁴³ Asimismo, el mandato “se entiende que es una gestión de negocios, gestión de un determinado asunto o la salvaguardia de ciertos asuntos del mandante.”¹⁴⁴ Se entiende que la esencia del mandato es desempeñar una actividad jurídica por parte del mandatario por cuenta del mandante.¹⁴⁵

Es importante saber que los negocios de que trata la definición son eminentemente jurídicos, o sea, actos jurídicos que sirven para crear, modificar o extinguir obligaciones; en manera alguna recae sobre actos materiales, los cuales se rigen por normas especiales, como el contrato de trabajo, el contrato de obra, etc.¹⁴⁶

Existe una similitud entre el contrato de mandato y el de administración de arbitraje como veremos a continuación.

1.5.1. Similitudes con el contrato de mandato

El contrato de administración de arbitraje puede verse como un encargo que las partes le confían al centro para la administración de su arbitraje.

*Under French law, the relationship between the parties is similar to a contract of agency, in so far as the institution also undertakes to perform various tasks listed in its rules and accepted by the parties, implicitly at least, when they choose that institution in their arbitration agreement.*¹⁴⁷

De la definición que vimos anteriormente, el mandato debe consistir en actos jurídicos que creen, modifiquen o extingan obligaciones del mandante. El contrato de administración de arbitraje sí posee esa cualidad.

*In the categorization of the contract between the arbitration institution and the disputing parties as an agency, it is argued that the institution organizes and administers the arbitral reference on behalf of the parties acting as their agent. In performance of this function, the arbitration institution acts as the representative of the disputing parties to the arbitrators it appoints to decide their dispute. For performing the agreed functions, the disputing parties remunerate the arbitration institution.*¹⁴⁸

En primer lugar, en virtud del contrato de administración de arbitraje, el centro puede designar los árbitros cuando las partes no hayan llegado a un acuerdo o cuando así lo hayan

¹⁴³ Código Civil. *Óp. Cit.* Art. 2020.

¹⁴⁴ O'Callaghan, Xavier. “Contrato de mandato. Concepto y clases”. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 2 (Obligaciones y Contratos) Volumen 2. Madrid: Edersa, 2004, p. 1.

¹⁴⁵ *Id.* p. 2.

¹⁴⁶ Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2005, pp. 477 y 478.

¹⁴⁷ Gaillard Emmanuel y John Savage. *Fouchard Gaillard... Óp. Cit.* p. 603.

¹⁴⁸ Onyema, Emilia. “Other collateral contracts”. *International Commercial... Óp. Cit.* Sección 4.1.2.

pactado. Esta designación normalmente corresponde a las partes y cuando el árbitro acepta, existe una relación contractual entre los árbitros y las partes llamada contrato de compromisario.¹⁴⁹ Cuando las partes no llegan a un acuerdo o simplemente consienten en que los árbitros sean designados por la institución arbitral, están encargando la celebración de un contrato al centro, el contrato de compromisario. En este caso existe un acto jurídico llevado a cabo por la institución por encargo de las partes.

En segundo lugar, el centro también realiza los pagos de los honorarios a los árbitros. En este caso también existe una actividad jurídica que consiste en extinguir la relación existente entre los suscriptores del convenio arbitral y los árbitros.

Además, las obligaciones del mandante coinciden con las de los suscriptores del convenio arbitral en el contrato de administración de arbitraje.

Art. 2062.- El mandante está obligado:

1. A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato;
2. A satisfacerle los gastos razonables causados por la ejecución del mandato;
3. Apagarle la remuneración estipulada o usual;
4. A pagarle las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes; y,
5. A indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, y por causa del mandato.

No podrá el mandante exonerarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo, salvo que le pruebe culpa.¹⁵⁰

De este artículo podemos señalar que en nuestro caso, los suscriptores del convenio arbitral están obligados a pagar las tarifas del centro y a cubrir los costos que se susciten, a lo largo del arbitraje como lo es el caso de una citación por la prensa.

El mandato es consensual¹⁵¹, al igual que el contrato de administración de arbitraje.¹⁵² Sería un mandato especial porque es para la administración de un negocio específico.¹⁵³

Otra de las similitudes que encontramos entre ambos es la confianza. El mandato “tiene origen en la confianza recíproca y especialmente en la confianza que al mandante le inspira el mandatario”.¹⁵⁴ Por su parte, el contrato de administración de arbitraje también

¹⁴⁹ Abeliuk Manasevic, René. “El arbitraje y las obligaciones de las partes... *Óp. Cit.* pp. 44 y 45.

¹⁵⁰ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2062.

¹⁵¹ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2034.

¹⁵² *Vid. Supra.* Sección 1.3.

¹⁵³ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2027.

¹⁵⁴ Barcia Lehmann, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil... Óp. Cit.* Tomo II. p. 109

se basa en la confianza. Justamente, una de las principales razones por las que las partes optan por un arbitraje institucional es el prestigio y experiencia, para que esta institución provea de personal capacitado para administrar el arbitraje.¹⁵⁵ La institución se asegura de que el tribunal arbitral se posea, que se realicen los pagos de honorarios de árbitros y que se cumplan los plazos señalados.¹⁵⁶

Además, el mandato puede ser revocado unilateralmente por el mandante.¹⁵⁷ Esta posibilidad también existe en el contrato de administración de arbitraje, porque los suscriptores del convenio arbitral pueden ponerse de acuerdo en dar por terminado el arbitraje y también el contrato de administración de éste.

También el error en la persona del mandatario vicia el consentimiento del mandante.¹⁵⁸ Lo mismo se podría dar en el arbitraje con la salvedad de que, aplicando el principio *favor arbitralis*, esa patología sea superada y el error en la designación del centro no impida que éste preste sus servicios.¹⁵⁹

Podemos ver que existen varias similitudes entre ambos contratos, pero también existen diferencias, como vamos a exponer.

1.5.2. Diferencias con el contrato de mandato

Una diferencia importante que existe es que el contrato de administración de arbitraje por lo general no implica una actividad jurídica. Cuando la actividad jurídica no prevalece sobre los servicios que también se le encargan al mandatario, no estamos frente a un mandato sino frente a otro contrato que puede ser de trabajo o de prestación de servicios.¹⁶⁰

En nuestro contrato de administración de arbitraje, solamente cuando las partes no designan los árbitros o cuando señalan que el centro lo haga, éste celebra el contrato de compromisario a nombre de ellas, y las obliga. Si no, las partes celebran este contrato

¹⁵⁵ Blackaby, Nigel, Partasides, Constantine, Redfern, Alan y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter... Óp. Cit.* p. 56

¹⁵⁶ *Ibíd.*

¹⁵⁷ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2069.

¹⁵⁸ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 1471.

¹⁵⁹ Blackaby, Nigel, Partasides, Constantine, Redfern, Alan y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter... Óp. Cit.* p. 146

¹⁶⁰ Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles... Óp. Cit.* p. 478.

directamente y se obligan con los árbitros. Además, solo una de las obligaciones de los centros, que es la de pagar los honorarios a los árbitros, consiste en una actividad jurídica.

La principal característica, como mencionamos anteriormente, del contrato de mandato es la actividad jurídica que debe desempeñarse. Sin ella, no hay mandato. No se puede dejar la caracterización de un contrato por una circunstancia accidental, como lo son los dos casos mencionados en los que el centro designa a los árbitros, o concluir que es un mandato simplemente porque una de sus obligaciones consiste en pagar los honorarios de los árbitros, sin tener en cuenta que la institución posee muchas más obligaciones que no revisten el carácter de actividad jurídica.

Además, el mandato puede ser renunciado por el mandatario.¹⁶¹ En nuestro caso, el centro no tiene esta potestad, debe desempeñar su cargo de principio a fin.

Otra diferencia es que el centro no puede negarse a administrar arbitraje cuando las partes lo han escogido. En cambio, en el mandato el mandatario sí puede rechazar el encargo. Esto se debe a que el mandato se perfecciona con la aceptación del mandatario, tal como lo prescribe nuestro Código Civil, y en cambio, nuestro contrato se perfecciona cuando las partes aceptan la oferta de administrar el arbitraje que realiza la institución.

Art. 2028.- El contrato de mandato se reputa perfecto por la aceptación del mandatario. La aceptación puede ser expresa o tácita.

Aceptación tácita es todo acto en ejecución del mandato.

Aceptado el mandato, podrá el mandatario retractarse, mientras el mandante se halla todavía en aptitud de ejecutar el negocio por sí mismo, o de cometerlo a diversa persona. De otra, manera se hará responsable en los términos del Art. 2071.¹⁶²

Por otro lado, en el mandato el mandante es quien pone las características del mandato y la forma en que debe ejecutarse.¹⁶³ En nuestro contrato el centro es el que señala cómo va a administrar los arbitrajes y los eventuales interesados son quienes analizan si desean que esa institución desempeñe el encargo.

Adicionalmente, el mandatario está obligado a rendir cuentas del encargo, el centro no.¹⁶⁴ “La obligación de rendir cuentas es inherente a toda gestión de negocios ajenos, cualquiera sea su carácter”.¹⁶⁵

¹⁶¹ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2071.

¹⁶² Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2028.

¹⁶³ Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles... Óp. Cit.* p. 497.

¹⁶⁴ *Id.* p. 503.

¹⁶⁵ Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Contratos.* Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, p. 368.

Asimismo, el mandatario puede delegar el encargo a un tercero.¹⁶⁶ Solamente cuando está expresamente prohibido que lo haga no puede hacerlo.¹⁶⁷ En el contrato de administración de arbitraje, la institución arbitral no posee esta potestad de delegar a otro centro el cumplimiento del encargo.

Todas estas diferencias nos demuestran que el contrato de administración de arbitraje no es un mandato, pero algunas disposiciones relativas a este contrato pueden resultar de aplicación al caso, por la similitud que existe entre ambos. Como mencionamos, el contrato de administración de arbitraje es atípico, por lo que algunas normas del mandato podrían resultar de aplicación para el contrato de administración de arbitraje.

1.5.3. La responsabilidad en el mandato

Por tratarse de un servicio remunerado y que se elige por la confianza que las partes tienen en la institución arbitral, la responsabilidad de los centros debería mirarse aplicando principios similares a los del mandato. Esta responsabilidad, como mencionamos, es de culpa leve, y como lo establece nuestro Código Civil, implica que responde por “la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”.¹⁶⁸

El Art. 2033 del Código Civil establece que el mandatario responde por culpa leve y que esta responsabilidad es más exigente en el caso de que sea remunerado.¹⁶⁹ Este artículo no quiere decir que el mandatario remunerado responda por culpa levísima sino simplemente que el valor de la indemnización será fijada de forma más estricta.¹⁷⁰ Si aplicamos este régimen a las instituciones arbitrales, por ser remuneradas por su servicio, la fijación de la indemnización deberá ser más estricta en caso de que falten al cumplimiento del encargo que se les encomendó.

¹⁶⁶ Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles... Óp. Cit.* p. 504.

¹⁶⁷ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2039.

¹⁶⁸ *Id.* Artículo 29.

¹⁶⁹ *Id.* Artículo 2033.

¹⁷⁰ Claro Solar, Luis. “Ligeras observaciones sobre la prestación de la culpa en el contrato de mandato”. Raúl Tavorari Oliveros (director). *Contratos*. Tomo II. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2010, p.304

1.6. La relación jurídica como un contrato de arrendamiento de servicios

“El contrato de servicios inmateriales tiene por objeto los servicios en que predomina la inteligencia sobre el esfuerzo solamente físico o material”.¹⁷¹ Esta definición es la que está recogida también en nuestro Código Civil.¹⁷² No existe una regulación extensa sobre este contrato. Sus regulaciones se aplican a los servicios prestados por los profesionales.¹⁷³

“El contrato de prestación de servicios profesionales es aquel en el cual una persona llamada profesionista se obliga a prestar sus servicios profesionales, técnicos, científicos o artísticos en beneficio de otra llamada cliente, quien a su vez se obliga a pagar los honorarios pactados.”¹⁷⁴

El contrato de administración de arbitraje es similar a éste pues también incluye la prestación de un servicio a cambio de un honorario. No obstante, se diferencia en que no existe un profesional a cargo de la prestación del servicio sino una institución que se dedica a administrar arbitrajes.

Nuestro Código Civil hace un reenvío a través del Art. 1946 al régimen jurídico del mandato. Por lo que las consideraciones hechas con anterioridad se aplican también a este contrato.

1.7. Consecuencias de que la relación sea contractual

Ha quedado demostrado que la relación entre las partes y el centro cumple los requisitos necesarios para ser considerada contractual. Esto sin duda trae aparejadas una serie de consecuencias, como la aplicación del principio *pacta sunt servanda*¹⁷⁵ o la buena fe contractual¹⁷⁶ o como el hecho de que la institución arbitral puede ser encontrada responsable civilmente por algún incumplimiento contractual y ser obligada a indemnizar.

¹⁷¹ Barcia Lehmann, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil... Óp. Cit.* Tomo II, p. 140.

¹⁷² Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 1941.

¹⁷³ *Id.* Artículo 1946.

¹⁷⁴ Legal-Empresarial. “Contrato de prestación de servicios profesionales. Características y aplicación.” *Taller de Prácticas*. No. 449, marzo de 2008, p. B1.

¹⁷⁵ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 1561.

¹⁷⁶ *Id.* Artículo 1562.

Así también, como todo acreedor¹⁷⁷, los suscriptores del convenio arbitral tienen derecho a exigir la ejecución forzosa de las obligaciones de la institución y viceversa.

A continuación explicaremos las principales implicaciones de que esta relación sea considerada como contractual.

1.7.1. El incumplimiento

Una situación que puede darse en nuestro caso es el incumplimiento de las obligaciones de las partes. Nos interesa más enfocarnos en los incumplimientos de la institución arbitral.

Para que se produzca el incumplimiento, es necesario que la institución se encuentre en mora de sus obligaciones. “La mora consiste en la falta de cumplimiento de la obligación en tiempo oportuno”.¹⁷⁸

“No cualquier retardo constituye [la mora], sino sólo el que no está justificado en la ley, como el supuesto de un deudor que por caso fortuito o fuerza mayor se ve impedido para cumplir, aunque llegue el momento del pago; este deudor no incurre en mora”.¹⁷⁹

De acuerdo al Art. 1567 del Código Civil, ésta se puede dar en tres situaciones: cuando la obligación no se cumple en el término estipulado, cuando debía ejecutarse en determinado tiempo y el deudor no lo ha hecho, o cuando hay una interpelación judicial.¹⁸⁰

Dependiendo de la obligación debe verse de qué forma se constituye en mora a la institución. Por ejemplo, el Art. 11 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que la citación de la demanda debe realizarse dentro de los cinco días siguientes a la calificación.¹⁸¹ Esta obligación debe ser cumplida por la institución en este término, por lo que vencido éste sin que se realice la citación, la institución estaría en mora de sus obligaciones.

¹⁷⁷ Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo IV. México DF: Cardenas Editor y Distribuidor, 1991, pp. 123 y 124.

¹⁷⁸ Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I. Buenos Aires: Perrot, 1998, p. 55.

¹⁷⁹ Martínez Alarcón, Javier. *Teoría general de las obligaciones... Óp. Cit.* p. 237.

¹⁸⁰ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 1567.

¹⁸¹ Ley de Arbitraje y Mediación. *Óp. Cit.* Artículo 11.

Para dar cumplimiento a la obligación de resolver recusaciones de los árbitros establecida en el Art. 21 de la Ley de Arbitraje y Mediación¹⁸², no existe un plazo determinado, por lo que debería ser resuelta en un plazo razonable. No obstante, en ausencia de la decisión se debería realizar la reconvención judicial para asegurar la constitución en mora de la institución.

La constitución en mora es fundamental porque puede implicar la responsabilidad del deudor¹⁸³ y su consecuente condena a indemnizar daños y perjuicios.¹⁸⁴ “La mora, desde luego, es un elemento *sine qua non*, es el fundamento para la indemnización y sin él no se produce la responsabilidad civil”.¹⁸⁵

Además, desde que existe la mora en el cumplimiento de las obligaciones, el deudor es responsable por el caso fortuito y la fuerza mayor y posibilita al acreedor de demandar la resolución o el cumplimiento del contrato.¹⁸⁶

Los incumplimientos del centro pueden ser de tres tipos, de acuerdo a lo establecido en el Art. 1572 del Código Civil, puede tratarse de un cumplimiento imperfecto, de un cumplimiento tardío¹⁸⁷ o un incumplimiento absoluto. En nuestro caso podrían darse estos tres incumplimientos.

Un cumplimiento tardío si la institución cumple sus obligaciones fuera de término, como la de citar al demandado que ya fue mencionada. También puede darse incumplimiento absoluto si, por ejemplo, la institución nunca se pronuncia sobre la recusación. Y el cumplimiento imperfecto podría darse si la resolución del director del centro sobre la recusación es infundada o incompleta.

Pero para que surja el derecho a ser indemnizado es necesaria también la culpa o dolo del deudor.

¹⁸² Ley de Arbitraje y Mediación. *Óp. Cit.* Artículo 21.

¹⁸³ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles*. México D.F.: Oxford University Press, 1999, p. 210.

¹⁸⁴ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 1573.

¹⁸⁵ Martínez Alarcón, Javier. *Teoría general de las obligaciones...* *Óp. Cit.* p. 239.

¹⁸⁶ Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones.* *Óp. Cit.* Tomo I. p. 102.

¹⁸⁷ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 1572.

1.7.2. Culpa o dolo

Se entiende por culpa, en general, la falta del deudor al cumplimiento de su obligación. Esta falta puede ser voluntaria, intencionada cuando el deudor de mala fe se substraer al cumplimiento de su obligación; es decir incurre en dolo. Si la falta no es intencionada, sino que resulta de imprudencia, torpeza o negligencia del deudor, recibe especialmente el nombre de culpa.¹⁸⁸

Nuestro sistema, en el Art. 1563 del Código Civil, establece un sistema de gradación de la culpa dependiendo de quien obtenga provecho del contrato. Así, en los contratos útiles para ambas partes el deudor responde de culpa leve, en los que sólo son útiles a éste último es responsable de culpa levísima y en los que son útiles sólo al acreedor es responsable de la culpa lata.¹⁸⁹

En los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes la situación de ellas es análoga; y por lo mismo su responsabilidad debe ser idéntica; pero en los contratos en que una sola de las partes es la beneficiada y que dan, por lo tanto, nacimiento a una sola obligación hay que distinguir si la persona beneficiada es el acreedor o si es el deudor.¹⁹⁰

Como habíamos mencionado, por tratarse de un contrato plurilateral y oneroso¹⁹¹ éste reporta beneficios para ambas partes. Por ello, el deudor es responsable de culpa leve.

La culpa leve, llamada también descuido leve, descuido ligero, consiste en la falta de la diligencia o cuidado ordinario o mediano que la generalidad de los hombres emplea ordinariamente en sus negocios propios; y es la que debe responder el deudor en los contratos que son a la vez útiles a él y al acreedor, como la venta, el arrendamiento, la sociedad, por ejemplo.¹⁹²

Como el contrato de sociedad, éste es un contrato plurilateral por lo que ambos contratantes, la institución arbitral y los suscriptores del convenio arbitral responden por culpa leve.

[R]especto del dolo no hay que hacer la distinción que hacemos con respecto a la culpa, porque cualquiera que sea la naturaleza del contrato, desde que todo contrato debe ejecutarse de buena fe, el contratante comete dolo contra el otro contratante, es responsable de todos los perjuicios que fueren una consecuencia inmediata o directa de su dolo.¹⁹³

¹⁸⁸ Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1988, pp. 497 y 498.

¹⁸⁹ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 1563.

¹⁹⁰ Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. *Óp. Cit.* 1988, p. 497.

¹⁹¹ *Vid. Supra*. Sección 1.3.

¹⁹² Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. *Óp. Cit.* 1988, p. 498.

¹⁹³ *Id.* p. 499.

Como se estableció, el dolo implica la intención deliberada de una de las partes de no cumplir. Esta circunstancia también genera la responsabilidad del deudor.

Finalmente, debe mencionarse que todo incumplimiento se presume culposo, por lo que corresponde al deudor demostrar que su incumplimiento fue justificado.¹⁹⁴ Así, si la institución arbitral ha incumplido, debe demostrar que éste incumplimiento no le es imputable para no ser responsable.

1.7.3. Daño

Otro elemento fundamental es la existencia de un daño.

En cuanto a la producción del daño, también es esencial, y la demora en el cumplimiento afecta un interés jurídico del acreedor, pero en las obligaciones bilaterales podría presentarse el caso de que no se diera este factor, lo que eliminaría la responsabilidad civil a cargo del deudor.¹⁹⁵

La indemnización tiene como presupuesto la existencia de un daño¹⁹⁶, y éste daño debe ser consecuencia del incumplimiento.¹⁹⁷

Quien no cumple con su obligación, o la cumple mal o a destiempo, debe indemnizar al acreedor todos los daños y perjuicios que le haya ocasionado la inejecución. La indemnización está integrada por dos elementos: a) el daño emergente, es decir, el daño efectivamente sufrido por el acreedor con motivo del incumplimiento [...] b) el lucro cesante, es decir, la ganancia o utilidad que ha dejado de percibir el acreedor con motivo del incumplimiento.¹⁹⁸

Por estos motivos, los suscriptores del convenio arbitral deben demostrar que la inejecución del contrato les ha provocado un daño. De lo contrario, no será condenada a indemnizar los daños y perjuicios la institución arbitral.

A continuación, examinaremos la extensión de esta indemnización.

¹⁹⁴ Martínez Alarcón, Javier. *Teoría general de las obligaciones...* Óp. Cit. p. 239.

¹⁹⁵ *Ibíd.*

¹⁹⁶ Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado Elemental de Derecho Civil.* Óp. Cit. Tomo IV. p. 168.

¹⁹⁷ Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil...* Óp. Cit. p. 190.

¹⁹⁸ Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones.* Óp. Cit. Tomo I. p. 129.

1.7.4. Extensión de la indemnización

“La indemnización debe representar tan exactamente como sea posible el daño realmente sufrido por el acreedor”.¹⁹⁹ Como se mencionó, de acuerdo al Art. 1573 del Código Civil, los daños y perjuicios se cuantifican desde que el deudor se ha constituido en mora.²⁰⁰ Además, esta indemnización debe abarcar el daño emergente y el lucro cesante.²⁰¹

“[El] daño puede componerse de dos elementos distintos. [...] [P]or una parte, la pérdida sufrida, es decir el empobrecimiento experimentado por el patrimonio del acreedor; por la otra, la ganancia que ha dejado de obtenerse. Ya los romanos habían hecho esta distinción y llamaban al primero de estos elementos *damnum emergens*, y al segundo *lucrum cesans*.”²⁰²

Además, debe incluir solamente los daños directos, es decir, producidos como consecuencia inmediata del incumplimiento y no aquellos producidos de forma remota.²⁰³ También, dependiendo del tipo de incumplimiento, si solamente existió retraso o si el incumplimiento fue definitivo, varía la extensión de la indemnización. Si es que existió cumplimiento tardío, deberá existir una indemnización moratoria.

Cuando [...] el daño proviene de un retardo o mora en el cumplimiento de una obligación, se repara por esa mora y la indemnización correspondiente recibe el nombre de moratoria. Su cuantía será igual a las pérdidas o los perjuicios que hubiese sufrido el acreedor por el cumplimiento retardado.²⁰⁴

En cambio, si existe un incumplimiento definitivo o imperfecto se debe una indemnización compensatoria.

Si el daño consiste en el demérito o pérdida definitiva de los bienes o en la frustración de los derechos de la víctima, por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones del deudor, la indemnización deberá ser un sucedáneo o sustituto de aquellos que se han deteriorado o han desaparecido. Compensa su depreciación o ausencia por lo cual se le da el nombre de indemnización compensatoria.²⁰⁵

Finalmente, se debe analizar si existe dolo o culpa por parte del deudor. Esto se debe a que de acuerdo al Art. 1574 del Código Civil, si el incumplimiento fue culposo, es responsable el deudor de los daños previstos o previsibles al momento de contratar. En

¹⁹⁹ Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado Elemental de Derecho Civil. Óp. Cit.* Tomo IV. p. 181.

²⁰⁰ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 1573.

²⁰¹ *Id.* Artículo 1572.

²⁰² Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado Elemental de Derecho Civil. Óp. Cit.* Tomo IV. p. 181.

²⁰³ *Id.* p. 183.

²⁰⁴ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles. Óp. Cit.* p. 209.

²⁰⁵ *Ibíd.*

cambio, si fue doloso, es responsable de todos los perjuicios que son consecuencia directa de su incumplimiento.²⁰⁶

Todos estos factores deben analizarse para determinar la extensión de la indemnización. Así, es importante si el incumplimiento fue doloso o culposo, debe probarse el daño emergente y el lucro cesante, no se deben los daños remotos o mediatos producidos por el incumplimiento, y el tipo de indemnización difiere según el tipo de incumplimiento.

Existe una figura del Derecho de Daños que también puede ser aplicable a nuestro caso. Se trata de la indemnización de perjuicios por la pérdida de una chance o *perte d'une chance*. “La pérdida de chance resulta ser otro de los rubros indemnizables en materia de responsabilidad contractual y extracontractual”.²⁰⁷

“[H]ablamos de pérdida de una oportunidad cuando la víctima está en una situación en la que el hecho del agente impide tener la posibilidad de que el azar le otorgue un beneficio o le evite un daño”.²⁰⁸

Se trata de una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades.²⁰⁹

Esta figura podría ser aplicada a nuestro caso. “La mala praxis de los profesionales del Derecho constituye uno de los ejemplos clásicos de pérdida de chance”.²¹⁰ “El problema de la pérdida de una chance aparece claramente en las acciones judiciales”.²¹¹ Si es posible que se presente en los procesos judiciales, también debe serlo en los arbitrajes.

Esta figura del Derecho de Daños puede aplicarse si es que la parte perjudicada por una mala gestión del centro pretende obtener como indemnización lo que ha perdido en un laudo desfavorable a sus intereses. Esto en concreto podría darse si el centro niega la

²⁰⁶ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 1572.

²⁰⁷ Piedecabras, Miguel A. “La pérdida de chance en la CSJN”. *Revista de Derecho de Daños*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 173-186, p. 173.

²⁰⁸ Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo II. Bogotá: Legis, 2008, p. 359.

²⁰⁹ Cazeaux, Pedro Néstor. “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual e hipotético. Pérdida de chance.” *Temas de responsabilidad civil. En honor al Dr. Augusto M. Morello*. La Plata: Platense, 1981, p. 23.

²¹⁰ Mosset Iturraspe, Jorge. “Las chances. Responsabilidad de los abogados”. *Revista de Derecho de Daños*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 69-88, p.74..

²¹¹ Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil. Óp. Cit.* Tomo II. p. 369.

recusación de un árbitro de forma infundada y una de las partes alega que la suerte del arbitraje podría haber cambiado de no darse el incumplimiento del centro, y reclamar lo que perdió en el arbitraje.

No puede negarse que en un caso como el mencionado ha existido una pérdida de una oportunidad. “No podemos desconocer que quien posee la oportunidad de obtener un beneficio está en una situación más óptima que aquel que carece de ella”.²¹² Estas oportunidades tienen muchas veces contenido económico,

[e]n efecto, el que tiene la posibilidad de ganar algo dispone de un bien económico que inclusive a veces puede enajenarse, como cuando se vende un derecho litigioso o un billete de lotería. El valor, desde luego, depende del porcentaje de probabilidades de éxito que se tienen con esa oportunidad. El daño consiste no en la pérdida del premio o de la pretensión, sino en la pérdida de la oportunidad de conseguirlos.²¹³

Sin embargo, en nuestro caso, es difícil sostener que la suerte del arbitraje habría cambiado de no ser por la mala gestión del centro. “No cabe anticipar el éxito de ningún juicio, dado que aun los que aparecen revestidos de la mayor simpleza pueden, contra toda previsión, orientarse hacia una solución diversa de la previsible”.²¹⁴

Por ello, el contenido de la indemnización en un caso como éste debe ser inferior pues no existe una certeza absoluta de que el daño no se hubiera producido.

Vale decir que la chance tiene pues un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser necesariamente, inferior al mismo. O sea, siguiendo con los casos de los ejemplos antes mencionados: no puede coincidir [...] con el monto del juicio frustrado, tratándose ést[e], a su vez, de [un] resultado que de todas maneras era incierto y que también podía depender de otras circunstancias distintas, extrañas al agente del daño; no pudiéndose saber ya, de ninguna manera, si el beneficio se habría o no obtenido de no haber mediado el evento dañoso.²¹⁵

Deben darse cuatro supuestos para que exista una pérdida de chance que pueda darle el derecho a una parte de recibir una indemnización. A saber, debe tratarse de una circunstancia posible y probable, que sea frustrada y que no hubiese podido lograrse a través de otra operación equivalente.²¹⁶

²¹² *Id.* p. 359.

²¹³ Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil. Óp. Cit.* Tomo II. p. 357.

²¹⁴ Trigo Represas, Félix A. “La pérdida de chance en el Derecho de Daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. Noción.” *Revista de Derecho de Daños*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 53-67, pp. 55 y 56.

²¹⁵ *Ibíd.*

²¹⁶ Piedecabras, Miguel A. “La pérdida de chance en la CSJN”. *Revista... Óp. Cit.* p. 175.

Que sea posible quiere decir que el evento pueda suceder física o jurídicamente; que sea probable quiere decir que exista un grado razonable de que la ganancia se dé y que pueda probarse; que se frustrate quiere decir que un agente impida que la ganancia se obtenga; y finalmente, no debe haber otra forma de impedir la pérdida de la oportunidad.

217

Todos estos requisitos deben cumplirse para que exista pérdida de una chance que sea susceptible de ser indemnizada. Debemos resaltar el hecho de que algunos de los daños ocasionados por el centro pueden encontrar reparación en la petición de nulidad del laudo, por lo que no existiría fundamento alguno en que una de las partes pretenda solicitar la indemnización, incluyendo como valor a indemnizarse lo condenado en el laudo, si es que tuvo la oportunidad de anularlo y no lo hizo a tiempo.

Esta situación debe ser tomada en cuenta por la autoridad que se encuentre conociendo un caso de responsabilidad contractual del centro.

1.7.5. Aplicación de la condición resolutoria tácita

De acuerdo al Art. 1505 del Código Civil, todo contrato bilateral en el que una de las partes ha incumplido, otorga la potestad para el otro contratante de demandar la resolución o el cumplimiento del contrato.²¹⁸ El cumplimiento puede pedirse en todo contrato. En cambio, la resolución no en todos.

La resolución es un modo de ineficacia de los negocios jurídicos, que se da en razón de la producción de un hecho sobreviniente a la constitución del negocio, que a veces es imputable a una de las partes y otras veces es totalmente extraña a la voluntad de ellas, y que extingue retroactivamente sus efectos debido a que en la ley o en el propio acto jurídico se le atribuyó esa consecuencia.²¹⁹

La resolución que tratamos en este caso es la producida como consecuencia del incumplimiento. Ésta destruye la base contractual y retrotrae los efectos del contrato a la época de su celebración; por esto obliga a las partes a restituir lo recibido por el contrato e indemnizar los daños y perjuicios.²²⁰

²¹⁷ *Ibíd.*

²¹⁸ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 1505.

²¹⁹ Rivera, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil. Parte General.* Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 927.

²²⁰ *Id.* p. 928.

Existen dos motivos por los que no puede darse la resolución en nuestro contrato. En primer lugar, el Art. 1505 del Código Civil se aplica solamente a contratos bilaterales. Nuestro caso es de un contrato plurilateral en el que no puede aplicarse esta figura.

El segundo motivo es que el contrato es de tracto sucesivo. “Como en los contratos de tracto sucesivo existen prestaciones que ya se han cumplido y que sería imposible retrotraer para intentar reponer a las partes al estado anterior al contrato, su terminación ineluctablemente producirá efectos nada más que hacia lo futuro”.²²¹

Como mencionamos, el contrato de administración de arbitraje es de tracto sucesivo por lo que no es posible pedir su resolución sino solamente la terminación del contrato. Por esto, en nuestro caso, solamente caben las acciones para pedir el cumplimiento o la terminación del contrato, con indemnización de daños y perjuicios.

Podría darse el caso en que ambas partes están de acuerdo en pedir la resolución del contrato, y allí quedaría eliminado el impedimento de resolver el contrato por ser plurilateral. De todas formas, no se podría resolver el contrato, porque no sólo es plurilateral sino de tracto sucesivo.

1.7.6. *Exceptio non adimpleti contractus*

Por tratarse de un contrato, también es aplicable el Art. 1568 del Código Civil el principio de *la mora purga la mora*.²²² “[L]a substancia de esta excepción [es] que exige de parte de los contratantes el cumplimiento recíproco y simultáneo del contrato en lo que a cada uno toca para tener derecho de constituir al otro contratante en mora de ejecutarlo y poder exigirle el cumplimiento”.²²³

Así, si los suscriptores del convenio arbitral no han cumplido sus obligaciones, la institución arbitral no se encuentra en mora si deja de cumplir las suyas. Esto explica disposiciones dentro del reglamento de los centros relativas a que no darán trámite al arbitraje si es que las partes no han pagado la tarifa inicial.²²⁴

²²¹ Parraguez, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro Cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Vol. 1. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, p. 241

²²² Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 1568.

²²³ Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Óp. Cit.* 1988, p. 770.

²²⁴ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 69. Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. *Óp. Cit.* Artículo 27. Expedido el 9 de agosto de 2006. Codificación del Reglamento

Adicionalmente, es aplicable la excepción de incumplimiento parcial llamada *exceptio non rite adimpleti contractus*. En virtud de ésta, se puede detener el cumplimiento cuando la otra parte ha incumplido parcialmente sus obligaciones.²²⁵

Por esto, para poder exigir el cumplimiento de las obligaciones del centro, las partes deben haber cumplido sus obligaciones o allanarse a cumplirlas.

1.7.7. *Rebus sic standibus*

Asimismo, por ser un contrato el de administración de arbitraje, resultan de aplicación otras instituciones contractuales como la teoría de la imprevisión.

La denominada Teoría de la Imprevisión constituye una figura elaborada por los juristas con la finalidad de dar solución a notorias injusticias que en algunas ocasiones se producen durante la vida de los contratos de ejecución diferida. Fue concebida para los supuestos en que una de las partes resulte perjudicada por acontecimientos ajenos a su responsabilidad y a la de su co-contratante, extraordinarios e imprevisible, que tornan excesivamente onerosa la prestación a su cargo.²²⁶

Los requisitos para que proceda son:

1. Que ocurra un acontecimiento extraordinario e imprevisible.
2. Que del mismo resulte una desproporción en la prestación a cargo de una de las partes
3. Que la onerosidad resulte excesiva y sobreviniente
4. Quien invoca la imprevisión no haya obrado con culpa o estuviera en mora.²²⁷

Para que pueda aplicarse la teoría, es necesario que una de las prestaciones haya devenido excesivamente onerosa [...] Adviértase que no se trata de que la prestación haya devenido de cumplimiento imposible, porque ése sería un supuesto de fuerza mayor; el deudor puede cumplir pero hacerlo le significa un sacrificio extraordinario, no razonable.²²⁸

para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 71.

²²⁵ Pratesi, Juan Carlos. “Efectos propios de los contratos bilaterales y onerosos”. *Tratado de Derecho Comercial*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2000, pp. 421-527, p. 459.

²²⁶ Chasares, Marcela, Adriana Minniti y Claudio Pérez Leo. “Limitaciones a la fuerza obligatoria: Lesión, Imprevisión y Abuso de Derecho”. *Tratado de Derecho Comercial*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2000, pp. 529-593, pp. 550 y 551.

²²⁷ *Id.* pp. 563-565.

²²⁸ Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Óp. Cit.* Tomo I. p. 120.

Si estos requisitos se dan existen dos opciones: la resolución del contrato o la revisión de las prestaciones para eliminar la desproporción.²²⁹ Como nuestro contrato solamente puede ser terminado, no cabe la resolución sino solo la terminación o la revisión de la desproporción.

Esta acción solo podría darse si es pedida por ambas partes, porque nos encontraríamos en un absurdo si es que el contrato es terminado solo para una de las partes y para la otra no. Debe tomarse en cuenta la naturaleza plurilateral del contrato de administración de arbitraje para aplicar todas estas consecuencias.

1.7.8. Prescripción

[P]uede definirse a la prescripción como una institución de orden público que extingue la facultad de un acreedor que se ha abstenido de reclamar su derecho durante determinado plazo legal, a ejercer coacción legítima contra un deudor que se opone al cobro extemporáneo o exige la declaratoria de prescripción.²³⁰

De acuerdo a nuestro Código Civil, la prescripción extintiva opera por el transcurso del tiempo, que se cuenta desde que la obligación es exigible.²³¹ Por tratarse de una acción ordinaria, la prescripción en el contrato de administración de arbitraje es de 10 años.²³²

1.7.9. Eximentes de responsabilidad

Como mencionamos anteriormente, el deudor es responsable de indemnizar cuando ha incumplido sus obligaciones, el incumplimiento le es imputable y ha provocado un daño al acreedor. No obstante, este régimen puede ser modificado. Esto se da cuando ha sucedido una situación de caso fortuito o fuerza mayor o también cuando las partes han pactado una cláusula de no responsabilidad.²³³

²²⁹ Chasares, Marcela, Adriana Minniti y Claudio Pérez Leo. "Limitaciones... *Óp. Cit.* p. 570.

²³⁰ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles. Óp. Cit.* p. 387.

²³¹ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2414.

²³² Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2415.

²³³ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles. Óp. Cit.* p. 229.

Debemos mencionar que en nuestro sistema no cabe la condonación del dolo futuro²³⁴, por lo que las cláusulas para modificar la responsabilidad solamente caben solamente en caso de culpa.

1.7.9.1. La cláusula de exoneración de responsabilidad

“Las partes tienen el derecho de aumentar o de disminuir la responsabilidad que según el derecho común debería pesar sobre el deudor”.²³⁵

Apoyados en su libertad de contratar, los sujetos pueden convenir que, en caso de producirse daños para alguno de ellos, no deberán ser indemnizados por el causante de la acción perjudicial; dicho pacto se denomina cláusula de no responsabilidad y excluye la obligación de reparar los daños y perjuicios.²³⁶

Nuestro sistema sí contempla la posibilidad de modificar el régimen de responsabilidad de acuerdo a los Arts. 1563 inciso 4²³⁷ y 1574 inciso 3 del Código Civil.²³⁸ “Nada impide, en una materia de interés puramente privado [...], que por consideraciones especiales se modifique la responsabilidad del deudor”.²³⁹

Para que sea válida, esta cláusula debe ser expresada en términos claros que denoten la voluntad del acreedor de exonerar de responsabilidad al deudor.²⁴⁰

Dentro de algunos de los reglamentos de las instituciones arbitrales encontramos normas que establecen la no responsabilidad de los centros en los arbitrajes.

Por ejemplo el Art. 14 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil establece:

La Cámara de Comercio de Guayaquil y el Centro de Arbitraje y Conciliación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción y omisión, en ejercicio de sus funciones, los conciliadores, árbitros y secretarios ocasionen a las partes o a terceros.²⁴¹

²³⁴ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2481.

²³⁵ Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Óp. Cit.* 1988, p. 548.

²³⁶ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles. Óp. Cit.* p. 229.

²³⁷ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 1563 inciso 4.

²³⁸ *Id.* Artículo 1574 inciso 3.

²³⁹ Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Óp. Cit.* 1988, p. 547.

²⁴⁰ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles. Óp. Cit.* p. 231.

²⁴¹ Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. *Óp. Cit.* Artículo 14.

Lo mismo encontramos en el Art. 18 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana.

La Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, el Centro de Arbitraje y Mediación y sus administradores, no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones, los árbitros, mediadores, secretarios arbitrales, peritos o negociadores ocasionen a las partes o a terceros.²⁴²

Una disposición similar se encuentra en el Art. 21 de la Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

La Cámara de Comercio de Quito y el Centro de Arbitraje y Mediación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones los mediadores, árbitros, secretarios y peritos ocasionen a las partes o a terceros.²⁴³

En primer lugar, estas cláusulas están solamente encaminadas a exonerar de responsabilidad en las funciones ejercidas por árbitros, mediadores, secretarios arbitrales, peritos, entre otros, pero no exime a la institución arbitral de la responsabilidad por el incumplimiento de sus propias obligaciones.

Por el principio de autonomía de la voluntad, esta cláusula es válida. No obstante, como se mencionó, por tratarse de un contrato de adhesión, los beneficios a favor de la institución arbitral deben leerse de forma restringida. Así, si es que existe alguna obligación compartida por los árbitros y el centro, o por el secretario arbitral y el centro, éste no podría acogerse a esta disposición para alegar la no responsabilidad. Por ejemplo, la obligación de mantener un archivo ordenado de la causa²⁴⁴ es compartida y el centro no puede excusarse de cumplirla.

Además, el centro es responsable de organizar las listas de árbitros de su institución y comprobar que cumplan requisitos, entre ellos, el que estén dispuestos a darle el tiempo necesario para el arbitraje.²⁴⁵ Si es que uno de los árbitros seleccionados por las partes de esa lista o designado por la institución no le otorga el tiempo suficiente, no sólo es

²⁴² Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 18.

²⁴³ Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. *Óp. Cit.* Artículo. 21.

²⁴⁴ *Id.* Artículo 3 f).

²⁴⁵ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 20.

responsable el árbitro sino también la institución que lo seleccionó como adecuado para formar parte de la lista oficial.

Sobre las cláusulas de exoneración de responsabilidad en los reglamentos arbitrales, los profesores Gaillard y Savage han comentado que su validez es discutible por encontrarnos en un contrato de adhesión.

Some institutions protect themselves further by including in their rules a clause excluding their liability. This is the case of the ICC, which introduced the following provision at Article 34 of its 1988 Rules:

“Neither the arbitrators, nor the Court and its members, nor the ICC and its employees, nor the ICC National Comitees, shall be liable to any person for any act or omission in connection with the arbitration.”

It is not certain that these provisions enhance the institution’s appeal to its users. Further, it may well be that the courts hold that such clauses to be ineffective in the case of gross fault by the institution or, in certain cases, abusive or unconscionable conduct, given, in particular, that such clauses are contained in a contract of adhesion.²⁴⁶

La cláusula de exoneración de responsabilidad debe ser analizada caso por caso, para determinar si exime de responsabilidad a la institución o no. Para casos de incumplimientos exclusivos de la institución arbitral, esta cláusula no tiene aplicación alguna pues solamente está redactada para eximir al centro de los daños ocasionados por árbitros, peritos, secretarios y mediadores.

Finalmente, “la cláusula de no responsabilidad no llega jamás a suprimir la responsabilidad de su beneficiario culpable de dolo”.²⁴⁷ Así, aunque la cláusula no es eficiente para lograr una exención de responsabilidad para el centro por sus incumplimientos, no se puede pactar una cláusula que sí lo haga en todos los casos, porque el dolo no puede ser condonado, solo la culpa. Tampoco se admite la culpa lata porque ésta es equiparable al dolo.²⁴⁸

1.7.9.2. Caso fortuito o fuerza mayor

“El caso fortuito, o fuerza mayor, exonera la responsabilidad del deudor porque el incumplimiento no proviene de su culpa sino de un hecho ajeno que no puede resistir.”²⁴⁹

²⁴⁶ Gaillard, Emmanuel y John Savage. *Fouchard Gaillard... Óp. Cit.* p. 603.

²⁴⁷ Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Óp. Cit.* 1988, p. 548.

²⁴⁸ *Id.* p. 551.

²⁴⁹ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles. Óp. Cit.* p. 235.

Su justificación se encuentra en que nadie está obligado a lo imposible.²⁵⁰ Los requisitos para que se dé son:

a) Que provenga de una causa enteramente ajena de la voluntad del deudor o sea que el deudor no haya contribuido en forma alguna a su producción; no lo sería, por lo tanto, un hecho en que hubiera participado el deudor;

b) Que sea un hecho imprevisto, o sea, un hecho que dentro de los cálculos ordinarios y corrientes no se haya podido prever; no lo sería, por ejemplo, la crecida ordinaria de un río en la época del deshielo; pero si una crecida extraordinaria de un volumen considerablemente superior, o efectuada en otra época, cualquiera que fuese su causa;

c) Que el deudor a pesar de su diligencia no haya podido evitarlo; no lo habría en un aumento de contribuciones que las partes pueden prever al contratar, ni en el mayor precio de las mercaderías o materias primas, o en el aumento, en general, del costo de producción.²⁵¹

Las excepciones a la aplicación del caso fortuito o la fuerza mayor son las establecidas en la ley²⁵² o si el deudor asumió el riesgo de su producción.²⁵³

Si los requisitos se dan, cualquiera de las partes podría alegar la fuerza mayor como eximente de su responsabilidad, dada la naturaleza contractual de la relación. Así, si es que para la institución arbitral se convierte en imposible cumplir su obligación por un hecho imprevisible e irresistible, puede alegarlo para exonerar su cumplimiento. Por ejemplo, si es que existe un incendio y los archivos físicos se destruyen y no es posible brindar el archivo adecuado para la causa.

1.7.9.3. Ejecución forzada

“Si el deudor cumple voluntariamente su obligación, ésta se extingue por pago; pero cuando no se aviene a respetar su compromiso, el acreedor puede lograr que sea forzado a ello contando con el auxilio de la fuerza pública”.²⁵⁴

Debe distinguirse si se trata de obligaciones de dar o de hacer. En nuestro caso, las obligaciones de los suscriptores del convenio arbitral son básicamente pagar las tarifas y asumir diversos costos que surjan durante el arbitraje.

²⁵⁰ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles. Óp. Cit.* p. 236.

²⁵¹ Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Óp. Cit.* 1988, p. 538.

²⁵² Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles. Óp. Cit.* p. 236.

²⁵³ Brunner, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles.* Nueva York: Wolters Kluwer, 2009, p. 76.

²⁵⁴ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles. Óp. Cit.* pp. 265 y 266.

En las obligaciones de dar una suma de dinero, siempre es posible obtener la ejecución forzada en naturaleza: como en derecho existe el principio de que el deudor responde de sus obligaciones con todo su patrimonio, el obligado a prestar una cantidad en dinero en efectivo que se resistiere a hacerlo, sufriría la ejecución sobre su patrimonio mediante un secuestro o embargo de bienes, los que al ser rematados permitirían disponer del numerario indispensable para satisfacer al acreedor.²⁵⁵

De esta forma, la institución arbitral podría ejecutar las obligaciones de las partes en su patrimonio si es que no las cumplen. Esto debería realizarse por la vía ordinaria, porque el contrato de administración de arbitraje no está sujeto a un convenio arbitral en caso de que surja una disputa.

En cambio, las obligaciones de la institución arbitral son de hacer. “El acreedor tiene derecho a la ejecución del contrato, y puede exigir, en primer lugar, que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido”.²⁵⁶ De esta manera, las partes podrían acudir ante el juez a que se compela a la institución arbitral a brindar el servicio.

Pero si esta opción no diere resultado o si el acreedor así lo desea,

puede pedir que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor. Supone la ley, por lo tanto, que el hecho a que el deudor se obligó puede ser ejecutado por otra persona y no requiere necesariamente la ejecución personal del deudor.²⁵⁷

Las partes suscriptoras del convenio podrían solicitar que se les permita acudir a otra institución arbitral, pues de otra forma estarían irrespetando el convenio arbitral, y que la institución sea obligada a cubrir los gastos de ello.

1.8. Conclusiones del capítulo 1

El contrato de administración de arbitraje tiene por partes a los suscriptores del convenio arbitral y a la cámara de comercio, producción o fundación que organiza la institución arbitral, o la propia institución, si es que es persona jurídica. Este contrato cumple con todos los requisitos de existencia y validez necesarios para surtir efectos jurídicos.

Respecto del consentimiento, éste se perfecciona cuando las partes aceptan la oferta permanente de administrar el arbitraje de la institución arbitral a través de su convenio

²⁵⁵ *Id.* pp. 266 y 267.

²⁵⁶ Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Óp. Cit.* 1988, p. 693.

²⁵⁷ *Id.* p. 697.

arbitral. La aceptación es notificada al centro con la presentación de la demanda y el pago de la tarifa inicial. La oferta de los centros es pública y por lo tanto vinculante para la institución arbitral. Si no existen vicios del consentimiento, como la fuerza, el error o el dolo, el consentimiento es válido.

El objeto de este contrato está compuesto por las dos obligaciones principales: las partes deben pagar los servicios de la administración del arbitraje y la institución debe administrar la controversia. Este objeto es lícito por lo que también se cumple el requisito de existencia y validez.

El contrato de administración de arbitraje, por ser plurilateral, tiene por causa la obligación correlativa de cada parte. En principio, esta causa es lícita, por lo que se cumple el requisito de existencia y validez.

La capacidad de los intervinientes se encuentra regida por los principios generales de la capacidad. Así, se presume la capacidad de todos. Las instituciones arbitrales son en algunos casos personas jurídicas y en otros casos, están organizados por personas jurídicas de las que forman parte. Corresponde al interesado en plantear una acción en su contra el estudiar contra quien dirige su reclamo.

El contrato de administración de arbitraje posee las siguientes características. Es un contrato plurilateral, oneroso, conmutativo, consensual, de tracto sucesivo, de adhesión e innominado.

El que sea un contrato de adhesión provoca que se apliquen los principios de interpretación *contra proferentem* y la posibilidad de una declaratoria de que las cláusulas del reglamento de la institución son abusivas. Esta interpretación causa que los beneficios otorgados a la institución se interpreten de forma restrictiva y las ambigüedades se interpreten en su contra.

Los contratos afines al de administración de arbitraje son el mandato y el arrendamiento de servicios. Es similar al contrato de mandato porque consiste en un cargo que las partes le confían al centro que es la administración de su arbitraje. La diferencia está en que el encargo solo en ciertos casos involucra una actividad jurídica, lo que justamente provoca que no sea un mandato, y además existen muchas otras diferencias entre ambos contratos.

La confianza es un aspecto fundamental en que se fundan ambos contratos, el de mandato y el de administración de arbitraje. Por ello, el error en la designación del centro puede viciar el consentimiento para acudir a arbitraje, siempre que no pueda ser subsanado

a través del principio *favor arbitralis*. Además, la responsabilidad del centro debe examinarse con similitudes al mandato. Esto implica que la fijación de la indemnización para las instituciones arbitrales debe ser más estricta.

Por otro lado, el contrato de administración de arbitraje es similar al de arrendamiento de servicios pues implica la prestación de un servicio a cambio del pago de un honorario. Sin embargo, se diferencia en que no existe un profesional a cargo de la prestación del servicio sino una institución que se dedica a administrar arbitrajes.

Existen varias consecuencias de que esta relación sea contractual. El contrato debe ser cumplido por las partes de buena fe. Esto provoca que puedan existir incumplimientos contractuales que desencadenen la responsabilidad civil de las partes. En nuestro caso, nos interesan los incumplimientos de la institución arbitral.

Para ello, debe encontrarse en mora de sus obligaciones. Debe analizarse si la obligación incumplida posee un plazo o una época de cumplimiento o si se debe realizar el requerimiento judicial. Esto es fundamental pues desde la constitución en mora se calculan los daños y perjuicios y es una base esencial para la responsabilidad contractual. Los incumplimientos del centro pueden ser imperfectos, absolutos o tardíos.

Otro elemento fundamental para la responsabilidad de la institución es que el incumplimiento le sea imputable ya sea por culpa o dolo. En nuestro sistema, por tratarse de un contrato en que todas las partes reportan un beneficio, responden por culpa leve. Respecto del dolo no existe mayor discusión pues siempre se responde por éste.

Debe existir un daño que debe demostrarse para demandar la responsabilidad del centro. La extensión de la indemnización depende de lo que logre probarse. Debe abarcar el daño emergente y el lucro cesante, no debe incluir pérdidas que no sean consecuencia del incumplimiento. Si existe dolo, se deben todos los daños producidos como consecuencia directa del incumplimiento. Si solamente fue culposo el incumplimiento, se deben los daños previstos o previsibles al momento de contratar. Finalmente, la indemnización será compensatoria o moratoria dependiendo de si el incumplimiento fue total, parcial o fue un cumplimiento tardío.

Por tratarse de un contrato de tracto sucesivo y plurilateral, la resolución del contrato en virtud de la condición resolutoria tácita no es aplicable sino solamente la terminación del contrato.

Adicionalmente, la institución puede alegar la *exceptio non adimpleti contractus* para suspender su cumplimiento en caso de que las partes no cumplan sus obligaciones. Por

tratarse de un contrato, se aplican la *rebus sic standibus* y las reglas generales de la prescripción de las acciones contractuales, en los términos que señalamos anteriormente.

También son de aplicación los eximentes de responsabilidad como la fuerza mayor y la cláusula de no responsabilidad. Esta última se encuentra presente en los reglamentos arbitrales pero solamente se refiere a las acciones de los árbitros, peritos, mediadores y demás, en el ejercicio de sus funciones. Así, no excluye la posibilidad de demandar a la institución por el cumplimiento de sus propias obligaciones. Pero, por tratarse de un contrato de adhesión, los beneficios a favor de la institución se deben analizar de forma restringida. Además, debe tomarse en cuenta que en nuestro sistema no se permita una cláusula que condone el dolo futuro, por lo que jamás sería válida una cláusula que pretenda eximir al centro en caso de dolo.

Finalmente, es posible lograr la ejecución forzada de las obligaciones del centro. Por ser obligaciones de hacer, la institución puede ser compelida a administrar el arbitraje por orden judicial. O también se puede pedir a otra institución que lo administre y los gastos de ello deben ser cubiertos por ésta.

2. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE ARBITRAJES

En el capítulo anterior, partimos de la teoría contractualista de la naturaleza del arbitraje para concluir que la responsabilidad de las instituciones arbitrales puede ser contractual. No obstante, existen otras teorías que explican esta naturaleza desde un enfoque completamente distinto.

Tal es el caso de la teoría de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje. “Frente a los textos positivos, es incuestionable el carácter eminentemente jurisdiccional del proceso arbitral, de los árbitros, de sus funciones y así como la fuerza de la sentencia que le asiste al laudo”.²⁵⁸

The jurisdictional theory relies on the state power to control and regulate arbitrations which take place within its jurisdiction.

*The interpretation and application of the law and the determination of disputes is a sovereign function normally exercised by national courts established by the state for that purpose. Parties can only submit to arbitration to the extent expressly allowed or accepted implicitly by the law of the place of arbitration.*²⁵⁹

De esta definición obtenemos un concepto clave para nuestro análisis: la aplicación e interpretación de la ley es una función soberana ejercida por las cortes. Como estudiaremos más adelante, los directores de los centros de arbitraje y mediación están encargados de aplicar las normas en muchas situaciones, sin que intervenga el tribunal arbitral, de donde podemos inferir una función jurisdiccional de los centros.

Además, de acuerdo a la teoría jurisdiccional, el Estado permite la existencia del arbitraje. “Esta autorización (vía el concepto de arbitrabilidad) es un acto de justicia delegada, o paralela, que encuentra su sanción en la ejecutabilidad del laudo en forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal.”²⁶⁰ Así, en el arbitraje existe una delegación de jurisdicción por parte del Estado a los árbitros, y, eventualmente, a los directores de los centros.

²⁵⁸ Gamboa, Rafael H. *El proceso arbitral en Colombia*. Santa Fe de Bogotá: Colección profesores, Pontificia Universidad Javeriana, 1992, p. 77.

²⁵⁹ Lew, Julian D. M., Mistelis, Loukas A. y Stephan Michael Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 73-74.

²⁶⁰ González de Cossío, Francisco. “Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje... *Óp. Cit.* p. 14.

La tesis jurisdiccional del arbitraje también ha sido sostenida por nuestra jurisprudencia.

[L]a doctrina aún discute sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, sin encontrar un consenso, pero este Tribunal estima que el arbitraje de derecho, si encasilla en esta naturaleza, pues su finalidad es la de equiparar su decisión a una sentencia ordinaria y su procedimiento está normado en nuestra Ley de Arbitraje y Mediación (Derecho Positivo). Por tales motivos, se considera que un Tribunal arbitral ejerce funciones jurisdiccionales, una vez que se desprende de su origen convencional, en tanto y en cuanto su laudo adquiere las características de una sentencia judicial.²⁶¹

Asimismo, nuestro Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 17 prescribe:

La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.

El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades.²⁶²

A través de este artículo, el arbitraje está siendo asimilado a la administración de justicia que realiza la Función Judicial. Aparentemente, en nuestro ordenamiento jurídico existe una inclinación hacia la teoría de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje.

Por este motivo, planteamos una segunda posibilidad para la responsabilidad de la institución arbitral. Al contar con funciones semejantes a las de los jueces en determinadas circunstancias, su responsabilidad estaría sujeta a estándares similares que la de los jueces. Y esta responsabilidad es extracontractual, como explicaremos.

Las normas del Código Orgánico de la Función Judicial prescriben que los servidores de la Función Judicial serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones.²⁶³ A efectos de nuestro análisis, solo interesa el ámbito de la responsabilidad civil, debido a que nos encontramos estudiando las figuras al amparo del derecho privado, y el supuesto del que partimos es la posibilidad de demandar una indemnización de daños y perjuicios por los daños causados por un centro de arbitraje y mediación en el ejercicio de sus funciones.

De todas formas, es preciso distinguir estos tres tipos de responsabilidades. La responsabilidad penal procede si es que los jueces han cometido algún delito o infracción

²⁶¹ Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 242-2007, 11 de julio de 2007.

²⁶² Código Orgánico de la Función Judicial. *Óp. Cit.* Artículo 17.

²⁶³ *Id.* Artículo 15.

penal en el ejercicio de sus funciones.²⁶⁴ La responsabilidad civil, en cambio, involucra la indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de la provocación de un perjuicio, siempre que haya habido dolo o culpa por parte del juez.²⁶⁵ Finalmente, la responsabilidad administrativa o disciplinaria se incurre por vulneraciones a deberes específicamente contemplados en la ley que deben ser cumplidos por los funcionarios en razón de su cargo.²⁶⁶ Por ello, es claro que nuestra hipótesis es la de responsabilidad civil y nuestro análisis debe entenderse bajo este tipo de responsabilidad.

2.1. Naturaleza jurídica de las funciones de los centros de arbitraje

En general, jurisdicción es

la potestad conferida por el Estado a determinados órganos jurisdiccionales, para resolver los conflictos intersubjetivos de intereses —oficiosamente o que les sean sometidos—, a través del proceso judicial que culmina en una resolución susceptible de ser cumplida coactivamente.²⁶⁷

Algunas de las funciones de los centros pueden parecer jurisdiccionales.

En los Estados Unidos, se ha asemejado las funciones de las instituciones arbitrales a las de los jueces, y por ello se les ha aplicado también la inmunidad absoluta a los centros, junto con todo su personal.²⁶⁸ En un inicio se les concedió esta inmunidad solamente a los árbitros, por considerar que era necesario que el Estado los proteja para que continúen resolviendo controversias y no teman ser demandados civilmente por sus acciones y continúen interviniendo en los arbitrajes.²⁶⁹

Luego, esta inmunidad se extendió a las instituciones.

In Rubenstein v. Otterbourg, the Civil Court of the City of New York granted immunity to the AAA, holding that the same immunity that protects arbitrators should be

²⁶⁴ Moreno, Juan Damián. *Introducción al sistema judicial español. Óp. Cit.* Madrid: Dykinson, 2010, p. 63.

²⁶⁵ *Ibíd.*

²⁶⁶ Contraloría General del Estado de Ecuador. *Manual de Auditoría Gubernamental.* Capítulo VIII. p. 152.

²⁶⁷ De La Rúa, Angelina Ferreyra y Manuel E. Rodríguez Juárez. “Competencia Civil”. *Manual de derecho procesal civil.* Tomo I. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2009, p. 1

²⁶⁸ Rasmussen, Matthew. “Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France”. *Fordham International Law Journal.* Volumen No. 26, Ejemplar No. 6, 2002, p. 1840.

²⁶⁹ *Id.* p. 1844.

*extended to arbitral institutions because they are quasijudicial organizations and immunity is increasingly being extended to them.*²⁷⁰

En el caso *Corey c. New York Stock Exchange*, Corey demandó a la NYSE, institución que administró su controversia, por ocasionarle daños y perjuicios al haber actuado supuestamente en conspiración con el demandado en el arbitraje para vulnerar sus derechos. La Corte de Apelaciones de los Estados Unidos rechazó su pretensión porque consideró que dada la naturaleza de las funciones de la institución arbitral, similares a las de un juez, gozaba de inmunidad.²⁷¹

Así se evidencia que sí ha existido un reconocimiento de que las funciones de las instituciones arbitrales se asemejan a las de los jueces. Considero que existen funciones específicas que pueden calificarse como jurisdiccionales y otras como administrativas.

2.1.1. Las funciones jurisdiccionales de los centros

En el capítulo anterior mencionamos las obligaciones que las instituciones arbitrales poseen en virtud de la ley y de sus reglamentos.²⁷² Unas de estas obligaciones son: la calificación de la demanda, citar con la demanda al demandado, notificar a las partes de las providencias y actuaciones del tribunal arbitral y resolver recusaciones en los casos señalados por la ley. A nuestro criterio, estas obligaciones podrían considerarse como de carácter jurisdiccional.

Esto se debe a que estos actos son actos procesales.

El acto procesal es una especie dentro del acto jurídico y se ha definido [...] como el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la jurisdicción o aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos jurídicos procesales [...]. En cuanto a su desarrollo, los actos procesales tienen, por regla general, establecido un orden y unos son antecedentes (presupuestos) de otros (consecuentes), de tal modo que sin los primeros no valen los segundos o no pueden producirse. También si los primeros son nulos producen la nulidad de los consecuentes. Y además, cerrada una etapa procesal no puede abrirse nuevamente y quedan extinguidas las posibilidades de volver atrás.²⁷³

Todos los actos que he mencionado como jurisdiccionales de los centros de arbitraje son antecedentes de otros consecuentes que son presupuestos necesarios para que el

²⁷⁰ *Id.* p. 1845.

²⁷¹ Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Sexto Circuito. *Caso Corey c. New York Stock Exchange*. Sentencia de 2 de noviembre de 1982.

²⁷² *Vid. Supra*. Sección 1.2.2.

²⁷³ Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis, 2006, p. 216.

proceso continúe. Asimismo, son actos que crean, modifican o extinguen efectos jurídicos procesales. Su ausencia o nulidad puede acarrear la nulidad de todo el proceso, como es el caso de la errónea citación de la demanda²⁷⁴ o de una ausencia de notificación de las pruebas o el laudo.²⁷⁵

En primer lugar, respecto de la notificación, “notificación es la actuación que tiene por objeto poner en conocimiento de las partes o de terceros una resolución judicial [...] y es una verdadera actuación judicial”.²⁷⁶ La importancia de la notificación radica en que si no existe o no se realiza conforme a la ley, las resoluciones judiciales no surten efectos jurídicos.²⁷⁷ Dentro de un arbitraje, la ausencia de notificación puede acarrear la nulidad, siempre que ello impida o limite el derecho a la defensa de una de las partes.²⁷⁸

Las funciones de notificar han sido consideradas como judiciales. En el caso *Ezra Austern c. The Chicago Board Options Exchange, Inc.* la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito sostuvo que la notificación a las partes sobre las audiencias del arbitraje es de naturaleza judicial y por ello extendió la inmunidad al centro de arbitraje involucrado en la disputa.²⁷⁹

Lo mismo sucede con la citación. “Síguese por tanto, que etimológicamente, la notificación es género y la citación y el emplazamiento, especies; la primera significa hacer saber judicialmente, la segunda, hacer saber, con llamamiento para realizar un acto”.²⁸⁰ Así, al ser una especie de notificación, la citación también tendría naturaleza jurisdiccional. Más aún, si con la citación se da inicio a la relación procesal²⁸¹ y se da a conocer al demandado el contenido de la demanda.

²⁷⁴ Ley de Arbitraje y Mediación. *Óp. Cit.* Artículo 31.

²⁷⁵ Código de Procedimiento Civil. Artículo 346. Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005.

²⁷⁶ Casarino Viterbo, Mario. *Manual de Derecho Procesal*. Tomo III. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2005, p. 106.

²⁷⁷ *Ibíd.*

²⁷⁸ Ley de Arbitraje y Mediación. *Óp. Cit.* Artículo 31.

²⁷⁹ Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito. *Caso Ezra Austern c. The Chicago Board Options Exchange*. Sentencia de 15 de marzo de 1990.

²⁸⁰ Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia de 26 de abril de 2000.

²⁸¹ *Ibíd.*

Por su parte, la recusación es tratada por nuestro Código de Procedimiento Civil como un “juicio de recusación”²⁸² de dónde se presenta su carácter eminentemente jurisdiccional y no se puede dejar de lado el hecho de que trata sobre una garantía del debido proceso como lo es el ser juzgado por un juez imparcial e independiente.²⁸³

En el caso *Jason et Al c. American Arbitration Association* la Corte Distrital de los Estados Unidos para Luisiana resolvió que la resolución sobre la no descalificación de un árbitro luego de un proceso de recusación implicaba el ejercicio de una función similar a la de los jueces, y por lo tanto, reconoció la inmunidad para la American Arbitration Association.²⁸⁴

En cuanto a la calificación de la demanda, de acuerdo al Art. 69 de nuestro Código de Procedimiento Civil “[p]resentada la demanda, la jueza o el juez examinará si reúne los requisitos legales”.²⁸⁵ Mediante la calificación a la demanda “efectivamente inicia el trámite del juicio”²⁸⁶ y su función es la de revisar los requisitos de admisibilidad presentes en la ley.²⁸⁷ Esta función es tan importante que una causa puede ser archivada si no se cumplen los requisitos de admisibilidad para que ésta pueda ser calificada.²⁸⁸ En el arbitraje esta función se desempeña por el Director de la institución arbitral.²⁸⁹ Así, podemos ver que el hecho de poder archivar una causa y de revisar el cumplimiento de requisitos de admisibilidad para dar inicio a un arbitraje, implica el ejercicio de una función jurisdiccional.

Debemos tomar en cuenta que algunas de las funciones que hemos mencionado se llevan a cabo de forma previa a que se constituya el tribunal arbitral, como lo son la calificación de la demanda y la citación. Asimismo, la recusación se resuelve por la

²⁸² Código de Procedimiento Civil. *Óp. Cit.* Sección 25a.

²⁸³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 76 no. 7 letra k). Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

²⁸⁴ Corte Distrital de los Estados Unidos para Luisiana. *Caso Jason et Al. c. American Arbitration Association*. Sentencia de 23 de mayo de 2002.

²⁸⁵ Código de Procedimiento Civil. *Óp. Cit.* Artículo 69.

²⁸⁶ Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia de 26 de abril de 2000. Gaceta Judicial Año CI, serie XVII, No. 3. p. 629.

²⁸⁷ Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia de 1 de septiembre de 2004. Gaceta Judicial Año CV, serie XVII, No. 15. p. 5025.

²⁸⁸ Código de Procedimiento Civil. *Óp. Cit.* Artículo 69.

²⁸⁹ Ley de Arbitraje y Mediación. *Óp. Cit.* Artículo 11.

institución arbitral cuando los árbitros no llegan a un acuerdo o cuando se recusa a todo el tribunal o en el caso de un arbitraje con un solo árbitro.²⁹⁰

Solo por estos motivos excepcionales, el centro debe desempeñar estas funciones jurisdiccionales, porque se ha reconocido que justamente la característica principal de un arbitraje administrado es contar con una institución que se encargue de los aspectos administrativos del arbitraje mientras que los árbitros desempeñan las funciones jurisdiccionales.²⁹¹ Es por esto que a la par de las funciones jurisdiccionales, existen otro tipo de funciones que se llevan a cabo por los centros de arbitraje, que revisten otro carácter.

2.1.2. Las funciones administrativas de las instituciones

Dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación y los reglamentos de funcionamiento de los centros se incluyen otro tipo de obligaciones para los centros. Estas son contar con elementos administrativos y técnicos necesarios para la conducción de los arbitrajes²⁹², archivar laudos y actas de mediación para la consulta y la expedición de copias certificadas²⁹³, y también cobrar los honorarios de los árbitros y establecer tarifas o métodos para su cálculo.²⁹⁴ Estas son las funciones propias de los centros: brindar apoyo para la conducción normal de un arbitraje.

Las funciones administrativas de los centros no tienen que ver con tareas que le serían encomendadas a un juez en un proceso de justicia ordinaria, sino con otros aspectos propios del arbitraje administrado, como lo es el cobro de los honorarios de los árbitros, las tarifas del centro, proporcionar las instalaciones y el personal necesario para la conducción de una audiencia, custodiar la evidencia y las grabaciones de las actuaciones, asistir la

²⁹⁰ Ley de Arbitraje y Mediación. *Óp. Cit.* Artículo 21.

²⁹¹ Redfern, Alan; Hunter, Martin; Blackaby, Nigel y Constantine Partasides. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres: Sweet and Maxwell, 2004, p. 225.

²⁹² Ley de Arbitraje y Mediación. *Óp. Cit.* Artículo 39.

²⁹³ Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 3 f).

²⁹⁴ Theiss, Wolf. "Arbitral Institutions and Arbitration Rules". Disponible en: http://www.wolftheiss.com/index.php/intro_arbinst-arbrules.html.

facturación de los honorarios y las tarifas institucionales, conseguir intérpretes en caso de necesitarse, entre otras.²⁹⁵

Dichas funciones no incluyen, y esta es la esencia de esta modalidad de arreglo de controversias, la decisión o resolución de la controversia; tal actividad es exclusiva del árbitro o árbitros pues las instituciones arbitrales no pueden actuar como árbitros, y, en consecuencia, no solucionan el conflicto planteado, sino que se limitan a facilitar los mecanismos y medios necesarios para que se desarrolle el arbitraje y los árbitros puedan practicar su actividad decisoria.²⁹⁶

Podemos concluir que las actividades administrativas son aquellas que no son exclusivas de un juez en la justicia ordinaria en el ejercicio de su poder jurisdiccional, por lo mismo, las obligaciones de resolver recusaciones, calificar la demanda, citar la demanda y notificar a las partes de las actuaciones del tribunal arbitral, no son parte de la función administrativa del centro.

Una vez que hemos analizado que existen algunas funciones desempeñadas por las instituciones arbitrales que poseen carácter jurisdiccional, corresponde analizar cuál es la responsabilidad que existe para los jueces en nuestro ordenamiento jurídico, para estudiar si cabría la posibilidad de demandar al centro por ese tipo de responsabilidad.

2.2. Responsabilidad de los jueces en la justicia ordinaria

En el *civil law* está reconocida la responsabilidad de los jueces y su antecedente data desde la época del Imperio Romano. En el Digesto se estableció que “el juez hace suyo el pleito cuando, con dolo malo sentencia en fraude de la ley pues el juez debe tener la equidad ante sus ojos (*aequitatem ante oculos habere debet Judex*)”.²⁹⁷ Este principio fue luego recogido en España en el Fuero Juzgo, el Fuero Real y las Siete Partidas.²⁹⁸ Asimismo, fue recogido por el Código de Napoleón.²⁹⁹

²⁹⁵ Levine, Judith. “The PCA & other international arbitral institutions: developments in Mauritius”. 2 de mayo de 2012. Disponible en: http://www.arbitration-icca.org/media/1/13371679808210/international_arbitral_institutions_and_their_developments_in_mauritius_judith_levine.pdf.

²⁹⁶ Fernández Rozas, José Carlos. “Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2776/14.pdf>. pp. 321-365, p.322.

²⁹⁷ Ulpiano. *Digesto*. Libro V, título I, Ley 15, párr.. 1.

²⁹⁸ Rizzo Romano, Alfredo H. “Responsabilidad Civil de los jueces y funcionarios judiciales. El punto de vista de un juez”. *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. 1936-2007*. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 1540.

²⁹⁹ *Id.* p. 1541.

Por el contrario, en el *common law* se ha reconocido la inmunidad de los jueces en el ejercicio de sus funciones.

En efecto, ya en *Yates v. Lansing* el juez Kent declaró que: “en toda ocasión que sometemos a los tribunales de la tierra a la degradación de la prosecución privada, limitamos su independencia y destruimos su autoridad”. En la misma dirección poco después se señalaría que de no existir esta inmunidad tuteladora de la autoridad judicial “ningún ser humano, más que un mendigo o tonto sería juez” (*Miller v. Hope*) y más tarde el juez Field declararía que “resulta un principio general de suprema importancia para la apropiada administración de justicia que un funcionario judicial resulte, en ejercicio de la autoridad que le ha sido conferida, libre para actuar conforme a sus propias convicciones, sin aprensión por las consecuencias personales que pudieran derivar para él. La responsabilidad a efectos de responder frente a cada uno que se pudiera sentir agraviado por la acción del juez, resultaría inconsistente con tal libertad, y destruiría la independencia sin la cual ninguna judicatura puede ser ni útil ni respetable” (*Bradley v. Fisher*).³⁰⁰

Pero ni siquiera en los Estados Unidos esta inmunidad es cien por ciento garantizada.

*Even though judicial immunity is considered absolute in the United States, courts have allowed parties to sue judges in certain narrow circumstances. Where judges have acted with a complete lack of jurisdiction, parties have been able to sue for malicious prosecution and abuse of process. Also, judges are not immune for non-judicial acts that are administrative or ministerial in nature.*³⁰¹

Así, se evidencia que existe un reconocimiento amplio sobre la responsabilidad de los jueces en el ejercicio de sus funciones.

Nuestro ordenamiento jurídico se aparta de la inmunidad y del sistema del *common law* y reconoce expresamente la posibilidad de que los jueces sean responsables por sus actuaciones. Esto se evidencia en la siguiente norma constitucional.

Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.³⁰²

Asimismo, el Código Orgánico de la Función Judicial reproduce este mismo principio de responsabilidad de los jueces.

³⁰⁰ Dalmacio Andrada, Alejandro. “Responsabilidad de los magistrados judiciales. Derecho Argentino”. *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. 1936-2007*. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 1554.

³⁰¹ Rasmussen, Matthew. “Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability... *Óp. Cit.* p. 1842.

³⁰² Constitución de la República del Ecuador. *Óp. Cit.* Artículo 172.

Art. 15.- Principio de Responsabilidad.- La administración de justicia es un servicio público que debe ser prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley.

En consecuencia, el Estado será responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, en virtud del recurso de revisión, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos en la forma señalada en este Código.³⁰³

Todas las servidoras y servidores de la Función Judicial, cualquiera sea su denominación, función, labor o grado, así como los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo. Serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones, según los casos prescritos en la Constitución, las leyes y los reglamentos.

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley.

Es importante recordar que en nuestro sistema jurídico se ha declarado que los jueces y árbitros son prestadores de un servicio público.³⁰⁴ Algunos autores encuentran el fundamento de la responsabilidad de los jueces justamente en esta calidad de servidores públicos que la ley les otorga.

El fundamento de este tipo de responsabilidad, aplicada a los funcionarios judiciales, ha sido analizado desde varios puntos de vista. Sin embargo, en todos ellos parece advertirse una consideración que destaca sobre las demás: su condición de servidores públicos.³⁰⁵

Asimismo, el autor ecuatoriano José García Falconí sostiene que “son responsables los jueces [...] porque son funcionarios o agentes del servicio público de administrar justicia”.³⁰⁶

Y esto lo entienden debido a que el servicio que prestan involucra resoluciones que afectan “cuestiones esenciales de la vida, la libertad y el patrimonio de los ciudadanos.”³⁰⁷ Por ello, nuestros sistemas de derecho continental han elegido apartarse de la inmunidad reconocida por el *common law*.

³⁰³ Código Orgánico de la Función Judicial. *Óp. Cit.* Artículo 15.

³⁰⁴ *Id.* Artículo 17.

³⁰⁵ Moreno, Juan Damián. *Introducción al sistema judicial español. Óp. Cit.* pp. 61 y 62.

³⁰⁶ García Falconí, José. *La demanda civil de daños y perjuicios y daño moral por responsabilidad subjetiva en contra de los jueces fiscales y defensores públicos.* Quito: Ediciones Rodin, 2010, p. 153.

³⁰⁷ Moreno, Juan Damián. *Introducción al sistema judicial español. Óp. Cit.* p. 62.

[P]ensamos que los peligros y riesgos de la actividad judicial son el correlato necesario de la dignidad del cargo del juez y de las responsabilidades ajenas a ese cargo. A él le está confiada la protección del honor, de la vida y de los bienes de sus conciudadanos. [...] Pero la eminencia de los bienes que le han sido encomendados agiganta su responsabilidad.³⁰⁸

Además, nuestra legislación recoge causales específicas por las que los jueces son responsables. Se limita al retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de ley.³⁰⁹ Y esto responde a la necesidad de equilibrar la imparcialidad e independencia que deben tener los jueces protegida por la inmunidad con la responsabilidad a la que están sujetos, pues tampoco sería deseable que los jueces respondan por todos los supuestos sino solo por algunos específicamente contemplados en la ley.³¹⁰

El interés general impone necesariamente una solución combinada y equilibrada: no es conveniente que la responsabilidad personal del funcionario sea siempre descartada o encubierta, pues esa ausencia de sanción estimularía sus negligencias; pero sería igualmente inconveniente que una responsabilidad excesiva y automática pusiera en peligro de paralizar sus iniciativas o aún de impedir su disposición a participar en el servicio.³¹¹

Por ejemplo, para el profesor Luigi Ferragioli “establecer un sistema de responsabilidad civil amplio para los jueces es una idea perversa”.³¹² Por ello, solamente responden por las causales determinadas expresamente en la ley.

Debemos tener en cuenta que además de que el juez cometa una de las conductas anteriores, deben necesariamente cumplirse los demás requisitos de la responsabilidad civil, que son el daño, la culpa o dolo, y el nexo causal, y no debe existir ningún eximente de responsabilidad, como estudiaremos luego. Esto evita la proliferación de demandas frívolas que solo entorpecen el sistema judicial.

[Los] supuestos de la legislación son casos de obligaciones legales, que generan responsabilidad extracontractual. Al no existir, como se verá, vínculo contractual alguno entre el magistrado o funcionario judicial presuntamente responsable del perjuicio causado y el damnificado, será en este último espectro, es decir, el de la responsabilidad

³⁰⁸ Dalmacio Andrada, Alejandro. “Responsabilidad de los magistrados judiciales... *Óp. Cit.* p. 1554.

³⁰⁹ Código Orgánico de la Función Judicial. *Óp. Cit.* Artículo 15.

³¹⁰ Dalmacio Andrada, Alejandro. “Responsabilidad de los magistrados judiciales. *Óp. Cit.* p. 1555 y 1556.

³¹¹ García Falconí, José. *La demanda civil de daños y perjuicios...* *Óp. Cit.* p. 150.

³¹² Ferragioli, Luigi en García Falconí, José. *La demanda civil de daños y perjuicios...* *Óp. Cit.* p. 150.

extracontractual, en que se regirá la responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios judiciales.³¹³

Es por esto que, si analizamos a las funciones de los centros de arbitraje y mediación como jurisdiccionales, nos encontramos en el campo de la responsabilidad civil extracontractual (aquiliana³¹⁴) por cuatro supuestos específicos: retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de ley.

2.2.1. Retardo injustificado

El deber de no retardar injustificadamente la resolución de una controversia se encuentra en el Art. 128 numeral 5 del Código Orgánico de la Función Judicial.³¹⁵ Asimismo, el principio de celeridad se encuentra consagrado en dicho cuerpo normativo.

Art. 20.- Principio de Celeridad.- La administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido. Por lo tanto, en todas las materias, una vez iniciado un proceso, las juezas y jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte, salvo los casos en que la ley disponga lo contrario.

El retardo injustificado en la administración de justicia, imputable a las juezas, jueces y demás servidoras y servidores de la Función Judicial y auxiliares de la justicia, será sancionado de conformidad con la ley.³¹⁶

De este supuesto se desprende que el retardo debe ser injustificado para demostrar responsabilidad. Así, en casos en los que han existido eximentes de responsabilidad, como lo son el caso fortuito o la fuerza mayor, no generan el deber de indemnizar a los jueces, y en nuestro caso, al centro de arbitraje y mediación.

Las obligaciones que mencionamos como jurisdiccionales que son la citación y la notificación de las actuaciones procesales del tribunal arbitral, la calificación de la demanda, la resolución de una recusación, todas pueden ser retardadas injustificadamente por la institución arbitral. Éste sería uno de los supuestos en los que puede demandarse a la institución arbitral, siempre que se cumplan con los demás requisitos para que proceda la responsabilidad extracontractual que analizaremos posteriormente.

³¹³ Tawil, Guido Santiago. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1993, pp. 166 y 167

³¹⁴ Dalmacio Andrada, Alejandro. "Responsabilidad de los magistrados judiciales. *Óp. Cit.* p. 1560.

³¹⁵ Código Orgánico de la Función Judicial. *Óp. Cit.* Artículo 128 numeral 5.

³¹⁶ Código Orgánico de la Función Judicial. *Óp. Cit.* Artículo 20.

2.2.2. Negligencia

“La negligencia es el descuido con que el agente realiza sus actividades”.³¹⁷ La negligencia es una especie de culpa³¹⁸ e implica “no tomar las debidas precauciones sea en actos excepcionales, ora en los de la vida ordinaria”.³¹⁹

La negligencia aparece cuando el sujeto omite la realización de un acto que habría evitado el resultado dañoso. Es aquella omisión más o menos voluntaria pero consciente de la diligencia que hubiere correspondido hacer de modo tal que no llegara a producir el efecto perjudicial. En suma, la negligencia manifestada del autor del hecho lesivo se produce cuando habiendo motivos para prever el perjuicio que acontecería, no actúa con suficiente diligencia para evitarlo.³²⁰

En nuestro caso, un actuar negligente por parte de los centros de arbitraje y mediación podría darse, por ejemplo, en no realizar un análisis cuidadoso de la información que las partes y el árbitro entregan para el caso en que deba resolverse una recusación. También podría darse el caso de que no hubo un seguimiento al hecho de que en efecto se haya dado una citación o notificación; o revisar los requisitos de admisibilidad de la ley de una forma descuidada que impliquen un perjuicio para el actor porque se le deniegue trámite a una demanda que sí cumple con los requisitos; o para el demandado si no se le citó con la demanda.

Como mencionamos anteriormente, es necesario que se cumplan todos los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual para que se genere el deber de indemnizar por un descuido en el ejercicio de las funciones de la institución arbitral.

2.2.3. Denegación de justicia

Respecto de [la] denegación de justicia, este tipo de infracción se produce cuándo (sic.) él (sic.) juzgador no cumple con su obligación jurisdiccional, negándose a administrar justicia, pues tanto la Constitución y la ley, establecen que las juezas y jueces fallarán en las causas que sean puestas en su conocimiento y no se abstendrán de administrar justicia, ni aún bajo el pretexto de falta de ley.³²¹

³¹⁷ Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Bogotá: Legis, 2008, p. 227.

³¹⁸ *Ibíd.*

³¹⁹ Jiménez Asúa, Luis en Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil. Óp. Cit.* Tomo I. p. 228.

³²⁰ Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Caso Comité "Delfina Torres Vda. de Concha" c. PetroEcuador y otros*. Sentencia de 29 de octubre del 2002.

³²¹ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. *Caso Geovanny Petrilli D'Agostini c. Alfredo Oramas González y otros*. Sentencia de 1 de junio de 2010.

En conjunto con esta definición, debe tenerse en cuenta que un principio de nuestra Constitución es el no sacrificar la justicia por formalidades.³²² Además, el deber de administrar justicia se encuentra consagrado en el Art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, que les prohíbe excusarse de resolver por ausencia de norma y oscuridad de la ley.³²³

Asimismo, debe tomarse en cuenta que la denegación de justicia es un concepto amplio y vago, que en principio abarca muchos supuestos, por lo que debe interpretarse y estudiarse caso por caso.³²⁴ Un caso de denegación de justicia claro es la falta de un fallo definitivo sobre la materia puesta a conocimiento de una autoridad, que resuelve ciertos puntos pero que no se pronuncia sobre lo principal de la controversia y ello debe afectar severamente el derecho de alguna de las partes.³²⁵

Un ejemplo de denegación de justicia por parte del centro de arbitraje sería la negativa de dar trámite a la demanda por algún requisito que no se encuentre en la legislación o negarse a resolver la recusación por algún motivo infundado.

2.2.4. Quebrantamiento de ley

Finalmente, tenemos el caso de quebrantamiento de ley, que se explica por sí sola. El deber de fallar conforme al ordenamiento jurídico se encuentra prescrito por el Art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial.³²⁶ Lo único que debe agregarse es que no cualquier quebrantamiento a la ley es suficiente, debe existir un perjuicio real, de conformidad con las normas generales de la responsabilidad civil.

Un ejemplo de ello podría ser resolver la recusación en transgresión al principio de contradicción o al debido proceso.

³²² Constitución de la República del Ecuador. *Óp. Cit.* Artículo 169.

³²³ Código Orgánico de la Función Judicial. *Óp. Cit.* Artículo 28.

³²⁴ Paulsson, Jan. *Denial of Justice in International Law*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2005, p. 68.

³²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Salvador Chiriboga c. Ecuador*. Caso No. 222. Sentencia de 3 de marzo de 2011.

³²⁶ Código Orgánico de la Función Judicial. *Óp. Cit.* Artículo 28.

2.3. Requisitos para que se configure la responsabilidad extracontractual

Como ya analizamos anteriormente, los centros de arbitraje y mediación solamente responderían por los casos específicamente determinados en la ley. Pero, adicionalmente a la demostración de que ha sucedido alguno de esos supuestos, quien ha sufrido el perjuicio debe probar que se configuran los demás requisitos de la responsabilidad extracontractual. Estos requisitos son:

1. La culpa o el dolo de parte del autor;
2. La imputabilidad o capacidad delictual;
3. El daño; y
4. La relación de causalidad entre el hecho culposo o doloso y el daño.³²⁷

Nuestra jurisprudencia también ha identificado algunos de estos requisitos.

“Para la responsabilidad civil extracontractual deben reunirse estos tres presupuestos o elementos: 1. Un daño o perjuicio, material o moral; 2. Una culpa, demostrada o preexistente; y, 3. Un vínculo, de causalidad entre el uno y el otro.”³²⁸ En la enumeración anterior falta la capacidad, pero de todas formas lo analizaremos a continuación.

2.3.1. La culpa o el dolo de la institución arbitral

En primer lugar, esta responsabilidad es subjetiva, porque debe probarse la existencia de culpa o dolo de la institución arbitral.

La responsabilidad civil extracontractual, en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración. La culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia.³²⁹

Así, se demuestra que la responsabilidad subjetiva es la regla general, y la objetiva solamente opera en determinados casos expresados en la ley. Al no existir una

³²⁷ Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de Derecho Civil*. Tomo IV. Santiago de Chile: Nascimento, 1993, p. 861.

³²⁸ Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Caso Comité "Delfina Torres Vda. de Concha" c. PetroEcuador y otros*. Sentencia de 29 de octubre del 2002.

³²⁹ *Ibíd.*

determinación sobre si la responsabilidad de los jueces es objetiva o subjetiva en nuestro ordenamiento jurídico, partimos de la regla general que es la responsabilidad subjetiva.

El autor ecuatoriano José García Falconí opina lo siguiente:

Hay que recordar que, al asumir los profesionales del derecho las funciones de juez, fiscal o defensor público, adquieren una responsabilidad de tipo personal frente a las partes procesales, que son titulares del derecho al resarcimiento del daño y por tanto legitimado (sic.) para ejercitar la acción del Art. 34, pero para que se produzca esta responsabilidad subjetiva es menester la existencia de dolo o culpa de estos funcionarios judiciales.³³⁰

Otros doctrinarios de otros países también han considerado que se trata de una responsabilidad subjetiva al sostener que para que el juez responda debe haber actuado con malicia.³³¹

[L]a responsabilidad civil de los magistrados participa – a diferencia de ciertos supuestos de responsabilidad estatal – del factor subjetivo de atribución, esto quiere decir que es imprescindible encontrar la presencia del factor intencional que varía su intensidad según se hable de la comisión de delitos (dolo) o cuasidelitos (culpa o negligencia), y que a su vez incurran en errores inexcusables que se traduzcan en el cumplimiento irregular de sus funciones.³³²

Ha quedado claro que este es un caso de responsabilidad subjetiva, por lo que debe existir dolo o culpa.

Para que un hecho o una omisión que causa daño engendren responsabilidad delictual, es indispensable que el hecho o la omisión haya sido ejecutado con dolo o culpa, porque, dentro del sistema de nuestro Código, son éstos, elementos esenciales de la responsabilidad que estudiamos, y si faltan, ella no existe.

El dolo o malicia es la intención positiva de inferir injuria en la persona o propiedad de otro.

La culpa es aquella falta de diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actividades o negocios propios.

Tanto la culpa como el dolo pueden ser positivos o negativos, según consistan en un hecho o en una abstención.³³³

Para el caso de la culpa, no existe una gradación, pues ésta corresponde solamente a la materia contractual.³³⁴ Nuestro Código Civil se refiere a que la culpa, sin otra calificación,

³³⁰ García Falconí, José. *La demanda civil de daños y perjuicios... Óp. Cit.* p. 154.

³³¹ Dalmacio Andrada, Alejandro. “Responsabilidad de los magistrados judiciales... Óp. Cit.” p. 1563.

³³² Buffarini, Paula. “Responsabilidad civil de los jueces por daño moral”. *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. 1936-2007*. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 1576.

³³³ Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Contratos*. Tomo II. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1992, p. 861.

³³⁴ *Id.* p. 866.

es equivalente a la culpa leve y no a las demás.³³⁵ Por ello, al existir solamente una referencia en la responsabilidad extracontractual a la culpa en general, consideramos que no se responde por culpa levísima. Por culpa grave también se responde dado que en materia civil, es equivalente al dolo.³³⁶

No obstante, por la importancia de las funciones que ejercen y por el grado de profesionalidad que se le exige a un magistrado

el patrón comparativo utilizable a fin de reconocer la existencia o inexistencia de culpa en el ejercicio de sus funciones resulta, incluso – al igual que en el del resto de los profesionales – más estricto que el del paterfamilias utilizado respecto de los particulares en general [...].

El patrón comparativo a utilizar deberá ser, pues el del buen profesional, exigiéndosele al presunto responsable el normal y usual grado de conocimientos de un profesional del derecho, o en su caso, de un magistrado.³³⁷

Por esto, el estándar de culpa para los centros de arbitraje y mediación es leve, pero en comparación a los profesionales del área, por ello, el cuidado que deben prestar en el ejercicio de sus funciones, será el ordinario que otros profesionales de la materia también le otorguen.

De esta forma, basta con que se demuestre que ha existido culpa leve o dolo por parte de la institución arbitral, para que este requisito esté cumplido.

2.3.2. La capacidad

La imputabilidad subjetiva del hecho supone que el autor tenga algún grado mínimo de aptitud de deliberación para discernir lo que es correcto y lo que es riesgoso. Por eso, la capacidad constituye la más básica condición subjetiva de imputabilidad en la responsabilidad civil.³³⁸

La capacidad requerida para la responsabilidad extracontractual es más amplia que la contractual, y también se define en términos negativos.³³⁹ Así, nuestro Código Civil en su Art. 2219 define quienes no son capaces de cometer un delito o cuasidelito. “No son capaces de delito ni cuasidelito los menores de siete años, ni los dementes; pero serán

³³⁵ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 29.

³³⁶ *Ibid.*

³³⁷ Tawil, Guido Santiago. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados... Óp. Cit.* pp. 192 y 193.

³³⁸ Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2010, p. 66.

³³⁹ *Ibid.*

responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia.”³⁴⁰

Este requisito sí se cumple en nuestro caso porque las instituciones arbitrales tienen capacidad, como analizamos en el capítulo anterior, a través de la institución que las organiza, que puede ser una cámara de comercio o una fundación, o también está el caso en que son personas jurídicas en sí mismas.³⁴¹ No se trata ni de un menor de 7 años ni de un demente como para no ser imputables ni responder extracontractualmente.

Algunos de los funcionarios del centro poseen relación de dependencia con éste. Por los delitos y cuasidelitos cometidos por ellos también responde el centro, siempre y cuando por su autoridad, hubiera podido impedir el cometimiento del hecho dañoso.³⁴² Si no, los funcionarios bajo relación de dependencia pueden ser demandados personalmente. En cambio, quienes no están bajo relación de dependencia pueden siempre ser demandados personalmente por los perjudicados.

Puede existir discusión en cuanto a si una persona jurídica puede ser responsable extracontractualmente.

Si se exige voluntad humana para generar responsabilidad, surge el problema de la posibilidad de que respondan las personas jurídicas. Para la doctrina que ve en la persona jurídica una mera ficción, no cabe hablar de responsabilidad de ella, puesto que, al carecer de voluntad propia, no podría incurrir en ilicitudes. La ficción sólo puede alcanzar los fines lícitos del ente. Los daños ilícitos no pueden ser imputables a la persona jurídica, sino únicamente a las personas naturales que la integran, que tienen voluntad real, no fingida, y que por lo tanto pueden delinquir.

Para la teoría de la realidad de la persona jurídica, ésta si tiene un espíritu y una voluntad propia, y por lo tanto no puede excluirse que a la voluntad del ente colectivo, manifestada de acuerdo con su forma de existir, le sea atribuido un daño ilícito que debe ser reparado con cargo al patrimonio de la misma persona jurídica, y no al de sus integrantes individuales.³⁴³

Concuerdo con la segunda tesis. Esto se debe a que las instituciones arbitrales actúan como una institución y sus funcionarios la representan, así por ejemplo, si existe negligencia por parte del personal de la institución, esta es una conducta perfectamente atribuible a la persona jurídica que organiza la institución arbitral.

³⁴⁰ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2219.

³⁴¹ *Vid. Supra.* Sección 1.2.4.

³⁴² Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2220.

³⁴³ Figueroa Yáñez, Gonzalo. *Curso de Derecho Civil.* Tomo IV. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2012, p.93

2.3.3. El daño

En materia civil, no hay responsabilidad del agente sin daño comprobado en la víctima. En efecto, la inexistencia de perjuicio torna en abstracta la cuestión pues no hay nada que reclamar y, en consecuencia, no hay acción legal deducible [...]. Es por ello que este presupuesto es la clave de la responsabilidad y es requisito *sine qua non* para la imputación de aquélla.³⁴⁴

Pero no basta con que se haya producido un daño, pues éste debe ser indemnizable o resarcible para generar el deber de indemnizar para quien lo ocasionó.³⁴⁵

Daño resarcible es aquél “concebido como la lesión o agravio a un interés jurídico o como el resultado o consecuencia de la vulneración a un interés”.³⁴⁶ Se ha considerado muy restringida la noción de que necesariamente debe existir un derecho subjetivo vulnerado, y se optó por reconocer que el daño a un interés jurídico es suficiente.³⁴⁷

“[B]ien es todo lo que puede satisfacer una necesidad humana, el interés es entendido como la posibilidad de que una necesidad, experimentada por uno o varios sujetos determinados, sea satisfecha mediante un bien”.³⁴⁸

Esta es la noción de interés que vamos a considerar, un interés de satisfacer una necesidad mediante un bien. Pero este interés debe encontrarse tutelado de alguna forma por el derecho para considerarse legítimo.³⁴⁹

Basta que se acredite un perjuicio a un interés legítimo para que se genere la obligación de indemnizar. Así, si el perjudicado demuestra que la institución arbitral le ha irrogado un perjuicio a un interés jurídico, tendrá derecho a ser indemnizado.

Finalmente “el daño resarcible debe ser cierto, real y efectivo. No se indemniza aquel daño que presenta caracteres de incierto, hipotético o eventual.”³⁵⁰ Por esto, el perjudicado debe demostrar la existencia de un daño cierto ocasionado por la institución arbitral, aunque, como veremos posteriormente, la extensión de la indemnización se vea reducida por encontrarnos en una hipótesis de pérdida de chance o pérdida de una oportunidad.

³⁴⁴ Fernández Madero, Jaime. *Derecho de Daños. Nuevos Aspectos Doctrinarios y Jurisprudenciales*. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 43.

³⁴⁵ Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Lección Tercera: Los elementos de la responsabilidad extracontractual. “La nocividad. El daño”. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2011, pp. 137-179. p.138.

³⁴⁶ Dalmacio Andrada, Alejandro. “Responsabilidad de los magistrados judiciales... *Óp. Cit.* p. 1565.

³⁴⁷ Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. *Óp. Cit.*, p. 139.

³⁴⁸ *Ibíd.*

³⁴⁹ *Id.* p. 140.

³⁵⁰ *Id.* p. 142.

2.3.4. La relación de causalidad

Finalmente, el último requisito es que exista un nexo causal entre el daño y el hecho realizado por el autor del daño. “No existe responsabilidad por daños si no se verifica el presupuesto de la relación de causalidad”.³⁵¹

En torno al criterio de apreciación para saber cuándo existe relación de causalidad entre un hecho y un daño se han formulado tradicionalmente distintas doctrinas entre las que no es ocioso recordar la teoría de la equivalencia de las condiciones, la doctrina de la causa próxima, la tesis de la condición preponderante, el criterio de la causa eficiente y la teoría de la causa adecuada.³⁵²

No vamos a entrar al análisis de las distintas teorías para determinar el nexo causal, pues son muchas y muy complejas, y corresponderá al interesado en plantear una demanda de responsabilidad extracontractual en contra de una institución arbitral, la obligación de probar la existencia de este nexo a través de alguna de las teorías.

2.4. Eximentes de responsabilidad

A la par con la responsabilidad, existen circunstancias en las que una persona que provoca un daño no tiene la obligación de indemnizarlo.

De los principios generales del Derecho Civil se desprende que siempre que exista un daño y éste no se deba a dolo o culpa de su autor, opera una causa eximente de responsabilidad civil, por cuya virtud el hechor queda liberado de la obligación de resarcir el perjuicio.

Las principales circunstancias eximentes son:

1. El caso fortuito o la fuerza mayor
2. La culpa de la víctima
3. El hecho de un tercero
4. La violencia física y moral³⁵³

Analizaremos cada una de estas circunstancias.

³⁵¹ Dalmacio Andrada, Alejandro. “Responsabilidad de los magistrados judiciales... *Óp. Cit.* p. 1564..

³⁵² *Ibíd.*

³⁵³ Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de Derecho Civil. Óp. Cit.* Tomo IV. p. 882.

2.4.1. El caso fortuito y la fuerza mayor

En el Art. 30 de nuestro Código Civil se define al caso fortuito y la fuerza mayor. “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.”³⁵⁴ Nuestra legislación no distingue entre caso fortuito y fuerza mayor, a pesar de que en doctrina sí se debaten sus diferencias. No vamos a hacer ninguna diferenciación entre estos conceptos para nuestro estudio, por lo que los utilizaremos indistintamente.

“El caso fortuito para producir efectos liberatorios debe reunir copulativamente los requisitos de tratarse de un inconveniente imprevisto que, además, sea imposible resistir, constituyendo un impedimento insuperable e invencible.”³⁵⁵ Como mencionamos en el capítulo anterior, la justificación de este eximente de responsabilidad es que nadie está obligado a lo imposible.³⁵⁶

De esta forma, si la institución arbitral se encuentra en este eximente de responsabilidad, puede exonerarse del cumplimiento de la obligación de indemnizar. Esto puede suceder si por ejemplo, se producen demoras en la citación o notificación si previamente ha habido un incendio en las instalaciones del centro, que le sea inimputable, y que haya dificultado el trabajo de la institución.

2.4.2. La culpa de la víctima

Para empezar, “[s]i el daño se debe exclusivamente a la imprudencia de la víctima, no hay para el autor responsabilidad alguna. Pero si el daño se debe tanto a la culpa del autor como a la de la víctima, la responsabilidad de aquél subsiste atenuada”.³⁵⁷

De este primer concepto, se concluye que existen dos hipótesis posibles: la primera que el daño sea imputable exclusivamente a la víctima y la segunda que se deba en parte a su culpa y en parte a centro de arbitraje. La diferencia existente entre ambos es

³⁵⁴ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 30.

³⁵⁵ Tavolari Oliveros, Raúl. *Jurisprudencias esenciales. Derecho Civil.* Tomo I. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2010, p. 894.

³⁵⁶ *Vid. Supra.* Sección 1.7.9.2.

³⁵⁷ Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de Derecho Civil. Óp. Cit.* Tomo IV. p. 883.

fundamental pues en la primera existe un verdadero eximente de responsabilidad y en la segunda solamente una atenuación o disminución de la indemnización. Así lo ha reconocido nuestro Código Civil en el Art. 2230. “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.³⁵⁸

Creemos que este eximente es uno de los que más cabida tiene en el supuesto en el que estamos por los siguientes motivos. Para que proceda una demanda en contra del centro la víctima debe haber utilizado los recursos que le concede la ley en contra de la resolución que le agravia.³⁵⁹ “Para estos supuestos los afectados tienen a mano el arsenal de medidas recursivas que permiten acceder a instancias de revisión o revocatoria que, en casos de error, hagan factible la anulación del acto lesivo”.³⁶⁰

Por ejemplo, si no ha existido citación de la demanda pero el centro erróneamente registra que sí existió, lo lógico es que el demandado plantee una acción de nulidad del laudo para lograr dejarlo sin efecto y que los daños no continúen produciéndose. Si en cambio, decide no presentarla y el daño se agrava, el centro de arbitraje no debe responder por la totalidad de éste, dado que, contando con un recurso legal, la víctima contribuyó a que el daño aumente. La institución arbitral no puede ser demandada por el descuido de una de las partes y la falta de interposición de recursos a tiempo, sino solo por los daños que le son imputables a su actuación.

Es preciso añadir en cuanto a la culpa de la víctima, el hecho de que existe un deber general de buena fe inherente a todas las actuaciones de las personas, que obligaría a la víctima a tratar de mitigar los daños ocasionados.³⁶¹ El deber de mitigar los daños puede resumirse así: “el demandante no puede pedir al demandado la reparación de un daño que pudo razonablemente haber evitado”.³⁶² Si bien, este es un concepto originario del derecho anglosajón, considero que es aplicable en la medida en que la víctima debe tratar de no contribuir a que el daño continúe. Y una forma de hacerlo es precisamente haciendo uso de

³⁵⁸ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2230. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

³⁵⁹ Tawil, Guido Santiago. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados... Óp. Cit.* p. 201.

³⁶⁰ Vanossi, Jorge Reinaldo. “La Responsabilidad de los jueces por actos inherentes a sus funciones”. *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. 1936-2007*. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 1569.

³⁶¹ Gamboa Mahecha, Eduardo. “La carga de mitigar los daños en el régimen colombiano de responsabilidad civil extracontractual”. *Revista de Derecho Privado*. Universidad de los Andes. Enero-junio de 2014. pp. 1-23, p. 4.

³⁶² *Ibíd.*

los recursos que la ley le concede para evitar que las resoluciones perjudiciales continúen en vigencia.

2.4.3. El hecho de un tercero

“Si una persona causa un daño por obra exclusiva de un tercero, responde éste último, el autor indirecto, y no aquélla”.³⁶³ El hecho de un tercero es otra hipótesis clara de eximente de responsabilidad. Si, por ejemplo, el tribunal arbitral extravió el expediente de la controversia y hasta que se logre ubicarlo la institución arbitral no puede resolver sobre la recusación, el retraso no es imputable a la institución sino al tribunal, por lo que no sería responsable de retardo injustificado.

2.4.4. La violencia física o moral

“De acuerdo con los principios de la teoría clásica, el que causa un daño por obra de una violencia física o moral, está exento de responsabilidad civil; el daño no puede serle imputado porque no ha actuado en virtud de una libre determinación de su voluntad”.³⁶⁴ Esto podría suceder si es que existe fuerza física o moral en contra de alguno de los trabajadores de la institución arbitral. Esta fuerza podría provenir del tribunal arbitral, de las partes o de algún tercero.

Así, podemos pensar en el ejemplo de que una de las partes amenace al director del centro para que no notifique sobre una audiencia a la contraparte y ésta no puede ejercer su derecho a la defensa ni a la contradicción. En este caso existiría un caso de quebrantamiento de ley en el que no habría responsabilidad por parte de la institución arbitral.

³⁶³ Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de Derecho Civil. Óp. Cit.* Tomo IV. p. 883.

³⁶⁴ *Id.* pp. 883 y 884.

2.5. Extensión de la indemnización

“Hoy nadie discute que todo el daño producido como consecuencia de un mal o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia debe ser reparado.”³⁶⁵ Pero lo que siempre se discute es cuál debe ser el alcance de esta indemnización.

La reparación

tiene en consideración el valor que en tal momento subsistiría en el patrimonio del perjudicado si el daño no se hubiese producido, por lo que se pretende crear, por mediación del resarcimiento a favor del perjudicado, una situación correspondiente a aquella que existiría de faltar el daño ocasionado.³⁶⁶

En el capítulo anterior mencionamos que en la responsabilidad contractual existe una diferencia del alcance de la indemnización dependiendo de si el incumplimiento fue doloso o culposo.³⁶⁷ Esta distinción no existe en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Esto se debe a que el Art. 2229 del Código Civil prescribe: “todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”. La expresión genérica “todo daño” demuestra que no existe diferencia en lo que involucra la indemnización dependiendo del dolo o de la culpa. Recordemos que en la responsabilidad contractual el dolo provocaba que se responda por todos los daños como consecuencia de su incumplimiento y cuando había culpa solamente los daños previsibles. Esa distinción no tiene cabida en la responsabilidad extracontractual en la que se responde por todo el daño consecuencia del delito o cuasidelito civil.

La reparación debe ser integral.

En lo que al perjuicio indemnizable se refiere, la reparación debe ser plena, resultando de aplicación las normas y construcciones clásicas del derecho privado.

Así, resulta indiscutible que en el supuesto de responsabilidad civil de los magistrados y funcionarios judiciales, ellos deberán responder no sólo por el daño material producido, sino también por el perjuicio moral causado en forma similar a lo que acontece en los restantes supuestos reconocidos en el derecho privado.³⁶⁸

La reparación debe incluir tanto al daño material como al moral. Y dentro de la esfera del daño material, al daño emergente y al lucro cesante.

³⁶⁵ Rizzo Romano, Alfredo H. “Responsabilidad Civil de los jueces... *Óp. Cit.* p. 1543.

³⁶⁶ Zannoni, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1993, pp. 244 y 245

³⁶⁷ *Vid. Supra*. Sección 1.7.4.

³⁶⁸ Tawil, Guido Santiago. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados... Óp. Cit.* p. 200.

El daño material, con menoscabo del patrimonio material en sí mismo, puede dividirse en daño emergente y lucro cesante. El primero es la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, con un empobrecimiento del patrimonio, que es el perjuicio efectivamente sufrido. El segundo implica la frustración de ventajas económicas esperadas, o sea, la pérdida de ganancias de las cuales se ha privado al damnificado. El daño moral es todo sufrimiento o dolor que se padece independientemente de cualquier repercusión de orden patrimonial material. Se traduce en la lesión a las afecciones ínfimas del damnificado. Daño moral es el que lesiona el conjunto de facultades del espíritu, o como se suele denominar usualmente, aunque con cierta impropiedad, el "patrimonio moral del damnificado, o sea al conjunto de aquellas características o condiciones que dan forma a la personalidad, todos los activos intelectuales y espirituales de las cuales se ha ido nutriendo la persona en el transcurso de los años."³⁶⁹

De acuerdo al Art. 34 del Código Orgánico de la Función Judicial se puede plantear indemnización de perjuicios por daño moral en contra de los jueces³⁷⁰, reconociendo el principio general de la responsabilidad extracontractual del Art. 2232 del Código Civil que permite la indemnización del daño moral.³⁷¹ Esta es una diferencia con la responsabilidad contractual. No vamos a entrar al debate sobre si cabe la indemnización por daño moral en los casos de responsabilidad contractual, pero si se acepta la tesis de que no es posible, esta es una diferencia fundamental entre la responsabilidad contractual y extracontractual.

Todos estos daños deben ser acreditados por el perjudicado por la actuación de la institución arbitral. Pero, debe existir una aclaración final. Habíamos mencionado que la extensión de la indemnización se reduciría en este caso pues nos encontramos frente a una hipótesis de pérdida de una chance.

Pero lo que ha de quedar bien en claro es una cosa: la víctima del error judicial en la mayoría de supuestos, habrá perdido sólo una "chance". No puede asegurarse que el acierto del magistrado le hubiera llevado seguramente al éxito en el pleito. Entonces, su perjuicio, únicamente como "chance" ha de ser reparado.³⁷²

A la luz de la referencia anterior, es claro que nos encontramos ante un caso de pérdida de una chance. Esto se debe a que si por ejemplo, existe una denegación de justicia porque la institución arbitral se negó a calificar la demanda o a resolver la recusación, ello no quiere decir que necesariamente el laudo hubiera favorecido al perjudicado. O por ejemplo, el que no se le haya citado afecta el derecho a la contradicción pero no puede saberse con certeza que si el demandado hubiera comparecido, el laudo hubiese sido favorable para él. En todos estos casos ha existido una privación de una oportunidad.

³⁶⁹ Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Caso Comité "Delfina Torres Vda. de Concha" c. PetroEcuador y otros*. Sentencia de 29 de octubre del 2002.

³⁷⁰ Código Orgánico de la Función Judicial. *Óp. Cit.* Artículo 28.

³⁷¹ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2232.

³⁷² Dalmacio Andrada, Alejandro. "Responsabilidad de los magistrados judiciales... *Óp. Cit.* p. 1566.

Este concepto sí representa un interés jurídico legítimo susceptible de ser indemnizado. “Sí existe un daño cierto que es jurídicamente resarcible en los casos de pérdida de una chance, porque justamente el daño cierto es la frustración de la oportunidad de postularse para obtener un beneficio.”³⁷³ Ese es el interés legítimo, una oportunidad que le fue privada al perjudicado que pudo haber cambiado el resultado.

De tal suerte enfatizamos que la frustración de la chance queda configurada cuando se obstaculiza a la víctima – a través del accionar ilícito – de ser partícipe de un acontecimiento en el cual tenía ocasión, y por ende le representaba una conveniencia patrimonial – aun sin resultado cierto – pero que guarda una probabilidad en grado serio.³⁷⁴

El hecho de que afirmemos que esta es una hipótesis de pérdida de una chance implica que “la valoración del monto por el daño y su cuantía se determina por la pérdida de la oportunidad, lo que tendrá una connotación – vale aclarar- naturalmente inferior”.³⁷⁵ “Resulta por ende jurídicamente reconocible si consideramos que no se indemniza el beneficio esperado. Lo que se procura reparar es la pérdida, en base al (sic.) conocimiento cierto sobre el que se establece el juicio de probabilidad realizado por el magistrado”.³⁷⁶

Se parte de la base del daño sufrido³⁷⁷, en nuestro caso, los costos del arbitraje y la condena del demandado o la pérdida de la ganancia del actor. Luego, se requiere un cálculo que determine la probabilidad de éxito que tenía de no habersele privado de la oportunidad al perjudicado, que es un cálculo complejo porque involucra el tomar en cuenta la incidencia de otros factores para que el daño se produzca.³⁷⁸ Ese porcentaje se utiliza para disminuir el valor del daño sufrido. Por ejemplo, si las probabilidades de éxito del actor eran del 40% entonces sobre la ganancia que no obtuvo se calcula el 40% y ese es el monto a pagarse.

El perjudicado debe demostrar el daño que alega, sea material o moral, y ello deberá ser tomado en cuenta por quien juzgue la controversia a la luz de los conceptos de la pérdida de chance, analizando las probabilidades reales de éxito que hubiese tenido el perjudicado de no habersele negado la oportunidad.

³⁷³ Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Óp. Cit. p. 142.

³⁷⁴ Fernández Madero, Jaime. *Derecho de Daños*. Óp. Cit. p. 641.

³⁷⁵ *Id.* p. 642.

³⁷⁶ *Ibíd.*

³⁷⁷ Márquez, José Fernando. “Valoración y cuantificación de la pérdida de chances”. *Revista LLC*. Julio de 2008. pp. 3 y 4.

³⁷⁸ *Ibíd.*

2.6. Consecuencias de que la responsabilidad sea extracontractual

La principal consecuencia de que exista una conducta de las anteriormente señaladas es que se genera el deber de indemnizar a favor de quien ha sufrido el perjuicio. Así, de acuerdo al Art. 2214 de nuestro Código Civil: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización”.³⁷⁹ Asimismo, el Art. 2229 del Código Civil prescribe: “Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”.³⁸⁰

Pero además, existen otras consecuencias, como por ejemplo, la solidaridad legal que trae el Código Civil para determinados casos de responsabilidad extracontractual, la prescripción, y la validez de la cláusula de exoneración de responsabilidad presente en el reglamento de la institución.

2.6.1. Solidaridad

De acuerdo al Art. 2217 del Código Civil: “Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los Arts. 2223 y 2228”.³⁸¹

Este es un caso de solidaridad legal que puede darse perfectamente en nuestra hipótesis. Además de la institución arbitral encargada de administrar la controversia, el principal obligado para velar sobre el cumplimiento de la ley en el arbitraje es el tribunal arbitral, aunque en casos excepcionales este rol le corresponda a la institución. Puede darse que exista una concurrencia de ambos, los árbitros y la institución, en la irrogación de un perjuicio a las partes, y los dos serían solidariamente responsables. Por ejemplo, el realizar las notificaciones está a cargo del centro de arbitraje, pero los árbitros también son responsables de velar por el cumplimiento del debido proceso. Por ello, si a una de las partes no se le notifica con el laudo, estamos ante una responsabilidad compartida que podría generar solidaridad.

³⁷⁹ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2214.

³⁸⁰ *Id.* Artículo 2229.

³⁸¹ *Id.* Artículo 2217.

2.6.2. Prescripción

Otra de las consecuencias de que la responsabilidad sea extracontractual es la prescripción. De acuerdo al Art. 34 del Código Orgánico de la Función Judicial, la acción prescribe en 4 años desde que se consumó el daño.³⁸² A diferencia del plazo de prescripción contractual que es de 10 años, como mencionamos en el capítulo anterior.³⁸³

Debemos señalar que nuestro Código Orgánico de la Función Judicial se aparta del plazo de prescripción del Código Civil, pues el Código Civil señala que la acción por responsabilidad extracontractual prescribe 4 años desde la perpetración del acto. Las normas difieren en que el daño puede consumarse después de que se dio el acto ilícito, por lo que sí existe una distinción en el cómputo de la prescripción.

2.6.3. La validez de la cláusula de exoneración de responsabilidad

Corresponde ahora analizar si es que sería posible admitir una cláusula de exoneración de responsabilidad en el marco de la responsabilidad extracontractual. Para ello, debe distinguirse entre el dolo y la culpa.

“Descartamos de plano la posibilidad de atribuir validez a una cláusula de irresponsabilidad o de responsabilidad atenuada en materia delictual civil. Lo anterior porque es principio de orden público que la condonación del dolo futuro no vale.”³⁸⁴

Nuestro Código Civil contempla una prohibición expresa de condonar el dolo futuro. Art. 1481 CC “El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale.”³⁸⁵

Asimismo, la culpa lata, que es equiparable al dolo, tampoco puede condonarse a través de una cláusula de irresponsabilidad. “Contraviene el orden público y la moral

³⁸² Código Orgánico de la Función Judicial. *Óp. Cit.* Artículo 34.

³⁸³ *Vid. Supra.* Sección 1.7.8.

³⁸⁴ Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2009, p. 468.

³⁸⁵ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 1481.

atribuir valor jurídico a una cláusula que permite dañar impunemente a otro, sea intencionalmente o con una negligencia extrema e inexcusable.”³⁸⁶

En cambio, respecto de la culpa, no existe ninguna prohibición en nuestro Código Civil. Dado que en el Derecho Privado se cumple la máxima “está permitido todo lo que no está prohibido” *permissum videtur in omne, quod non prohibitum*³⁸⁷, se puede sostener que sí cabe la exoneración de responsabilidad pero solamente por la culpa.

Por ello, las cláusulas que exoneran de responsabilidad a los centros de arbitraje y mediación por daños cometidos de forma culposa en los arbitrajes son válidas, sin que estemos afirmando que las cláusulas que existen actualmente en los reglamentos de las instituciones del país sean válidas o efectivas para hacerlo. Ello será analizado en el capítulo 3. Lo que estamos afirmando es que es posible que las instituciones arbitrales se eximan de su responsabilidad extracontractual con una cláusula de exoneración de responsabilidad por culpa pero nunca por dolo.

2.7. Procedimiento y juez competente

Esta acción no tiene como objetivo el revisar y corregir el contenido de la resolución, pues para ello, el afectado cuenta con los recursos que se encuentran presentes en el ordenamiento jurídico, sino analizar si la conducta del centro, culposa o dolosa, ocasionó un perjuicio que debe ser reparado a una de las partes.³⁸⁸

De acuerdo al Art. 34 del Código Orgánico de la Función Judicial, estas demandas se tramitan por la vía verbal sumaria ante el juez de lo civil del domicilio del demandado³⁸⁹, que en este caso sería el domicilio de la institución arbitral.

³⁸⁶ Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*. Óp. Cit. p. 468.

³⁸⁷ De la Quadra Salcedo, Tomás. “El principio de legalidad en las actuaciones de las administraciones públicas”. Disponible en: <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-del-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion3.pdf>. p.7

³⁸⁸ Buffarini, Paula. “Responsabilidad civil de los jueces por daño moral... Óp. Cit. p. 1573.

³⁸⁹ Código Orgánico de la Función Judicial. Óp. Cit. Artículo 34.

2.8. Conclusiones del capítulo 2

Partiendo desde la teoría sobre la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, se puede analizar la posibilidad de una responsabilidad extracontractual de la institución arbitral, que concluye que los árbitros ejercen un poder delegado mediante la ley, y solo por el reconocimiento del arbitraje en la ley, es posible la existencia de la figura.

Ello nos obliga a analizar las funciones que ejercen los centros de arbitraje desde otra perspectiva. Han existido cortes de los Estados Unidos que han equiparado las funciones de los centros de arbitraje con las funciones jurisdiccionales ejercidas por los jueces. Por ello, han justificado la extensión de la inmunidad a las instituciones arbitrales.

La calificación de la demanda, la citación, las notificaciones de las actuaciones del tribunal arbitral y las resoluciones sobre recusación son funciones que consideramos son jurisdiccionales porque corresponden a actuaciones procesales que permiten la continuación del arbitraje y normalmente son ejercidas por los jueces en la justicia ordinaria. El resto de funciones que desempeña la institución arbitral son administrativas. Y esto es lógico por cuanto su labor en el arbitraje es estar a cargo de los aspectos administrativos del arbitraje para que los árbitros sean quienes decidan la controversia.

Por ello, al asemejarse a los poderes jurisdiccionales de los jueces, la responsabilidad aplicable para la institución arbitral debe ser similar que la de los jueces.

Nuestro sistema jurídico se aparta de la inmunidad para los jueces y reconoce expresamente en la Constitución y en el Código Orgánico de la Función Judicial, la obligación de los jueces de responder por los perjuicios en el ejercicio de sus funciones. Además, dicho cuerpo normativo eleva a categoría de servicio público al arbitraje.

Uno de los fundamentos para la responsabilidad de los jueces es su condición de servidores públicos. Los servicios que prestan ponen en juego derechos e intereses legítimos que deben ser tutelados, como la vida, la libertad y el patrimonio de los ciudadanos.

Pero una excesiva responsabilidad no es deseable y es por ello que se ha procurado crear un balance al prescribir cuatro casos puntuales en los que los jueces responden: retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia y quebrantamiento de la ley.

La responsabilidad que nos interesa es la extracontractual, si se considera que no media ningún contrato entre la institución arbitral y las partes. Los requisitos para que ésta se configure, además de que la conducta de la institución arbitral sea de retardo

injustificado, negligencia, denegación de justicia y quebrantamiento de ley, existen otros requisitos que deben cumplirse para que se genere el deber de indemnizar.

Estos requisitos son: la culpa o dolo de la institución arbitral, que sea capaz, que exista un daño y que haya un nexo causal entre su actuación y el daño.

En cuanto a la culpa o dolo, nos encontramos ante una responsabilidad subjetiva, que es la regla general en nuestro sistema. De esta manera, es necesario que se compruebe la culpa o dolo de la institución. Además, para el caso de la culpa, no existe gradación, como sí sucedía en el caso de la responsabilidad contractual, debido a que el Código Civil no realiza ninguna distinción sobre el tipo de culpa a la que se refiere la responsabilidad extracontractual. Por ello, siguiendo los propios lineamientos del Código Civil, cuando se hace referencia a la culpa sin que medie ninguna calificación, se refiere a culpa leve. Por lo tanto, ese es el estándar de culpa empleado. Es importante mencionar que el patrón comparativo con el que ha de analizarse la conducta de la institución arbitral es el de un profesional en la misma área, debido a las importantes funciones que desempeña y por su calidad de profesional.

En cuanto a la capacidad, la regla general en la responsabilidad extracontractual es la capacidad, y los casos de incapacidad se encuentran en la ley y son: los menores de 7 años y los dementes. En cambio, no se incluye a las personas jurídicas, por lo que puede presumirse su capacidad delictual. Existe el debate sobre si las personas jurídicas son capaces de cometer ilícitos civiles, y concordamos con la teoría de la realidad de la persona jurídica para sostener que sí son capaces de cometer este tipo de actos y ser responsables por ellos.

Respecto del daño, este elemento es el más importante pues sin daño no existe deber de indemnizar. Pero este daño debe ser indemnizable, que implica un interés legítimo, es decir, un interés amparado en la legislación. Además, el daño debe ser cierto, real y efectivo y le corresponde al interesado en demandar acreditar estas características.

Finalmente, el nexo causal es el último requisito que debe existir para que se configure la responsabilidad extracontractual de la institución arbitral. Así, el perjudicado debe demostrar que existe una conexión directa entre el hecho ilícito cometido por la institución y el daño que se le ocasionó.

A pesar del cumplimiento de los cuatro requisitos, es posible que la institución arbitral no sea responsable, si logra demostrar un eximente de responsabilidad que son el caso

fortuito o fuerza mayor, la culpa de la víctima, el hecho de un tercero y la violencia moral y física.

Sobre todos ellos el más destacable supuesto es el de la culpa de la víctima. Esto se debe a que consideramos que los perjudicados tienen la obligación de plantear los recursos que la ley les concede para dejar sin efectos la resolución desfavorable. Si es que el perjudicado deja pasar esta oportunidad por su descuido, la institución arbitral no puede hacerse responsable por todo el perjuicio que le fue ocasionado, y se aplica la reducción de la indemnización o inclusive la ausencia de responsabilidad.

Otra de las consecuencias interesantes es el alcance de la indemnización. La reparación a la víctima debe ser integral, pero además, existe una diferencia con la responsabilidad contractual. En esta última se distingue entre el dolo y la culpa para la indemnización de perjuicios, en cambio en la extracontractual siempre se debe indemnizar por todos los daños ocasionados, ya sea por dolo o culpa de quien cometió el acto, en nuestro caso, de la institución arbitral.

Además, la responsabilidad extracontractual incluye al daño moral y la contractual no, a pesar de que existan teorías modernas que pretenden incluir el daño moral en la responsabilidad contractual.

La extensión de la indemnización debe estudiarse, adicionalmente, a la luz de la pérdida de una chance. Esto se debe a que no nos encontramos ante un caso de certeza de que se hubiera obtenido un beneficio si la institución arbitral no cometía un delito o cuasidelito civil, sino simplemente frente a la pérdida de una oportunidad de obtener un beneficio. Esto implica que la valoración de la indemnización debe disminuir.

Existen algunas consecuencias de que la responsabilidad sea extracontractual. La primera es la posibilidad de que exista solidaridad legal en conjunto con los árbitros por haber contribuido, ambos, en la provocación de un perjuicio. Asimismo, la prescripción de la acción es en cuatro años desde que se consumó el daño. Finalmente, respecto de la cláusula de exoneración de responsabilidad, no cabe sobre el dolo, porque está prohibido condonar el dolo futuro, pero sí cabe en la culpa, por tratarse de algo que no está prohibido.

Por último, el juez competente ante quien se demanda esta indemnización es al juez de lo civil del domicilio de la institución arbitral y se tramita por la vía verbal sumaria.

3. LA RESPONSABILIDAD POR EL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE ADMINISTRACIÓN DE ARBITRAJE Y LA IMPOSIBILIDAD DE ESTABLECER CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN ABSOLUTA DE RESPONSABILIDAD EN ESTOS CONTRATOS

Una vez que hemos analizado las dos posibilidades que pueden existir para la relación de las instituciones arbitrales y las partes que pueden generar responsabilidad contractual o extracontractual, debemos exponer nuestro criterio sobre esta relación. Pero es necesario aclarar por qué esta distinción es relevante.

En el Derecho Civil existen varias doctrinas que buscan explicar la separación del régimen de responsabilidad contractual y extracontractual, algunas exponen una distinción absoluta entre ambas, otras en cambio proponen un régimen de responsabilidad común a ambos fenómenos, y también existen las que proponen una compatibilización entre las dos tesis, sin dejar de resaltar diferencias accidentales.³⁹⁰ No entraremos a analizar el fundamento de la distinción ni si es conveniente unificar los regímenes de responsabilidad. Simplemente analizaremos las diferencias que existen en la legislación sobre ambas responsabilidades, para explicar por qué es importante que se conozca en el ámbito de qué responsabilidad nos encontramos.

En primer lugar, la prescripción de las acciones varía. Para nuestro caso específico, en la responsabilidad contractual de la institución arbitral se aplica la norma del Art. 2415 del Código Civil, que es de diez años.³⁹¹ En cambio, si consideramos que es una responsabilidad extracontractual, la prescripción es de 4 años desde que se perpetuó el daño de acuerdo al Art. 34 del COFJ.³⁹²

En segundo lugar, en la responsabilidad contractual existe el sistema de gradación de la culpa, de acuerdo al Art. 1563, por lo que su responsabilidad dependerá del tipo de contrato que se haya celebrado.³⁹³ En cambio, la responsabilidad extracontractual no posee

³⁹⁰ Quintero de Prieto, Beatriz. *Teoría Básica de la Indemnización. Manual de Responsabilidad Civil*. Bogotá: Leyer, 2000, pp. 11-17.

³⁹¹ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2415.

³⁹² Código Orgánico de la Función Judicial. *Óp. Cit.* Artículo 34.

³⁹³ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 1563.

gradación, simplemente se responde por la culpa lata y leve, de acuerdo al Art. 2229 del Código Civil.

En tercer lugar, en la responsabilidad extracontractual, si varias personas cometen un perjuicio en contra de una persona, responden solidariamente por el perjuicio, según lo prescrito por el Art. 2217 del Código Civil.³⁹⁴ En cambio, en la responsabilidad contractual no existe esta norma, por lo que si alguien contribuye con el deudor para ocasionar perjuicios por su incumplimiento, solamente responderá el deudor por el daño y no quien colaboró para provocarlo. Y esto es lógico pues la responsabilidad contractual parte del incumplimiento de las obligaciones contractuales que solamente puede ser atribuible a los suscriptores del contrato. El deudor es responsable de su incumplimiento por el vínculo jurídico que posee con el acreedor. En la responsabilidad extracontractual este vínculo es inexistente, y solamente surge una vez que se produce el daño.

Finalmente, y quizá la distinción más importante es en cuanto al alcance de la indemnización. En la responsabilidad extracontractual se responde por todo daño que sea consecuencia directa del ilícito cometido, de acuerdo al Art. 2229 del Código Civil.³⁹⁵ En cambio, en la responsabilidad contractual se distingue entre la culpa y el dolo para determinar el alcance de la indemnización, si es que ha existido culpa se responde solamente por el daño que se previó o podía preverse al momento de celebrar el contrato y si ha existido dolo se responde por todos los perjuicios que hayan sido consecuencia directa del incumplimiento.³⁹⁶

[Las] diferencias caracterizadoras de los respectivos regímenes de la responsabilidad contractual y la extracontractual, [son] principalmente, su distinto origen; la capacidad de los sujetos responsables; el grado de culpa; el contenido del deber de indemnizar; las cláusulas de regulación; el diferente plazo prescriptivo; la competencia judicial; la pluralidad de deudores y el carácter de solidaridad que es propio de las obligaciones nacidas fuera de contrato. Repetidamente se ha dicho que no es bastante que haya un contrato o una preexistente relación de otra naturaleza entre las partes para que la responsabilidad opere con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial, pues si se trata de negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia del contrato desplegará la responsabilidad aquiliana sus propios efectos.³⁹⁷

³⁹⁴ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2217.

³⁹⁵ *Id.* Artículo 2229.

³⁹⁶ *Id.* Artículo 1574.

³⁹⁷ Santos Briz, Jaime. “Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Extracontractual. Casos Dudosos o Conjuntos. El Aparcamiento de Vehículos.” *La responsabilidad civil. Temas actuales.* Madrid: Montecorvo, 2007. Disponible en:

Es por estos motivos que consideramos fundamental que se distinga en la esfera de qué responsabilidad nos encontramos. Ahora, explicaremos por qué consideramos que la responsabilidad de la institución arbitral es contractual y no extracontractual, y con posterioridad, analizaremos si cabe el pacto de exoneración de responsabilidad en los contratos de administración de arbitraje.

3.1. La responsabilidad de los centros de arbitraje es contractual

[E]l arbitraje institucional se caracteriza por la intervención de una institución arbitral; como consecuencia de la actuación de estas entidades interpuestas entre las partes y los árbitros, surgen toda una serie de nuevas relaciones entre los distintos sujetos que intervienen en el arbitraje que han de unirse a la existentes entre las partes y los árbitros, tradicionales del arbitraje *ad hoc*. Así, las partes en el convenio arbitral entran en relación con la institución arbitral (a la que encomiendan el desempeño de determinadas funciones) y ésta, a su vez, se relaciona con los árbitros.³⁹⁸

Consideramos que la relación existente entre los centros de arbitraje y los suscriptores del convenio arbitral es contractual. Como analizamos en el capítulo primero, se cumplen plenamente los requisitos para que exista un negocio jurídico, a saber, estos requisitos son la declaración de voluntad, el objeto y la causa.³⁹⁹ Y además, este negocio jurídico es un contrato porque, como lo prescribe nuestro Código Civil, el acuerdo de voluntades busca crear obligaciones y derechos para las partes.⁴⁰⁰

Como explicamos, tanto los centros de arbitraje como los suscriptores del convenio arbitral manifiestan su voluntad a través de la oferta y aceptación⁴⁰¹, por lo que se configura el consentimiento.⁴⁰² “[l]a propuesta que realiza la Institución al ofertar sus servicios es vinculante para la propia institución que, no hay que olvidar, establece el ámbito de validez de dicha oferta a través de su reglamento”.⁴⁰³

Además, describimos el objeto del contrato, que son las obligaciones prescritas por la ley y el Reglamento del Centro. Finalmente, analizamos, que por tratarse de un contrato

http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/Responsabilidad+Contractual+y+Responsabilidad+Extracontractual.+Casos+Dudosos+o+Conjuntos.+El+Aparcamiento+de+Veh%C3%ADculo/vid/389260.

³⁹⁸ Roca Martínez, José María. *Arbitraje e Instituciones...* *Óp. Cit.* p. 175.

³⁹⁹ Compagnucci de Caso, Rubén H. *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 109.

⁴⁰⁰ Código Civil. *Óp. Cit.* Art. 1454.

⁴⁰¹ *Vid. Supra.* Sección. 1.2.1.

⁴⁰² *Vid. Supra.* Sección. 1.2.1.

⁴⁰³ Roca Martínez, José María. *Arbitraje e Instituciones...* *Óp. Cit.* p. 225.

bilateral, la causa es la obligación correlativa de la otra parte, por lo que este requisito se cumple.

El fundamento por el que las instituciones arbitrales intervienen en una controversia es porque las partes lo han señalado, es así que la autonomía de la voluntad, piedra angular del derecho de los contratos y principio general del derecho, legitima la actuación del centro.⁴⁰⁴ “La responsabilidad deriva del encargo [a la institución arbitral], por lo que su origen es contractual”.⁴⁰⁵

Es por ello que es indudable que existe un contrato entre los suscriptores del convenio arbitral y el centro que designaron para administrar sus controversias. Así, el incumplimiento de las obligaciones que adquiere el centro es contractual y resultan aplicables las instituciones del derecho de los contratos que mencionamos en el capítulo 1.

Entonces, ¿cuál es el alcance que tiene la declaración de servicio público para el arbitraje y el hecho de que nuestro sistema se incline más por la doctrina de su naturaleza jurisdiccional? Existe una persona que sí ejerce jurisdicción en el centro, pero es ella específicamente y no el centro quien está encargada de esas funciones, y esta persona es el Director de la institución arbitral.

3.1.1. Las funciones jurisdiccionales de los Directores de los Centros de Arbitraje y Mediación

Una de las características principales de la teoría contractualista del arbitraje es considerar a los árbitros prestadores de un servicio meramente privado, el juicio es privado y es sometido a arbitraje de la misma forma en que las partes podrían resolver esa controversia a través de una transacción.⁴⁰⁶

Esta no es la postura avalada por nuestro ordenamiento jurídico, que encuentra que el arbitraje es un servicio público. La tesis de la naturaleza jurisdiccional tiene más coherencia con la declaratoria de servicio público del arbitraje, que equipara las funciones de un juez con la de los árbitros.⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ Roca Martínez, José María. *Arbitraje e Instituciones... Óp. Cit.* p. 177.

⁴⁰⁵ *Ibíd.*

⁴⁰⁶ *Id.* p. 41.

⁴⁰⁷ *Id.* p. 44.

[L]os árbitros al administrar justicia, actúan como verdaderos jueces, pues la función de juzgar, tiene una innegable naturaleza pública que se proyecta sobre quienes tienen la responsabilidad de ejercerla, sin hacer distinción entre si son jueces de la justicia ordinaria o árbitros.⁴⁰⁸

Así, se ha reconocido que “[l]egislaciones como la colombiana apoyan las tesis jurisdiccionalistas o publicistas por cuanto expresamente se dice que los árbitros ejercen ocasionalmente funciones jurisdiccionales”.⁴⁰⁹

La Corte Constitucional Colombiana ha analizado la naturaleza de las funciones de los Directores de las instituciones arbitrales y ha resaltado la importancia de éstas, enfatizando la calidad de función pública que ejercen.

[E]n este estadio al director del Centro de Arbitraje incumbe ejercer poderes procesales que traslucen una clara e indubitable función pública como son los relacionados con las diligencias de notificación, admisión y rechazo de la solicitud de convocatoria, decisión de los recursos de reposición, conducción de la audiencia de conciliación etc. (...). 7. No es posible negar la importancia jurídica y procesal de la etapa pre-arbitral, dado que si bien en ella no se decide la controversia, si se hace patente el ejercicio de una función pública que debe cumplirse conforme a un procedimiento legal vinculante tanto para el Centro como para las personas convocadas. Pese a que en esta etapa no se decide la controversia, la garantía del debido proceso y el derecho de defensa pueden resultar comprometidos cuando se violan los preceptos legales que la gobiernan.⁴¹⁰

Este análisis es completamente acorde a nuestro ordenamiento jurídico en que el arbitraje es considerado un servicio público de forma expresa.

[E]l arbitraje ha sido concebido en el Ecuador con una naturaleza eminentemente procesal. No es, por tanto, una institución en la que predominan concepciones contractualistas, ni puede ser visto como un sistema totalmente jurisdiccionalista, aunque sin lugar a dudas, participa de ambas características. En efecto, si bien la fase inicial del arbitraje está sometida a la voluntad privada de las partes, una vez que el árbitro designado actúa ya como tal, se convierte en juez e investido del poder jurisdiccional que le es conferido por la Constitución de la República realiza la función de administrar justicia, la que nace, en consecuencia por mandato del propio Estado.⁴¹¹

Esto sin duda tiene una relevancia jurídica, pero no respecto del centro, que no ejerce funciones jurisdiccionales como institución sino sobre la persona que la ley designa específicamente para que recaigan las potestades jurisdiccionales.

“Por jurisdicción se entiende la facultad de administrar justicia, función pública encomendada a un órgano del Estado, que tiene por fin la realización o declaración del

⁴⁰⁸ Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje. La Justicia Alternativa*. Guayaquil: Distilib, 2007, p. 99.

⁴⁰⁹ Roca Martínez, José María. *Arbitraje e Instituciones... Óp. Cit.* p. 59.

⁴¹⁰ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-600 de 18 de agosto de 1999. Fundamentos 6 y 7. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU600-99.htm>.

⁴¹¹ Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje.... Óp. Cit.* p. 98.

derecho mediante la actuación de la ley a casos concretos”.⁴¹² De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico este poder de administrar justicia solamente se ejerce por las personas designadas por la ley.⁴¹³

Para ejercer las funciones de calificación de la demanda, ordenar la citación (pues no son los jueces ni los directores del centro quienes realizan físicamente la citación), realizar notificaciones previas a la constitución del tribunal arbitral y resolver sobre la recusación de la demanda, la Ley de Arbitraje y Mediación señala específicamente a los Directores de la institución arbitral.

En particular, la etapa pre-arbitral aunque sea conducida por los directores de los centros de arbitraje, es objeto de estricta regulación por parte de la ley, que como se ha visto proyecta en ella un conjunto de normas imperativas que no pueden dejar de ser aplicadas por aquéllos. Esta fase inicial está compuesta por una serie de actos de carácter procesal, a los que se adicionan otros de naturaleza puramente material u operativa, necesarios unos y otros para la conformación ulterior del Tribunal. En este tramo preliminar tienen lugar actos tan significativos como el de la admisión o rechazo de la solicitud de convocatoria al Tribunal de Arbitramento, el traslado y la contestación de la demanda arbitral.⁴¹⁴

Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación ha regulado la actividad de los Directores. Así, la demanda, de acuerdo al Art. 10, es presentada ante el Director del centro.⁴¹⁵ Además, de acuerdo al Art. 11 de dicho cuerpo normativo, el Director es quien califica la demanda y es el encargado de revisar que una demanda cumpla con los requisitos necesarios para ser admitida.⁴¹⁶ Este mismo artículo le otorga la potestad de mandar a citar a la contraparte con la demanda.⁴¹⁷

El Art. 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación le ordena convocar y notificar la audiencia de mediación.⁴¹⁸ Además, el Art. 21 le concede la potestad de resolver sobre las recusaciones, en los casos prescritos por la ley.⁴¹⁹ Es así, que vemos que todas las

⁴¹² Devis Echandía, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis, 2009, p. 77.

⁴¹³ Código de Procedimiento Civil. *Óp. Cit.* Artículo 2.

⁴¹⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-600 de 18 de agosto de 1999. Fundamento 6. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU600-99.htm>.

⁴¹⁵ Ley de Arbitraje y Mediación. *Óp. Cit.* Artículo 10..

⁴¹⁶ *Id.* Artículo 11.

⁴¹⁷ *Ibíd.*

⁴¹⁸ *Id.* Artículo 15.

⁴¹⁹ *Id.* Artículo 21.

funciones que pueden verse como jurisdiccionales son ejercidas por el Director de la institución.

Y esto tiene total compenetración con la teoría jurisdiccional del arbitraje, en que el Estado es quien permite la existencia del arbitraje y delega a los árbitros la jurisdicción.⁴²⁰ Lo mismo sucede con los Directores del Centro, a quienes el Estado ha delegado ciertas facultades jurisdiccionales para permitir el correcto desempeño del arbitraje administrado.

[L]a llamada etapa prearbitral, a cargo del Director del Centro de Arbitraje, tiene no sólo gran importancia sino que además las funciones del director y del centro son de gran trascendencia. Así, le corresponde entre otras cosas, recibir la solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento, aceptar o rechazarla, y si es el caso, correr traslado de ella, y recepcionar su contestación, las excepciones previas o de mérito y la contrademanda, si la hubiere. Igualmente deberá llevar a cabo una audiencia de conciliación y conformar el tribunal.⁴²¹

Existen varios argumentos para sustentar esta potestad jurisdiccional. En primer lugar, en los arbitrajes *ad hoc* todas estas funciones son responsabilidad del Tribunal Arbitral.

Un primer argumento a favor de que los actos del Director del Centro de Arbitraje son de índole jurisdiccional, radica en que los arbitrajes independientes esas mismas atribuciones son ejercidas por él o los árbitros, sin que exista discusión alguna en cuanto a que dichas actuaciones se las realiza en ejercicio de facultades de índole jurisdiccional, razón por la cual no se comprendería el por qué de la naturaleza de esos mismos actos mutaría cuando se trate de un arbitraje administrado.⁴²²

En segundo lugar,

Un segundo argumento que debe considerarse a favor de la tesis de que los actos del Director del Centro de Arbitraje son jurisdiccionales, es que al tratarse de procesos ordinarios, son actuaciones que le corresponden al juez y que inclusive se encuentran expresamente reguladas en nuestro Código de Procedimiento Civil, como por ejemplo, la calificación de la demanda, la convocatoria a una diligencia conciliatoria, la citación con la demanda, y ni qué decir del pronunciamiento respecto a una recusación.⁴²³

Justamente, como habíamos mencionado en el capítulo anterior, nuestro Código de Procedimiento Civil se refiere al “juicio de recusación”, lo que resalta aún más la calidad de jurisdiccional de este proceso.⁴²⁴ Todas estas diligencias llevadas a cabo por los

⁴²⁰ González de Cossío, Francisco. *El Arbitraje y la Judicatura*. Guadalajara: Editorial Porrúa, 2007, p. 150.

⁴²¹ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1038/02 de 28 de noviembre de 2002. Fundamento 12. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1038-02.htm>.

⁴²² Guerrero del Pozo, Juan Francisco. “¿Cabén las medidas cautelares constitucionales en contra de un proceso arbitral?”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Cevallos, 2011, p. 121.

⁴²³ *Ibíd.*

⁴²⁴ Código de Procedimiento Civil. *Óp. Cit.* Sección 25a.

Directores se encuentran reguladas en el Código de Procedimiento Civil y son ejercidas por los jueces en los casos de justicia ordinaria.

Además, las decisiones que se toman en la fase prearbitral tienen una vinculación directa con el arbitraje, por lo que también deben ser jurisdiccionales. Solo por ello se explica que se encuentren desarrolladas en el Código de Procedimiento Civil.

la Corte considera que en el presente caso, [se puede] concluir que gran parte de las funciones desarrolladas por los centros de arbitramento en la fase prearbitral son de naturaleza judicial. De un lado, desde el punto de vista formal, en esa fase, si bien no se decide directamente el fondo de la controversia, si se toman decisiones y se llevan a cabo trámites que tienen una vinculación directa con el proceso arbitral, que es de naturaleza judicial. Por ende, y como bien lo destaca la jurisprudencia del Consejo de Estado, esa etapa se encuentra indisolublemente ligada con un proceso judicial, y por ello se entiende que su naturaleza es también judicial. Por ello, se encuentra regulada por el estatuto procesal civil.⁴²⁵

Adicionalmente,

[D]esde el punto de vista material, las decisiones tomadas en esa fase prearbitral tienen consecuencias importantes en el acceso a la justicia arbitral, pues corresponde al director del centro de arbitramento, entre otras cosas, decidir sobre la admisibilidad de la solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento.

Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la fase prearbitral tiene una naturaleza jurisdiccional, por las siguientes razones: i) puede implicar limitaciones al acceso a la administración de justicia; ii) está destinada a impulsar el proceso arbitral, que es de naturaleza jurisdiccional, y iii) en su fondo y forma está sometida a lo previsto en el estatuto procesal civil para los procesos judiciales.⁴²⁶

Por los motivos expuestos, nosotros también consideramos que son los Directores del Centro quienes ejercen estas potestades jurisdiccionales. En primer lugar, por la declaratoria de servicio público del arbitraje, en nuestro ordenamiento jurídico existe una inclinación por la teoría jurisdiccional del arbitraje. Ello implica que existe un acto de delegación de jurisdicción del Estado a los árbitros y a las personas expresamente señaladas por la ley para ejercer estas funciones. En nuestro caso, como mencionamos, la Ley de Arbitraje y Mediación señala a los Directores de las instituciones arbitrales como personas para desempeñar esas funciones.

En segundo lugar, porque en los arbitrajes independientes, estas funciones se llevan a cabo por los árbitros, sin que exista cuestionamiento alguno sobre su naturaleza jurisdiccional.

⁴²⁵ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1038/02 de 28 de noviembre de 2002. Fundamento 18. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1038-02.htm>.

⁴²⁶ *Ibíd.*

En tercer lugar, porque todas las funciones mencionadas, calificación de la demanda, citación y resolución sobre la recusación, se encuentran reguladas en el Código de Procedimiento Civil y son ejercidas por los jueces en la justicia ordinaria.

En cuarto lugar, porque todas estas funciones tienen directamente que ver con un arbitraje y están totalmente vinculados a éste. Si el resto del proceso es jurisdiccional, la primera parte también debe serlo.

Y, finalmente, porque las decisiones que se toman en esta etapa previa a que se constituya el Tribunal Arbitral, pueden limitar el derecho de acceso a la justicia de las partes y toda esta etapa está destinada a impulsar el proceso arbitral.

Así, concluimos que el Director del Centro es quien ejerce las funciones jurisdiccionales, dado que es la persona expresamente señalada por la ley para ejercerlas. Claro está, que no todas las obligaciones que tiene el Director en virtud de la ley y el Reglamento del centro son jurisdiccionales. Solamente las que mencionamos revisten ese carácter, y éstas son la calificación de la demanda, la citación, la resolución de la recusación y las notificaciones de actuaciones procesales durante la etapa pre arbitral.

3.1.2. La responsabilidad del Director del Centro en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales es extracontractual

Una vez que hemos demostrado que es el Director del Centro quien ejerce funciones jurisdiccionales y no la institución arbitral como tal, resulta totalmente aplicable el razonamiento que hicimos en el segundo capítulo sobre los supuestos restringidos en los que existe responsabilidad extracontractual de los jueces.

De acuerdo a la parte final del Art. 15 del Código Orgánico de la Función Judicial “[l]as juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley.”⁴²⁷

Como analizamos en el capítulo 2, esta limitación de la responsabilidad se debe a la necesidad de equilibrar la independencia e imparcialidad, garantizada por la inmunidad absoluta de los jueces, con la conveniencia de que estos funcionarios respondan por el

⁴²⁷ Código Orgánico de la Función Judicial. *Óp. Cit.* Artículo 15.

ejercicio de sus funciones y así mejoren la calidad del servicio que prestan.⁴²⁸ Por ello, nuestra ley establece cuatro supuestos en los que los Directores responderían, que son el retardo injustificado, la negligencia, la denegación de justicia o el quebrantamiento de ley.

Asimismo, resultan aplicables las normas y principios relativas a la responsabilidad extracontractual desarrolladas en ese mismo capítulo. De manera que es necesario demostrar la culpa o el dolo del Director del Centro, su capacidad delictual, el daño sufrido y la relación de causalidad entre el hecho culposo o dañoso y el perjuicio.⁴²⁹ Todo ello, además de probar que estamos ante uno de los 4 supuestos señalados por la ley para que el Director responda.

Además, los eximentes de responsabilidad son los mismos que los que fueron mencionados anteriormente, la culpa de la víctima, el caso fortuito y la fuerza mayor, la violencia física o moral, y el hecho de un tercero.⁴³⁰ De estos es importante resaltar la culpa de la víctima, en que mencionamos que debe haber hecho uso de los recursos que la ley contempla para impugnar las decisiones que le son perjudiciales⁴³¹, por cuanto si por negligencia de la víctima no se presentaron estos recursos, como lo es la petición de nulidad, y se produjo un daño irreparable en su contra, es injusto que sea el Director del Centro quien asuma la totalidad de la indemnización. El juez será quien analice si se trata de un caso de culpa compartida o de culpa exclusiva de la víctima para rebajar la indemnización a pagarse.

Respecto del alcance de la indemnización, debe recordarse que, como se mencionó, en la responsabilidad extracontractual todo daño que se impute al dolo o culpa de una persona, debe ser indemnizado. Por ello, todo daño que sea consecuencia del dolo o la culpa del Director deberá ser reparado. Esto incluye el daño emergente, el lucro cesante, y también la indemnización por daño moral.⁴³²

Todas estas precisiones deben entenderse bajo el supuesto de pérdida de una chance debido a que son casos en los que han existido pérdidas de oportunidades mas no se puede sostener que de haberse resuelto algo de forma distinta o de haberse calificado la demanda,

⁴²⁸ *Vid. Supra.* Sección 2.2.

⁴²⁹ *Vid. Supra.* Sección 2.3.

⁴³⁰ *Vid. Supra.* Sección 2.4.

⁴³¹ *Vid. Supra.* Sección 2.4.2.

⁴³² *Vid. Supra.* Sección 2.5.

el arbitraje hubiese sido favorable.⁴³³ Claro está que los daños que sí sean consecuencia directa del ilícito cometido por el Director deben ser indemnizados, sólo en caso de que se traten de hipótesis sobre una oportunidad negada que pudo cambiar el rumbo del arbitraje, entra en juego la disminución de la indemnización por la pérdida de una chance.

Finalmente, debe recordarse que por tratarse de una responsabilidad extracontractual resultan aplicables las normas sobre solidaridad en caso de que exista una persona que coadyuve a que se produzca el daño, los plazos de prescripción del Art. 34 del Código Orgánico de la Función Judicial.

3.1.3. La responsabilidad contractual del Centro es acorde a la naturaleza del arbitraje administrado

“En sus orígenes, los procedimientos arbitrales eran llevados en forma *ad hoc* no obstante la inexistencia de un derecho que le diera efectos jurídicos.”⁴³⁴ Poco a poco, el arbitraje institucional fue ganando espacio y se convirtió en lo que conocemos ahora, debido a la creciente necesidad de contar con un equipo profesional que colabore en la conducción de los arbitrajes.

*[P]arties are likely to choose institutional arbitration even though it involves greater threshold costs. Ad hoc arbitration requires that the parties establish and manage, as well as participate in, the arbitration. Such an approach places a substantial burden upon the parties to cooperate in the circumstances of dispute. The expectation of cooperation is likely to be unrealistic. Moreover, arbitral institutions have a good professional track record and have significant experience in the administrative aspects of arbitration. Unless the parties themselves have substantial expertise in the arbitration process, institutional arbitration becomes a virtual necessity.*⁴³⁵

De esta cita se evidencia que el arbitraje institucional responde la necesidad de que exista un ente especializado que colabore en la organización del arbitraje. Así, las partes no se ven obligadas a colaborar cuando se encuentran en disputa y los árbitros pueden dedicarse exclusivamente a fallar, sin preocuparse de temas administrativos que normalmente tendrían que observar en un arbitraje *ad hoc*.

La labor de los centros se caracteriza por

⁴³³ *Vid. Supra.* Sección 2.5.

⁴³⁴ González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Porrúa: México, 2004, p. 2

⁴³⁵ Carbonneau, Thomas E. “The exercise of contract freedom in the making of arbitration agreements”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 36, No. 4. Octubre de 2003, pp. 1-41, p. 7.

[L]a intervención de una Institución especializada de carácter permanente a la que las partes voluntariamente acuden encomendando la realización de una serie de funciones relacionadas con el arbitraje, que sus propias normas reguladoras prevén y que podrían resumirse en la facilitación de los medios necesarios para el desarrollo del arbitraje.⁴³⁶

Además, una de las ventajas que trae el arbitraje administrado es evitar la judicialización del arbitraje al reducir la intervención de las cortes al mínimo, pues es usual que en los arbitrajes *ad hoc* se requiera la presencia de las cortes locales.⁴³⁷

*Institutional arbitration is conducted according to a standing set of procedural rules and supervised, to a greater or lesser extent, by a professional staff. This reduces the risks of procedural breakdowns, particularly at the beginning of the arbitral process, and of technical defects in the arbitration proceedings and arbitral award. The institution's involvement can be particularly constructive on issues relating to the appointment of arbitrators, the resolution of challenges to arbitrators, the selection of an arbitral seat, and fixing the arbitrators' fees, where professional, specialized staff provide better service than ad hoc decisions by national courts with little, if any, experience or institutional resources for such matters.*⁴³⁸

Por regla general, estas instituciones cuentan con un personal especializado y con experiencia en la materia.

Suele tratarse de instituciones de reconocida experiencia y prestigio, cuyo objeto es servir de manera profesional y sin ánimo de lucro a las partes litigantes, ofreciéndoles no sólo una nómina o lista de árbitros especializados, sino también las reglas adecuadas al tipo de los negocios involucrados en cualquier litigio, adaptadas – por la experiencia ganada a través del tiempo – a las necesidades que se plantean en materia de solución de controversias.⁴³⁹

El profesor Fernando Mantilla Serrano comenta sobre las funciones de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI que

Su función consiste en organizar, administrar y supervisar los arbitrajes sometidos al Reglamento de la CCI, dejando la decisión del litigio al tribunal arbitral por ella constituido quien es el real detentor de los poderes jurisdiccionales a lo largo de todo el proceso.⁴⁴⁰

Por su parte, el profesor ecuatoriano Salcedo Verduga sostiene que “[e]n el arbitraje institucional existe como intermediaria entre los árbitros y las partes, una entidad

⁴³⁶ Roca Martínez, José María. *Arbitraje e Instituciones... Óp. Cit.* p. 59.

⁴³⁷ Mercado Carrion, Teddy. “Arbitraje Internacional: La Cláusula de Resolución de Controversias en los Contratos con los Estados.” *Mondaq Business Briefing*. No. 2012, enero 2012, pp. 1-3, p. 2.

⁴³⁸ Born, Gary. *International Arbitration. Cases and Materials*. New York: Aspen Publishers Inc., 2011, p. 66.

⁴³⁹ Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje... Óp. Cit.* p. 59.

⁴⁴⁰ Mantilla Serrano, Fernando. “La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI”. *El arbitraje en los conflictos económicos internacionales*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1995, p. 815.

especializada que administra y organiza el trámite, y presta una serie de servicios sumamente útiles para que la controversia pueda ser resuelta con toda eficacia”.⁴⁴¹

De todas estas definiciones y opiniones doctrinarias obtenemos que en el arbitraje institucional, el rol de los centros es administrativo. Y se busca principalmente que sean los árbitros quienes ejercen jurisdicción y las instituciones arbitrales solamente colaboren para el correcto desenvolvimiento del arbitraje.

Resulta más acorde con esta naturaleza el sostener que la responsabilidad del centro en la gestión del arbitraje va a ser contractual, porque es una entidad que se obliga a prestar un servicio profesional en las condiciones especificadas en su Reglamento. Y por la voluntad expresa de las partes, este servicio llega a ser prestado por la institución. Solamente por excepción, en la etapa pre-arbitral, los directores de la institución ejercen potestades jurisdiccionales por delegación de la ley, y ese sería el único caso en que nos encontramos ante una responsabilidad extracontractual.

3.2. Jerarquía normativa de los reglamentos de los Centros en nuestro Ordenamiento Jurídico

Una vez que hemos concluido que la responsabilidad de los centros de arbitraje en el ejercicio de su función de administrar y gestionar un arbitraje es contractual, debemos analizar si es válida la cláusula de exoneración de responsabilidad presente en muchos Reglamentos de instituciones arbitrales del país. Pero para ello primero debemos analizar cuál es la naturaleza jurídica del reglamento arbitral y qué lugar ocupa dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

[C]ualquier institución arbitral se proyecta en una doble normativa, una *orgánica* en la que se establece su estructura interna, los órganos de que se compone, la adopción de acuerdos, etc. y otras *funcional* dirigida fundamentalmente al establecimiento del procedimiento arbitral a seguir en el desempeño de sus funciones arbitrales. Ambas estructuras son imprescindibles en toda institución arbitral.⁴⁴²

Siguiendo esta tendencia de la necesidad de una estructura orgánica y otra funcional, nuestra legislación desarrolla los requisitos que debe poseer un Reglamento arbitral. Debemos resaltar que no regula cuál debe ser el contenido expreso de esos reglamentos

⁴⁴¹ Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje... Óp. Cit.* p. 58.

⁴⁴² Lorca Navarrete, Antonio María y Joaquín Silguero Estagnan. *Derecho de Arbitraje Español*. Madrid: Dykinson, 1994, p. 139.

sino solamente señala los elementos que la institución arbitral debe desarrollar por su cuenta.

Art. 40. Todo centro de arbitraje tendrá su propio reglamento que deberá regular al menos, los siguientes asuntos:

- a) La manera de formular las listas de árbitros, secretarios y mediadores, las que tendrán una vigencia no superior a dos años, los requisitos que deben reunir las personas que las integren, y las causas de exclusión de ellas.
- b) Tarifas de honorarios para árbitros, secretarios y mediadores y la forma de pago de éstas.
- c) Tarifas para gastos administrativos y la forma de pago de éstas
- d) Formas de designar al Director del Centro, sus funciones y facultades; y,
- e) Código de ética para los árbitros, secretarios y mediadores.⁴⁴³

Así, podemos ver que el centro es libre de fijar sus tarifas, los honorarios de los árbitros y la forma de pago, entre otras disposiciones contractualmente relevantes. Dentro de este contenido no se incluyen normas sobre responsabilidad de los centros.

Ahora analizaremos cuál es la posición de este reglamento en nuestro ordenamiento jurídico. Nuestra Constitución explica cuáles son consideradas normas de nuestro sistema.

Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.⁴⁴⁴

Es absolutamente claro que el Reglamento del centro no es parte de la Constitución, ni es un tratado ni convención internacional, por lo que analizaremos las siguientes hipótesis.

Tampoco se trata de una ley orgánica ni ordinaria, porque para que sea una ley debe ser expedida por la Asamblea Nacional, de acuerdo con el Art. 120 numeral 6 de la Constitución.⁴⁴⁵ Y además, debe tratarse de una norma general de interés común.⁴⁴⁶

Tampoco es una norma regional ni ordenanza distrital, porque no es expedida por el órgano competente para ello. Para expedir normas regionales debe tratarse de un gobierno regional autónomo⁴⁴⁷ y para una ordenanza distrital debe ser un gobierno de un distrito

⁴⁴³ Ley de Arbitraje y Mediación. *Óp. Cit.* Artículo 40.

⁴⁴⁴ Constitución de la República de Ecuador. *Óp. Cit.* Artículo 425.

⁴⁴⁵ *Id.* Artículo 120 numeral 6.

⁴⁴⁶ *Id.* Artículo 132.

⁴⁴⁷ *Id.* Artículo 262.

metropolitano autónomo.⁴⁴⁸ Y en general, no se trata de una norma de expedida por un poder público por lo que no está dentro de la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico, desarrollada por el Art. 425 de la Constitución.

Cabe preguntarse, sin embargo, si se trata de un reglamento de los que se encuentra enumerado en dicho artículo. De acuerdo a nuestra Constitución, la expedición de reglamentos para la aplicación de leyes es una potestad del Presidente de la República.⁴⁴⁹ Es así que no estamos frente a un Reglamento emanado de un poder público de acuerdo con lo señalado por la Constitución.

El Reglamento del Centro es, por lo tanto, un acto privado que surte efectos internamente y en la medida en que las partes seleccionen a esa institución para administrar el arbitraje.

These (and other) arbitral institutions have promulgated sets of procedural rules that apply where parties have agreed to arbitration pursuant to such rules. Among other things, institutional rules set out the basic procedural framework and timetable for the arbitral proceedings. Institutional rules also typically authorize the arbitral institution to select arbitrators in particular disputes (that is, to serve as “appointing authority”), to resolve challenges to arbitrators, to designate de place of arbitration, to fix or influence the fees payable to the arbitrators, and (sometimes) to review the arbitrator’s awards to reduce the risk of unenforceability on formal grounds.⁴⁵⁰

En el primer capítulo caracterizamos al contrato de administración de arbitraje como uno de adhesión porque las partes no negocian entre sí las cláusulas del contrato sino que la institución arbitral las redacta y los suscriptores del convenio arbitral aceptan someterse a ellas.⁴⁵¹ “Los Centros de Arbitraje, tienen un reglamento propio al cual los contendientes se someten, y que prevé la mayor parte de las contingencias que pueden surgir en el curso del procedimiento arbitral.”⁴⁵²

Por ello, debemos señalar que el Reglamento, en primer lugar, posee el contenido de la oferta permanente de arbitraje de la institución arbitral. Por ser parte de la oferta, una vez que es aceptada esta oferta, el Reglamento pasa a formar parte del contrato.

Por esto, el Reglamento tiene una doble naturaleza: por un lado, posee la organización interna del centro y es vinculante para éste, y por otro lado, es parte del contrato de administración de arbitraje, de donde se desprende una naturaleza contractual. Por ello, se

⁴⁴⁸ *Id.* Artículo 226.

⁴⁴⁹ *Id.* Artículo 147.

⁴⁵⁰ Born, Gary. *International Arbitration... Óp. Cit.* p. 65.

⁴⁵¹ *Vid. Supra.* Sección 1.3.

⁴⁵² Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje... Óp. Cit.* p. 59.

encuentra por encima que las normas legales dispositivas pero en ningún caso puede derogar las normas imperativas de nuestro sistema jurídico.

Por tratarse de un contrato de adhesión, los empresarios redactan condiciones generales de contratación a las que los aceptantes se someten.⁴⁵³ El Reglamento consistiría precisamente en las condiciones generales de contratación del contrato de administración de arbitraje, que es de adhesión.

Una vez que hemos aclarado la naturaleza jurídica de los Reglamentos es necesario analizar la cláusula que nos corresponde, sobre la exoneración de responsabilidad de las instituciones arbitrales, que ya empezamos a tratar en el primer capítulo.⁴⁵⁴

3.3. La aplicación del principio *contra proferentem* en el contrato de administración del arbitraje

El arbitraje, al ser una institución que está influenciada por el derecho contractual, no es una excepción al principio de buena fe, que debe regir las relaciones humanas. Lo mismo sucede con el contrato de administración de arbitraje, que en todo momento debe cumplir con la buena fe.

Es de resaltar que, pese a esta libertad de los Centros de Arbitraje para establecer sus normas procedimentales, ninguna de estas normas puede ir en contravía de los derechos constitucionales fundamentales de las personas que interfieren en él, especialmente de los derechos a la defensa, la presunción de buena fe, el debido proceso y el libre acceso a la administración de justicia, en la medida en que el respeto a estos cánones elementales debe bañar la totalidad de los procedimientos arbitrales.⁴⁵⁵

Un principio de interpretación que ha de regir los contratos de adhesión es la interpretación *contra proferentem* como señalamos en el primer capítulo. Allí estudiamos que este contrato es de adhesión porque la institución arbitral redacta las condiciones de la relación contractual. Así, fija las tarifas del centro, la forma de hacer los pagos, y la manera en la que va a cumplir sus obligaciones. Los suscriptores del convenio arbitral no pueden

⁴⁵³ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia de 31 de julio de 2001. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 9. Página 2683

⁴⁵⁴ *Vid. Supra.* Sección 1.7.9.1.

⁴⁵⁵ Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia. *Guía para el funcionamiento de Centros de Conciliación y/o de Arbitraje*. Bogotá: Kronos Impresores, 2007, p. 53.

modificar las prestaciones del centro a través de su convenio sino solamente los elementos procedimentales que regirán su arbitraje.⁴⁵⁶

El principio *contra proferentem* “ha tenido una larga evolución histórica, una de cuyas etapas es la utilización de la técnica de interpretar contra el estipulante, que se aplica plenamente en los contratos celebrados por adhesión.”⁴⁵⁷ Esta forma de interpretación es una derivación directa del principio de buena fe.⁴⁵⁸

Este principio tiene un fundamento económico y uno jurídico.

Quien redacta la cláusulas generales está en condiciones de hacerlo con tiempo, asesoramiento legal y, por lo tanto, tiene el deber de escribirlas claramente, ya que está en mejor posición de hacerlo. Existe entonces un fundamento económico, ya que hay bajos costos de transacción y un aspecto jurídico que es la regla de la buena fe que manda a obrar lealmente.⁴⁵⁹

Por ello, pese a que no se encuentra expresamente anunciada como una norma de interpretación que rijan a todos los contratos en nuestro sistema, en virtud del principio de buena fe que obliga a las partes a actuar lealmente, la parte que ha redactado ambiguamente el contrato no puede luego tratar de beneficiarse de aquella ambigüedad.

“It is a well known principle that if there is any doubt as to the meaning and scope of terms included in general conditions such ambiguity will be construed against the party seeking to rely on these terms”.⁴⁶⁰

El fundamento de la regla *contra proferentem* es sobradamente conocido. Se basa en el principio de la buena fe concretado en el sentido de exigencia de autorresponsabilidad al sujeto que realiza una declaración de voluntad. Al realizarla, el sujeto tiene el deber de expresarse claramente (*clare loqui*), por lo que si no lo hace debe pechar con las consecuencias y consentir que la duda se resuelva en su contra. La regla establece, por lo tanto, una distribución equitativa del riesgo contractual: en concreto el adherente, que no ha participado en la elaboración de las cláusulas contractuales no tiene por qué compartir los riesgos de una defectuosa formulación.⁴⁶¹

⁴⁵⁶ *Vid. Supra*. Sección 1.3.

⁴⁵⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos. Parte General. Óp. Cit.* p. 704.

⁴⁵⁸ Rodríguez Olmos, Javier M. “Contexto y construcción de la regla “interpretatio contra proferentem” en la tradición romanista”. *Revista de Derecho Privado*. 2008, p. 86.

⁴⁵⁹ Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos. Parte General. Óp. Cit.* p. 704.

⁴⁶⁰ Bonell, Michael Joachim. “The Unidroit Initiative for the Progressive Codification of International Trade Law”. *The International and Comparative Law Quarterly*. Volumen 7, Número 2, 1978, pp. 413-441 p. 437.

⁴⁶¹ Estigarribia Bieber, María Laura. “Interpretación de los Contratos. Evolución de sus Principios”. *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Tomo XI. Año académico 2007-2008, 2011, p.

Asimismo, es contrario al equilibrio que deben mantener las relaciones contractuales el conceder beneficios exorbitantes a una de las partes en perjuicio de la otra.

La experiencia social ha puesto de manifiesto que no es posible dejar librado ciertos contratos al libre juego de la autonomía de la voluntad de las partes sin perturbar la pacífica convivencia social; de allí que el dirigismo contractual se haya impuesto para solucionar graves problemas que afronta el interés público: restablecer la verdadera igualdad entre las partes, permitir un ajuste de las relaciones jurídicas a las circunstancias económicas, impedir que una de las partes imponga a la otra contraprestaciones excesivas o exorbitantes, claramente contrarias a la equidad que debe presidir a todo contrato bilateral.⁴⁶²

Por ello, como se trata de una derivación del principio de buena fe, permite que se mantenga el equilibrio en las relaciones contractuales, y asigna el riesgo a la parte que está en mejor posición de afrontarlo, este principio de interpretación es plenamente aplicable a nuestro sistema.

Además, este principio ha sido reconocido por otros países de la región.

En la tradición jurídica latinoamericana la regla ha corrido una suerte particular y multiforme, habiendo sido reconocida, con mayor o menor claridad, en casi todos los ordenamientos jurídicos. Los códigos civiles de Ecuador (art.1609), el Salvador (art. 1437), Colombia (art. 1624) y Uruguay (art. 1304) siguiendo el modelo construido por Andrés Bello consagran de forma general el principio de la interpretación a favor del deudor. En otros códigos, como en los de Puerto Rico, Honduras, Nicaragua y Panamá, se agrega otro artículo según el cual “la interpretación de las cláusulas obscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad”, que tiene como fundamento el deber de claridad que tienen las partes al verter sus intereses en el contrato. En los códigos civiles de Perú, (art. 1401), Paraguay (art. 713), y Bolivia (art. 518) se incluye el principio haciendo referencia a cláusulas dispuestas por un contratante o en formularios. En Argentina, si bien la regla no se introdujo en su Código Civil de 1869, en el Código de Comercio de 1889 se incorporó una norma general en dirección a que “en los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de la liberación”.⁴⁶³

La aplicación del principio de interpretación *contra proferentem* tiene varias consecuencias.

Toda duda se interpreta en contra del estipulante.[...] [E]n los casos de contratos con cláusulas predisuestas cuyo sentido es equívoco y ofrece dificultades para precisar el alcance de las obligaciones asumidas por el predisponente, en caso de duda debe prevalecer la interpretación que favorezca a quien contrató con aquél o contra el autor de las cláusulas uniformes.

Toda ventaja a su favor es de hermenéutica restrictiva.

⁴⁶² Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Caso Lady María Solórzano Loor c. Sul América Compañía de Seguros C.A.* Sentencia de 24 mayo de 2001. Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6. Página 1539.

⁴⁶³ Rodríguez Olmos, Javier M. “Contexto y construcción de la regla... *Óp. Cit.* p. 86.

No rige el canon de la interpretación contextual igualitaria, ya que hay un régimen de diferenciación entre las cláusulas:

- Las cláusulas especiales prevalecen sobre las generales, aunque éstas no hayan sido canceladas
- Las especialmente consentidas, sobre las predisuestas.⁴⁶⁴

*This doctrine, which originated from insurance contracts, states that when a contract provision can be interpreted in more than one way, the Court will prefer that interpretation which is more favourable to the party who has not drafted the agreement (or simply that interpretation which goes against the party who has inserted / insisted on inclusion of the alleged ambiguous clause in the agreement).*⁴⁶⁵

De las dos citas anteriores, es necesario resaltar que los beneficios pactados a favor del predisponente serán interpretados de forma restrictiva y si el alcance de sus obligaciones es equívoco, ello será interpretado en su contra.

En conclusión, por tratarse de un contrato de adhesión, el principio *contra proferentem* rige plenamente al contrato de administración del arbitraje, y ello va a limitar los beneficios que el propio centro ha redactado en su favor y las ambigüedades del Reglamento se interpretarán en su contra.

3.4. Las cláusulas de exoneración de responsabilidad en los contratos de administración de arbitraje

A la luz de lo que hemos mencionado, existe un beneficio clave para nuestro análisis que se encuentra presente en varios de los Reglamentos Arbitrales de los centros de arbitraje del país.

Por ejemplo, el Art. 14 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil establece:

La Cámara de Comercio de Guayaquil y el Centro de Arbitraje y Conciliación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción y omisión, en ejercicio de sus funciones, los conciliadores, árbitros y secretarios ocasionen a las partes o a terceros.⁴⁶⁶

Lo mismo encontramos en el Art. 18 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana.

⁴⁶⁴ Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos. Parte General. Óp. Cit.* p. 704.

⁴⁶⁵ Goel, Nirmal. "Doctrine of Contra- Proferentem in Contracts Management". *The Indian Arbitrator* .Indian Institute of Arbitration and Mediation. Enero de 2011, p. 1.

⁴⁶⁶ Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. *Óp. Cit* Artículo. 14.

La Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, el Centro de Arbitraje y Mediación y sus administradores, no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones, los árbitros, mediadores, secretarios arbitrales, peritos o negociadores ocasionaren a las partes o a terceros.⁴⁶⁷

Una disposición similar se encuentra en el Art. 21 de la Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

La Cámara de Comercio de Quito y el Centro de Arbitraje y Mediación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones los mediadores, árbitros, secretarios y peritos ocasionen a las partes o a terceros.⁴⁶⁸

Pasaremos a analizar estas disposiciones, sin pronunciarnos aún sobre si son válidas o no, y qué efectos jurídicos podrían desplegar.

En primer lugar, como analizamos en el capítulo primero, los centros de arbitraje en nuestro país por lo general no son personas jurídicas⁴⁶⁹, aunque existen excepciones. Por ello, de los ejemplos que hemos mencionado, se ha redactado que la cámara de comercio que ha organizado la institución arbitral no es responsable por los perjuicios ocasionados por los árbitros, mediadores, etc., en ejercicio de sus funciones. Así, vemos que esta cláusula ampara tanto al centro de arbitraje como a la institución que lo ha organizado. Y esto es lógico pues como analizamos, la persona jurídica es la Cámara o fundación y no el centro por sí solo.

En segundo lugar, estas cláusulas tienen en común el que señalan que no asumirán ningún perjuicio ocasionado por las personas que se mencionan en las disposiciones citadas.

Estas cláusulas revisten la naturaleza de eximentes convencionales de la responsabilidad civil, ya que no tienen su origen en la ley, sino en el acuerdo de partes.

Se las inserta en un contrato con la finalidad de excluir o limitar anticipadamente la responsabilidad que pudiera aparejar al deudor la inejecución de la obligación nacida de ese mismo negocio jurídico.

O dicho de otro modo, su objeto es abortar o disminuir el deber de reparar que sería exigible al contratante incumpliente (sic), si tal estipulación no hubiese sido pactada.

Concretamente, estos pactos apuntan a que el deudor quede indemne de las consecuencias patrimoniales que podría acarrearle un futuro incumplimiento contractual.

⁴⁶⁷ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo. 18.

⁴⁶⁸ Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. *Óp. Cit.* Artículo 21.

⁴⁶⁹ *Vid. Supra.* Sección 1.2.4.

Pueden incluirse coetáneamente con las otras estipulaciones que integren el esquema contractual o ulteriormente, siempre que sea con anterioridad al incumplimiento generador de la responsabilidad.⁴⁷⁰

Nuestro sistema sí permite este tipo de pactos de limitación de responsabilidad, pero no en todos los casos, como veremos posteriormente.

Los pactos limitativos de responsabilidad son válidos, en principio, como expresión del derecho de libertad, enmarcado en el principio de la autonomía de la voluntad, pero este principio reconoce excepciones en los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, y en aquellas normas de orden público o de interés general.⁴⁷¹

Precisamente, una de estas excepciones es cuando la aplicación de esta irresponsabilidad es contraria a la buena fe.

Además, sobre las cláusulas de exoneración de responsabilidad se ha comentado que:

tales cláusulas aparecen muy habitualmente en los contratos por adhesión, en los cuales sus condiciones generales han sido preestablecidas por el contratante fuerte, quedándole a la otra parte la sola posibilidad de aceptar o no dicho contrato, pero sin poder modificar para nada el contenido preestablecido, en caso de aceptación de éste.⁴⁷²

Justamente, este caso es un contrato de adhesión en donde esta cláusula de exoneración de responsabilidad se hace presente, y como veníamos explicando, el principio de interpretación *contra proferentem* tiene plena cabida en este tipo de contratos, como derivación de la buena fe.

3.4.1. Posibles interpretaciones para la cláusula de exoneración de responsabilidad

Encontramos que pueden existir al menos dos interpretaciones posibles a las disposiciones de los reglamentos que citamos anteriormente. Por un laudo, puede alegarse que esta es una cláusula que busca exonerar de todos los perjuicios que se ocasionen en un arbitraje, pues los únicos responsables de su correcta conducción son los árbitros. De esta forma, tendríamos que la institución arbitral no es responsable de ningún perjuicio, aún si éste se debe a dolo o culpa de la institución.

⁴⁷⁰ Castro Durán, Ricardo Manuel. “Los pactos limitativos de la responsabilidad civil del abogado.” *Revista de Derecho de Daños*. Volumen 1. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2005, pp. 151-164, p. 151.

⁴⁷¹ Rinessi, Antonio Juan. “Eximentes de Responsabilidad Contractuales.” Eximentes y causas de justificación. Los presupuestos y las eximentes.” *Revista de Derecho de Daños*. Volumen 1. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2006, pp. 171-187, p. 171.

⁴⁷² Trigo Represas, Félix A. “La noción de las eximentes y su vigencia en el Derecho Argentino. Eximentes y causas de justificación. Los presupuestos y las eximentes.” *Revista de Derecho de Daños*. Volumen 1. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2006, pp. 21-110, pp. 98 y 99.

Por otro lado, otra forma de interpretar la cláusula es que los centros de arbitraje solamente responden por los perjuicios que ocasionen por el ejercicio de sus propias funciones, así, los perjuicios ocasionados por los árbitros al laudar con dolo o culpa, no son responsabilidad del centro, por mencionar un ejemplo. Pero los perjuicios ocasionados por sus propias actividades sí son responsabilidad de la institución arbitral.

Existen varios motivos para descartar la primera interpretación.

Para empezar, como habíamos mencionado, el contrato de administración de arbitraje es un contrato de adhesión, por lo que la ambigüedad de esta cláusula debe interpretarse en contra de la institución arbitral, que es quien la redactó. Así, no podría alegar su irresponsabilidad en el ejercicio de sus propias funciones, amparándose en que la cláusula es amplia y cubre a todos los que intervienen en el arbitraje, por lo que solamente serían estas personas quienes respondan y el centro no.

Además, otra arista del principio *contra proferentem*, como explicamos, es que los beneficios de las cláusulas generales de contratación se interpretan de forma restrictiva para quien los redactó. Una interpretación restrictiva de la cláusula nos inclinaría por la segunda interpretación para decir que solamente ampara al centro por los daños causados exclusivamente por las funciones propias de los árbitros, mediadores, secretarios y peritos. Pero no lo ampara en sus propias obligaciones u obligaciones que comparte con esas personas.

Las obligaciones propias del centro las desarrollamos en nuestro primer capítulo, al analizar el objeto del contrato de administración de arbitraje.⁴⁷³ A manera ejemplificativa estas obligaciones son: contar con elementos administrativos y técnicos necesarios para la conducción de los arbitrajes⁴⁷⁴, guardar confidencialidad cuando las partes así lo hayan dispuesto⁴⁷⁵, archivar laudos y actas de mediación para consulta y expedición de copias certificadas⁴⁷⁶, la forma de hacer notificaciones y citaciones⁴⁷⁷, y demás.

⁴⁷³ *Vid. Supra.* Sección 1.2.2.

⁴⁷⁴ Ley de Arbitraje y Mediación. *Óp. Cit.* Artículo 39.

⁴⁷⁵ Ley de Arbitraje y Mediación. *Óp. Cit.* Artículo 34.

⁴⁷⁶ Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 3 f).

⁴⁷⁷ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 45. Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 51.

Respecto de las obligaciones que tienen carácter jurisdiccional y son ejercidas por el Director del Centro, la única responsabilidad que puede existir por parte de la institución arbitral es contractual, porque ha contraído esas obligaciones al incluirlas en su reglamento funcional y porque como los reglamentos mencionan, el Director forma parte de la institución⁴⁷⁸ y es quien la administra.⁴⁷⁹ Por ello, el perjudicado ha de tomar en cuenta la vía que considera más adecuada, si demandar directamente al Director por uno de los casos de la ley o demandar a la institución arbitral por incumplimiento contractual, teniendo presentes las diferencias que mencionamos en ambos sistemas, al inicio de este capítulo.

De esta manera, amparándonos en la interpretación *contra proferentem*, la cláusula debe interpretarse en contra de la institución arbitral, por lo que este beneficio en favor de ella es restringido y no la ampara de sus propios incumplimientos. Se evidencia entonces que las cláusulas de exoneración de responsabilidad del centro en la manera en que están redactadas no le eximen de responsabilidad alguna por el desempeño de sus propias obligaciones.

3.4.2. Efectos de esta cláusula en los contratos de administración de arbitraje

En la forma en que está redactada la cláusula, no logra exonerar al centro del cumplimiento de sus propias obligaciones. De todas maneras, si la institución desearía pactar una cláusula que la exima de sus responsabilidades, debería redactarla claramente y especificar que se trata de sus propias obligaciones. Para ello debe tomar en cuenta que en nuestro sistema no se admite la condonación del dolo futuro, por lo que una cláusula redactada de esa manera no podría surtir efectos en nuestra legislación sino por los daños producidos de forma culposa.

⁴⁷⁸ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 5. Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 5. Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. *Óp. Cit.* Artículo 14.

⁴⁷⁹ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. *Óp. Cit.* Artículo 10. Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. *Óp. Cit.* Artículo 14. Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. *Óp. Cit.* Artículo 14.

En este sentido, el Art. 1481 del Código Civil prescribe: “El pacto de no pedir más en razón de una cuenta aprobada, no vale en cuanto al dolo contenido en ella, si no se ha condonado expresamente. La condonación del dolo futuro no vale.”⁴⁸⁰

El dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación y ello es así porque una tolerancia tal, al dejar en manos del deudor el cumplir o no con la prestación debida, afectaría la noción misma del vínculo obligacional, que por definición impone la necesidad del cumplimiento, y nos enfrentaría entonces ante una obligación no obligatoria, es decir un absurdo jurídico.⁴⁸¹

En el mismo sentido “si el incumplimiento de la obligación queda exento de sanción y el deber jurídico supeditado a la voluntad del deudor, la cuestión se aproxima bastante a la de una obligación sujeta a condición potestativa relación a la que [se] priva de efectos jurídicos.”⁴⁸²

La condición potestativa del deudor también se encuentra desprovista de efectos jurídicos en nuestro sistema, de acuerdo con el Art. 1494 del Código Civil. A la luz de las disposiciones citadas de nuestro Código Civil, concluimos que sólo será posible una exoneración de la culpa, por lo que un pacto en donde se condene el dolo será nulo.

Debe mencionarse que no todos los tipos de culpa pueden ser eximidos de responsabilidad.

[S]obre la limitación o exoneración de la responsabilidad en los casos de culpa, en general es admitida aunque no en los casos de culpa grave, del comportamiento más torpe o imprudente, el cual es, en general, equiparado al dolo, no en su conceptualización pero sí en sus efectos.⁴⁸³

La culpa lata no es un sinónimo de dolo, pero nuestro sistema les concede los mismos efectos jurídicos, por lo que tampoco sería válida una cláusula de exoneración de responsabilidad en casos de culpa lata. Solamente surtiría efectos jurídicos para exonerarlo de los casos en los que ha incurrido en una culpa leve.

Es importante señalar el estándar con el que se ha de analizar la culpa de las instituciones arbitrales. Y este estándar, por tratarse de un contrato bilateral, va conforme a la culpa leve, de acuerdo con el Art. 1563 del Código Civil.⁴⁸⁴

No obstante,

⁴⁸⁰ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 1481.

⁴⁸¹ Trigo Represas, Félix A. “La noción de las eximentes... *Óp. Cit.* p. 98.

⁴⁸² Castro Durán, Ricardo Manuel. “Los pactos limitativos de la responsabilidad... *Óp. Cit.* p. 160.

⁴⁸³ Trigo Represas, Félix A. “La noción de las eximentes... *Óp. Cit.* p. 98.

⁴⁸⁴ Código Civil. *Óp. Cit.* Artículo 14563.

Va de suyo que la culpa del profesional no es la culpa del hombre común profano – el hombre medio – que ejerce la custodia de la cosa mueble vendida o despliega cualquier actividad corriente en la vida cotidiana, sino que se trata de una personificación del buen padre de familia en el perito o experto, emanada de la propia actividad de éste y de la *lex actis ad hoc*.⁴⁸⁵

A la institución arbitral no se le exige el cuidado del padre de familia común, sino como un perito o un experto en la materia actuaría conforme al estándar del padre de familia. Y esto encuentra su justificación en que la institución arbitral es un centro especializado en la administración de arbitrajes, es un experto en la materia.

Como la propia denominación lo indica, profesional es la persona que desarrolla una profesión, es decir, que se desempeña en una carrera, oficio, ciencia o arte.

Los profesionales poseen una preparación especial en determinada materia, sustentada en algún profundizado saber, habilidad o técnica que les permite ofrecer sus servicios al público, constituyendo la retribución por los mismos una fuente de ingresos económicos.⁴⁸⁶

Pero este régimen no es distinto del de responsabilidad civil

[C]abe recordar que la responsabilidad civil en general comporta el deber de reparar el daño causado que sea jurídicamente atribuible.

Por otra parte, la responsabilidad profesional no constituye una categoría jurídica autónoma regulada por un régimen normativo propios, sino que, en realidad, conforma un capítulo específico del vasto campo del genérico deber resarcitorio.

O sea que, dejando de lado los matices propios que posean las diversas actividades, no existe ningún aspecto de la responsabilidad profesional que difiera en lo esencial de los principios básicos de la responsabilidad civil en general.

Este tipo de responsabilidad se origina por el incumplimiento por parte del profesional de los deberes propios de la actividad que desarrolla.⁴⁸⁷

Asimismo, respecto de los pactos de no responsabilidad de la institución arbitral en el ejercicio de sus funciones, existen razones para sostener su conveniencia o su carácter perjudicial.

A favor de este tipo de cláusulas encontramos que puede encontrarse en el interés común el que se promueva los métodos alternativos de resolución de conflictos, y se descongestione un poco el sistema de justicia ordinaria, empoderando a las personas para que busquen la forma más adecuada para resolver sus disputas. Esto no se logra si se desmotiva a los actores de este mercado a no brindar el servicio de arbitraje, incluyendo a las instituciones arbitrales que pueden verse en el riesgo de ser demandadas frívolamente.

⁴⁸⁵ Bueres, Albertio J. “La apreciación de la culpa en la responsabilidad de los profesionales”. *Revista de Derecho de Daños*. Volumen 8. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2000, pp. 275- 285, pp. 284 y 285.

⁴⁸⁶ Castro Durán, Ricardo Manuel. “Los pactos limitativos de la responsabilidad... *Óp. Cit.* p. 153.

⁴⁸⁷ *Id.* pp. 152 y 153.

Las razones esgrimidas para sostener la conveniencia de los pactos limitativos de la responsabilidad profesional en general giran en torno a que por su intermedio se alienta la actividad de los profesionales, quienes cuentan con un efectivo mecanismo que confiere seguridad y previsibilidad a las consecuencias de la misma, a la par que disminuye sus costos.⁴⁸⁸

Pero también existen aspectos negativos.

Entre los inconvenientes más notorios se señalan:

a) La pérdida de juridicidad ante el avance de pautas economicistas que privilegian la situación del profesional por sobre el derecho a un íntegro resarcimiento del cliente.

b) la desaparición de la presión psicológica que significa para el deudor la configuración de su responsabilidad civil en virtud del incumplimiento, relajamiento que muy probablemente conduzca a un obrar indolente, despreocupado o descuidado, que indudablemente conspira contra el cumplimiento específico de la obligación.

c) El quiebre del equilibrio en la vinculación profesional-cliente, potenciando la situación de superioridad que de por sí ya tiene el primero en relación al segundo.⁴⁸⁹

La no responsabilidad puede motivar a las instituciones arbitrales a actuar sin el debido cuidado en los arbitrajes. Debe tenerse en cuenta que los bienes jurídicos que están en juego son muy importantes, no se trata de una simple actuación privada sino de una actuación que puede afectar severamente los derechos de las partes. Por ello, fomentar el debido cuidado y diligencia en este contrato puede ser muy positivo.

3.5. Necesidad de establecer normas claras sobre responsabilidad de los Centros en la LAM

Resultaría adecuado que nuestra legislación se pronuncie sobre algunos elementos básicos de lo que hemos venido concluyendo.

Sobre las funciones jurisdiccionales de los Directores de los centros, sería más adecuado que exista una norma perfectamente clara sobre este punto. Así se eliminan equívocos sobre la naturaleza jurídica de esta etapa, y se afianza la tesis de la responsabilidad extracontractual por actos jurisdiccionales de los Directores.

Sobre las funciones administrativas del Centro, sería recomendable recoger de forma expresa la posibilidad de demandarles por daños y perjuicios, para así zanjar cualquier duda que pueda existir, a pesar que consideramos que nuestro sistema avala completamente la posibilidad de demandar a la institución.

⁴⁸⁸ *Id.* p. 159.

⁴⁸⁹ *Ibíd.*

Tal es el ejemplo de la legislación española.

Art. 21.- Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos.

1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.⁴⁹⁰

Nosotros podemos seguir esta tendencia y legislar al respecto. Debe tenerse en cuenta por el legislador que puede ser conveniente reducir los supuestos por los que responde la institución arbitral para evitar que se incentive la presentación de demandas frívolas cada vez que una parte se vea perjudicada por un laudo arbitral. Todo dependerá de lo que se considere más adecuado para el funcionamiento del arbitraje en el país.

3.6. Conclusiones del capítulo 3

La distinción del régimen de responsabilidad en el que nos encontramos es sumamente relevante. Para empezar, la prescripción de las acciones es distinta, en responsabilidad contractual es de diez años y en la extracontractual es de cuatro años desde que se perpetuó el daño.

Además, en la responsabilidad contractual existe una gradación de la culpa que depende del tipo de contrato celebrado, y la extracontractual no tiene gradación, por lo que no existe responsabilidad por culpa levísima.

Adicionalmente, en la responsabilidad extracontractual existe una norma que prescribe la solidaridad entre varios autores de un delito o cuasidelito. En cambio en la contractual no existe esa solidaridad.

Finalmente, respecto del alcance de la indemnización, en la responsabilidad extracontractual se responde por todo el daño consecuencia del ilícito, en cambio, en la responsabilidad contractual se distingue entre la culpa y el dolo para determinar el alcance. Si ha existido culpa se responde solamente por el daño que se previó o pudo preverse al momento de celebrar el contrato. Por su parte en el caso del dolo, se responde por todos los perjuicios que han sido ocasionados por el incumplimiento.

⁴⁹⁰ Ley 60/2003 sobre Arbitraje de España. Artículo 21. Publicado en BOE Num. 309 de 2003.

Es por estos motivos que consideramos fundamental que se distinga en la esfera de qué responsabilidad nos encontramos, para evitar que un eventual perjudicado se equivoque de acción al momento de solicitar una indemnización, o que la institución arbitral conozca los riesgos a los que se atiene por el ejercicio de sus funciones.

Consideramos que la responsabilidad de los centros es contractual porque se cumplen plenamente los requisitos para que exista el contrato de administración de arbitraje. Existe una oferta de arbitraje de la institución arbitral que es aceptada por las partes, por lo que hay consentimiento. El objeto y la causa están descritos a cabalidad en el capítulo 1. Al cumplirse todos estos requisitos, existe un contrato de administración de arbitraje que si cumple todos los requisitos de validez, será válido.

La piedra angular del sistema arbitral es la voluntad de las partes. Y también es el fundamento principal por el que una institución está legitimada para intervenir en una controversia. Este es un motivo adicional para considerar que la responsabilidad debe ser contractual. Todo esto provoca que se aplique la teoría general del negocio jurídico y de los contratos a este negocio jurídico bilateral.

No obstante, consideramos que el Director de la institución arbitral responde por el ejercicio de funciones jurisdiccionales, de manera que su responsabilidad es extracontractual, y equiparable a la de los jueces, por lo que lo desarrollado en el capítulo 2 es aplicable al Director y no al centro.

Nuestro sistema ha elevado al arbitraje a la categoría de servicio público, esto nos demuestra que nuestro sistema tiene una inclinación por la teoría jurisdiccional del arbitraje. Y en virtud de esta declaración, los jueces y los árbitros son semejantes de una forma muy cercana en nuestro sistema.

La doctrina local y jurisprudencia extranjera, escasa pero existente, ha reconocido que la etapa pre-arbitral en los arbitrajes administrados es fundamental para el correcto desempeño del arbitraje. Inclusive, se ha reconocido que el Director del centro se encuentra ejerciendo poderes que forman parte de una función pública, cuando califica la demanda, notifica a las partes sobre las actuaciones del tribunal, cita al demandado con la demanda y al actor con la reconvención, resuelve recusaciones, entre otras.

Hemos concluido que el Director del Centro ejerce funciones jurisdiccionales por varios motivos.

En primer lugar, por la definición de jurisdicción que trae nuestra legislación que exige que la jurisdicción sea encomendada solamente a las personas que la ley designe. Para

ejercer las funciones mencionadas, la Ley de Arbitraje y Mediación elige a los Directores de los centros. Todos estos actos están dotados de un contenido eminentemente procesal. Y esto tiene total compenetración con la tesis jurisdiccionalista del arbitraje, que señala que el arbitraje se puede dar a cabo porque el Estado ha delegado esta potestad a ciertas personas. Para que el arbitraje administrado pueda llevarse a cabo, nuestra ley les concede a los Directores, estas potestades jurisdiccionales.

En segundo lugar, en los arbitrajes *ad hoc* todas estas funciones son ejercidas por los árbitros, sin que se cuestione de forma alguna su naturaleza jurisdiccional.

En tercer lugar, todos estos actos, de calificación a la demanda, notificación, citación, recusación, entre otros, se encuentran regulados expresamente por el Código de Procedimiento Civil y son actividades que ordinariamente están encomendadas a los jueces.

En cuarto lugar, porque todas estas actividades se llevan a cabo dentro del marco de un arbitraje, por lo que si se reconoce el carácter jurisdiccional de las últimas etapas del arbitraje, también tiene que reconocerse este carácter respecto de las primeras.

Finalmente, las decisiones que toma el Director de la institución en esta etapa, tiene consecuencias muy importantes en cuanto al derecho al acceso a la justicia y la tutela efectiva de los derechos, y además, están destinadas al impulso del arbitraje.

Debido a que las funciones que ejerce el Director del Centro son jurisdiccionales, su responsabilidad tiene un régimen distinto que la institución arbitral. Como se trata de una función jurisdiccional, resulta aplicable el razonamiento que hicimos en el segundo capítulo sobre la responsabilidad de los jueces. Por ello, concluimos que solamente en los casos señalados por el Art. 15 del Código Orgánico de la Función Judicial, van a responder los Directores de los centros. Y estos casos son el retardo injustificado, la negligencia, la denegación de justicia o el quebrantamiento de ley.

Como consecuencia de esto, todo el régimen de responsabilidad extracontractual se aplica al Director. De manera que es necesario demostrar la culpa o el dolo del Director del Centro, su capacidad delictual, el daño sufrido y la relación de causalidad entre el hecho culposo o dañoso y el perjuicio. Todo ello, además de probar que estamos ante uno de los 4 supuestos señalados por la ley para que el Director responda.

Además, los eximentes de responsabilidad son los mismos que los que fueron mencionados anteriormente, la culpa de la víctima, el caso fortuito y la fuerza mayor, la violencia física o moral, y el hecho de un tercero.

Respecto de la culpa de la víctima, debe haber hecho uso de los recursos que la ley contempla para impugnar las decisiones que le son perjudiciales. Si por negligencia de la víctima no se presentaron estos recursos, como lo es la petición de nulidad, y se produjo un daño irreparable en su contra, es injusto que sea el Director del Centro quien asuma la totalidad de la indemnización. El juez será quien analice si se trata de un caso de culpa compartida o de culpa exclusiva de la víctima para rebajar la indemnización a pagarse.

Respecto del alcance de la indemnización, en la responsabilidad extracontractual todo daño que se impute al dolo o culpa de una persona, debe ser indemnizado. Por ello, todo daño que sea consecuencia del dolo o la culpa del Director deberá ser reparado. Esto incluye el daño emergente, el lucro cesante, y también la indemnización por daño moral.

Todas estas precisiones deben entenderse bajo el supuesto de pérdida de una chance debido a que son casos en los que han existido pérdidas de oportunidades. No obstante, los daños que sí sean consecuencia directa del ilícito cometido por el Director deben ser indemnizados, sólo en caso de que se traten de hipótesis sobre una oportunidad negada que pudo cambiar el rumbo del arbitraje, entra en juego la disminución de la indemnización por la pérdida de una chance.

Finalmente, resultan aplicables las normas sobre solidaridad en caso de que exista una persona que coadyuve a que se produzca el daño, y las normas que contemplan los plazos de prescripción del Art. 34 del Código Orgánico de la Función Judicial también son aplicables.

El arbitraje institucional fue creado para alivianar la carga de las partes de hacerse responsables por los temas administrativos del arbitraje. En ningún momento se buscó una entidad que ejerza jurisdicción al mismo tiempo que los árbitros, pues a la final las partes elegían a los árbitros para que ellos ejerzan jurisdicción y no el centro.

De esta forma se evidencia que la labor de los centros se caracteriza por ser de administración y no de jurisdicción. Esto fortalece nuestra postura de la responsabilidad contractual de la institución arbitral.

Las obligaciones y beneficios de la institución arbitral se encuentran detallados en su Reglamento, que como concluimos, tiene una naturaleza contractual pues recoge el contenido de la oferta de administrar arbitraje de la institución y una vez que el consentimiento se perfecciona, se trata de las condiciones generales de contratación. No se trata de ninguna norma emanada de un poder público, ni el centro es competente para expedir una norma de carácter general.

Como analizamos en el primer capítulo, este contrato es de adhesión porque las partes no negocian las cláusulas del contrato, sino que éstas son redactadas única y exclusivamente por la institución arbitral.

Que este contrato sea de adhesión trae una consecuencia muy importante que empezamos a analizar en el primer capítulo y es la aplicación de la interpretación *contra proferentem*, principio interpretativo derivado de la buena fe, plenamente aplicable a nuestro sistema.

Este principio trae consigo varias consecuencias. En primer lugar, toda duda sobre el alcance de una obligación contraída por el estipulante se interpreta en su contra. En segundo lugar, todo beneficio a favor del estipulante se interpreta de forma restrictiva. Finalmente, las cláusulas especiales prevalecen sobre las generales.

Uno de los principales beneficios que las instituciones arbitrales suelen redactar a su favor es una cláusula de no responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados por las actuaciones u omisiones de los árbitros, mediadores, secretarios y peritos en el ejercicio de sus funciones.

Existen dos formas posibles de interpretar la cláusula antes mencionada. La primera, entendiéndola que esta cláusula se extiende a las funciones del centro de arbitraje y la segunda que solamente se refiere a las funciones que son exclusivas de las personas enumeradas en la cláusula.

Por tratarse de un contrato de adhesión, esta falta de claridad debe interpretarse en contra de la institución arbitral. Además, por tratarse de un beneficio en su favor, la interpretación debe ser restrictiva. De esta forma, esta cláusula no tiene ningún efecto para eximir el incumplimiento de las obligaciones de la institución arbitral.

Si la institución arbitral desearía redactar una cláusula de limitación de su responsabilidad, debería hacerlo claramente y especificar que se trata de sus propias obligaciones. Además, debe tomar en cuenta que en nuestro sistema no es posible la condonación del dolo futuro, por lo que un pacto para exonerarle del incumplimiento doloso sería nulo. Lo mismo sucede en el caso de la culpa lata, que en sus efectos es equiparable al dolo, por lo que una exoneración de culpa leve o levísima es la única que cabría.

Otro aspecto a tomar en cuenta por la institución es el estándar de culpa con el que se estudiará su comportamiento. El contrato de administración de arbitraje trae beneficios

para ambas partes, por lo que el estándar es el de culpa leve, que es la del buen padre de familia en sus propios negocios.

No obstante, se debe aclarar que no es el estándar de un buen padre de familia común, sino un estándar de un experto como buen padre de familia, debido a que la institución arbitral es especializada en administrar arbitrajes y cuenta, supuestamente, con el personal calificado y la experiencia necesaria para el correcto desenvolvimiento del arbitraje.

Existen razones a favor y en contra de establecer cláusulas de exoneración de responsabilidad. A favor, estos pactos pueden promover la creación de nuevas instituciones arbitrales y que el arbitraje crezca en el país, y se mejore el servicio por la competencia creciente. En contra, que el hecho de que el deudor sepa que no va a ser responsable por su incumplimiento, provoca que su comportamiento sea descuidado y negligente.

La importancia de los bienes jurídicos que están en juego es tal, que debe considerarse seriamente la posibilidad de prohibir este tipo de cláusulas, dependiendo del objetivo que busque el legislador. Resultaría adecuado que la ley se pronuncie expresamente sobre la posibilidad de demandar a los centros de arbitraje para que conozcan los riesgos en los que incurren en el ejercicio de sus funciones y para que las personas que sufren perjuicios por el mal desempeño de la institución pueda demandar una indemnización, pues al final, es un principio consagrado por nuestro ordenamiento jurídico el que todo daño debe ser reparado.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Sobre la responsabilidad de las instituciones arbitrales

El arbitraje institucional fue creado para que los árbitros puedan resolver los temas jurisdiccionales y las partes no se vean obligadas a colaborar entre sí cuando justamente se encuentran en disputa. Por ello, la labor del centro es esencialmente administrativa.

La responsabilidad de las instituciones arbitrales es contractual. Esto se debe a que existe un contrato que hemos llamado contrato de administración de arbitraje que se perfecciona a través de la aceptación de la oferta pública de administrar el arbitraje de la institución arbitral por parte de quienes celebraron el convenio arbitral. Es un contrato plurilateral, oneroso, conmutativo, consensual, de tracto sucesivo, de adhesión e innominado.

Por tratarse de un contrato de tracto sucesivo y plurilateral, la resolución del contrato en virtud de la condición resolutoria tácita no es aplicable sino solamente la terminación del contrato.

Deben cumplirse todos los requisitos para que exista responsabilidad civil contractual por parte de la institución. Estos son: el incumplimiento, el dolo o la culpa y un daño. Respecto del incumplimiento, este puede ser absoluto, imperfecto o tardío. Para que éste sea declarado, la institución debe encontrarse en mora.

En relación con el daño, el perjudicado debe probarlo, y debe demostrar si hubo daño emergente y lucro cesante.

La institución arbitral responde por culpa leve, que es la del buen padre de familia en sus propios negocios, por tratarse de un contrato que reporta beneficio para ambas partes. No obstante, el estándar aplicable no es el de un buen padre de familia común sino el de un experto como buen padre de familia porque la institución arbitral es un experto calificado en administrar arbitrajes.

Respecto del alcance de la indemnización, si hubo dolo, la institución arbitral debe todos los daños producidos como consecuencia directa de su incumplimiento. Si hubo culpa, debe los daños previstos o previsibles al momento de contratar. Como analizamos en el primer capítulo, este contrato es similar al mandato y la confianza juega un papel fundamental para elegir a la institución arbitral. La responsabilidad también debe verse

como en el mandato, e implica que la fijación de la indemnización para las instituciones arbitrales debe ser más estricta, debido a la confianza que las partes depositan en el centro.

La institución puede alegar todas las excepciones de la teoría de los contratos que existen, como la *exceptio non adimpleti contractus*. También puede alegar la *rebus sic standibus*, la prescripción y los eximentes de responsabilidad, con las precisiones que fueron dadas, teniendo en cuenta que no cabe la resolución de este contrato.

Como es un contrato de adhesión, las obligaciones y beneficios de la institución arbitral se encuentran detallados en su Reglamento, que se trata de las condiciones generales de contratación. Además, el que sea de adhesión provoca la aplicación de la interpretación *contra proferentem* por lo que toda duda sobre el alcance de una obligación contraída por el centro se interpreta en su contra y todo beneficio en su favor se interpreta de forma restrictiva.

Justamente, uno de estos beneficios es la cláusula de exoneración de responsabilidad presente en las condiciones generales de contratación, es decir, el Reglamento. Esta cláusula, interpretada restrictivamente, solamente se refiere a las acciones de los árbitros, peritos, mediadores y secretarios en el ejercicio de sus funciones. Por lo que no tiene ningún efecto para eximir el incumplimiento de las obligaciones de la institución arbitral.

Finalmente, es posible lograr la ejecución forzada de las obligaciones del centro. Por ser obligaciones de hacer, la institución puede ser compelida a administrar el arbitraje por orden judicial. O también se puede pedir a otra institución que lo administre y los gastos de ello deben ser cubiertos por ésta.

Sobre la responsabilidad del Director de la institución arbitral

Consideramos que el Director de la institución arbitral responde por el ejercicio de funciones jurisdiccionales, de manera que su responsabilidad es extracontractual, y equiparable a la de los jueces. Las funciones jurisdiccionales son la calificación, citación de la demanda y la reconvencción, la resolución de las recusaciones, la convocatoria a la audiencia de mediación, y la notificación de diligencias procesales antes de que se poseione el tribunal arbitral.

Consideramos que estas son funciones jurisdiccionales. Primero, la Ley de Arbitraje y Mediación les encomienda ejercerlas, y solamente a través de la ley se puede señalar a personas para ejercer jurisdicción. Segundo, en los arbitrajes *ad hoc* estas funciones son

ejercidas por los árbitros, sin que se cuestione de forma alguna su naturaleza jurisdiccional. Tercero, todos estos actos se encuentran regulados por el Código de Procedimiento Civil y son actividades que ordinariamente están encomendadas a los jueces. Cuarto, todas estas actividades se llevan a cabo dentro del marco de un arbitraje, por lo que si se reconoce el carácter jurisdiccional de las últimas etapas, también tiene que reconocerse este carácter respecto de las primeras. Quinto, las decisiones que toma el Director de la institución en esta etapa, tienen consecuencias en cuanto al derecho al acceso a la justicia y la tutela efectiva de los derechos y están destinadas al impulso del arbitraje.

Como se trata de una función jurisdiccional, responden de la misma forma que los jueces, por lo que la responsabilidad es extracontractual y se limita al retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de ley.

Para demandar una indemnización del Director, es necesario demostrar su culpa o dolo, su capacidad delictual, el daño sufrido y la relación de causalidad entre el hecho culposo o doloso y el perjuicio.

El Director puede alegar los eximentes de responsabilidad que son la culpa de la víctima, el caso fortuito y la fuerza mayor, la violencia física o moral, y el hecho de un tercero.

Respecto del alcance de la indemnización, todo daño que sea consecuencia del dolo o la culpa del Director deberá ser reparado. Esto incluye el daño emergente, el lucro cesante, y también la indemnización por daño moral.

El juez que conozca un caso como éste deberá analizar si es que estamos en presencia de una hipótesis de pérdida de una chance, porque si el perjudicado alega que una oportunidad le fue negada y ello pudo cambiar el rumbo del arbitraje, entra en juego la disminución de la indemnización por la pérdida de una chance.

Finalmente, resultan aplicables las normas sobre solidaridad en caso de que exista una persona que coadyuve a que se produzca el daño, los plazos de prescripción del Art. 34 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Recomendaciones

Sería recomendable incluir disposiciones claras en nuestra legislación sobre la responsabilidad de los centros de arbitraje y mediación. Así, todos quienes intervienen en el arbitraje administrado podrán conocer cuáles son sus responsabilidades y de qué manera

pueden regular su relación, y también, de existir un eventual perjudicado, puede conocer cuáles son las acciones con las que cuenta en nuestro sistema. El estudio que hemos realizado no solo abre la puerta para que los suscriptores del convenio arbitral demanden a la institución sino también para que ésta pueda hacerlo en contra de los usuarios de su servicio.

Además, sería conveniente que si las instituciones arbitrales desean limitar sus responsabilidades, redacten una cláusula en ese sentido, teniendo en cuenta que solamente pueden exonerarse de las conductas culposas pero no dolosas. Para protegerse de los efectos del contrato de adhesión, el consentimiento para esta cláusula podría darse por separado al Reglamento.

Sería también adecuado que exista un expreso reconocimiento del carácter jurisdiccional de la etapa prearbitral en donde interviene solamente el Director de la institución, para que exista una adecuada protección para esta etapa y que solamente puedan ser demandados por casos puntuales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DOCTRINA

- Abeliuk Manasevic, René. “El arbitraje y las obligaciones de las partes y del árbitro”. *Estudios de Arbitraje*. Primera edición. Coordinador Académico: Eduardo Picand Albónico. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2007, pp. 41-53.
- Albaladejo, Manuel. *Derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*. Vol. 1. Barcelona: José María Bosch, 1993.
- Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Contratos*. Tomo II. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1992.
- Alessandri Rodríguez, Arturo y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de Derecho Civil*. Tomo IV. Santiago de Chile: Nascimento, 1993
- Alterini, Atilio Aníbal y Roberto M. López Cabana. “Contratos Atípicos”. *Contratación Contemporánea*. Bogotá: Editorial Temis, 2000, pp. 353-367.
- Alterini, Atilio Aníbal. “Algunos perfiles actuales del contrato”. *La responsabilidad civil y la persona en el siglo XXI*. Tomo II. Lima: IDEMSA, 2010, pp. 43- 67.
- Barcia Lehmann, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil Chileno*. Tomo II. De las Fuentes de las Obligaciones. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2010.
- Barros Bourie, Enrique. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2010.
- Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones civiles*. México D.F.: Oxford University Press, 1999..
- Blackaby, Nigel, Partasides, Constantine, Redfern, Alan y Hunter, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5ta edición. Oxford University Press, 2009.
- Bonell, Michael Joachim. “The Unidroit Initiative for the Progressive Codification of International Trade Law”. *The International and Comparative Law Quarterly*. Volumen 7, Número 2, 1978, pp. 413-441.
- Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2005.
- Borda, Guillermo A. *Manual de Contratos*. Decimoctava Edición. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1998.
- Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Contratos*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- Borda, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I. Buenos Aires: Perrot, 1998.
- Born, Gary. *International Arbitration. Cases and Materials*. New York: Aspen Publishers Inc., 2011.
- Brunner, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles*. Nueva York: Wolters Kluwer, 2009.

- Bueres, Albertio J. “La apreciación de la culpa en la responsabilidad de los profesionales”. *Revista de Derecho de Daños*. Volumen 8. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2000, pp. 275- 285.
- Buffarini, Paula. “Responsabilidad civil de los jueces por daño moral”. *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. 1936-2007*. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- Caivano, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L., 2000.
- Carbonneau, Thomas E. “The exercise of contract freedom in the making of arbitration agreements”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 36, No. 4. Octubre de 2003, pp. 1-41.
- Casarino Viterbo, Mario. *Manual de Derecho Procesal*. Tomo III. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2005.
- Castro Durán, Ricardo Manuel. “Los pactos limitativos de la responsabilidad civil del abogado.” *Revista de Derecho de Daños*. Volumen 1. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2005, pp. 151-164.
- Cazeaux, Pedro Néstor. “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual e hipotético. Pérdida de chance.” *Temas de responsabilidad civil*. En honor al Dr. Augusto M. Morello. La Plata: Platense, 1981.
- Chasares, Marcela, Adriana Minniti y Claudio Pérez Leo. “Limitaciones a la fuerza obligatoria: Lesión, Imprevisión y Abuso de Derecho”. *Tratado de Derecho Comercial*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2000, pp. 529-593.
- Claro Solar, Luis. “Ligeras observaciones sobre la prestación de la culpa en el contrato de mandato”. Raúl Tavorari Oliveros (director). *Contratos*. Tomo II. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2010.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo XI. Bogotá: Editorial Jurídica Chile, 1992.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1988.
- Compagnucci de Caso, Rubén H. *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Astrea, 1992.
- Contraloría General del Estado de Ecuador. *Manual de Auditoría Gubernamental*. Capítulo VIII.
- Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Lección Tercera: Los elementos de la responsabilidad extracontractual. “La nocividad. El daño”. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2011, pp. 137-179.
- Dalmacio Andrada, Alejandro. “Responsabilidad de los magistrados judiciales. Derecho Argentino”. *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. 1936-2007*. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- De la Quadra Salcedo, Tomás. “El principio de legalidad en las actuaciones de las administraciones públicas”. Disponible en: <http://ocw.uc3m.es/derecho-administrativo/instituciones-basicas-del-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion3.pdf>.
- De La Rúa, Angelina Ferreyra y Manuel E. Rodríguez Juárez. “Competencia Civil”. *Manual de derecho procesal civil*. Tomo I. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2009.

- Devis Echandía, Hernando. *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis, 2009.
- Díez Picazo, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Cuarta Edición. Madrid: Editorial Civitas, 1993.
- Estigarribia Bieber, María Laura. “Interpretación de los Contratos. Evolución de sus Principios”. *Anuario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*. Tomo XI. Año académico 2007-2008, publicado en 2011.
- Fernández Madero, Jaime. *Derecho de Daños. Nuevos Aspectos Doctrinarios y Jurisprudenciales*. Buenos Aires: La Ley, 2003.
- Fernández Rozas, José Carlos. “Luces y sombras del arbitraje institucional en los litigios transnacionales”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2776/14.pdf>. pp. 321-365.
- Ferragioli, Luigi en García Falconí, José. *La demanda civil de daños y perjuicios y daño moral por responsabilidad subjetiva en contra de los jueces fiscales y defensores públicos*. Quito: Ediciones Rodin, 2010.
- Figueroa Yáñez, Gonzalo. *Curso de Derecho Civil*. Tomo IV. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2012.
- Furmston, Michael, Norisada, Takao y Jill Poole. *Contract Formation and Letters of Intent*. Chichester: John Wiley & Sons Ltd., 1998.
- Gaillard Emmanuel y John Savage. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer International. 1999.
- Gamboa Mahecha, Eduardo. “La carga de mitigar los daños en el régimen colombiano de responsabilidad civil extracontractual”. *Revista de Derecho Privado*. Universidad de los Andes. Enero-junio de 2014. pp. 1-23.
- Gamboa, Rafael H. *El proceso arbitral en Colombia*. Santa Fe de Bogotá: Colección profesores, Pontificia Universidad Javeriana, 1992.
- García Falconí, José. *La demanda civil de daños y perjuicios y daño moral por responsabilidad subjetiva en contra de los jueces fiscales y defensores públicos*. Quito: Ediciones Rodin, 2010.
- García Larriva, Hugo. “Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, 2011, pp. 65-110.
- Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General del Acto Jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991.
- Goel, Nirmal. “Doctrine of Contra- Proferentem in Contracts Management”. *The Indian Arbitrator*. Indian Institute of Arbitration and Mediation. Enero de 2011.
- González de Cossío, Francisco. “Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje: Homenaje a Don Raúl Medina Mora”. Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>.
- González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Porrúa: México, 2004.

- González de Cossío, Francisco. *El Arbitraje y la Judicatura*. Guadalajara: Editorial Porrúa, 2007.
- Gonzalo Qurioga, Marta. “Guía práctica de un procedimiento arbitral conforme al sistema español”. *Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia*. Universidad San Francisco de Quito. Número 10, 2007, pp. 112-118.
- Guerrero del Pozo, Juan Francisco. “¿Cabén las medidas cautelares constitucionales en contra de un proceso arbitral?”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Cevallos, 2011.
- Jiménez Asúa, Luis en Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Bogotá: Legis, 2008.
- Lacruz Berdejo, Jose Luis, et. Al. *Parte General del Derecho Civil*. Volumen Segundo. Personas. Barcelona: José María Bosch, 1990.
- Legal-Empresarial. “Contrato de prestación de servicios profesionales. Características y aplicación.” *Taller de Prácticas*. No. 449, marzo de 2008.
- Levine, Judith. “The PCA & other international arbitral institutions: developments in Mauritius”. 2 de mayo de 2012. Disponible en: http://www.arbitration-icca.org/media/1/13371679808210/international_arbitral_institutions_and_their_developments_in_mauritius_judith_levine.pdf.
- Lew, Julian D. M., Mistelis, Loukas A. y Stephan Michael Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
- Lorca Navarrete, Antonio María y Joaquín Silguero Estagnan. *Derecho de Arbitraje Español*. Madrid: Dykinson, 1994.
- Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los Contratos. Parte General*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2010.
- Mantilla Serrano, Fernando. “La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI”. *El arbitraje en los conflictos económicos internacionales*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1995.
- Marchán M, Juan Manuel. “El procedimiento arbitral administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI”. *Derecho Económico Internacional*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2006, pp. 193-206.
- Márquez, José Fernando. “Valoración y cuantificación de la pérdida de chances”. *Revista LLC*. Julio de 2008.
- Martínez Alarcón, Javier. *Teoría General de las Obligaciones*. México: Oxford University Press, 2000.
- Mercado Carrion, Teddy. “Arbitraje Internacional: La Cláusula de Resolución de Controversias en los Contratos con los Estados.” *Mondaq Business Briefing*. No. 2012, enero 2012, pp. 1-3.
- Messineo, Francisco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.
- Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia. *Guía para el funcionamiento de Centros de Conciliación y/o de Arbitraje*. Bogotá: Kronos Impresores, 2007.
- Moreno, Juan Damián. *Introducción al sistema judicial español*. Madrid: Dykinson, 2010.

- Mosset Iturraspe, Jorge. “Las chances. Responsabilidad de los abogados”. *Revista de Derecho de Daños*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 69-88.
- Mosset Iturraspe, Jorge. *Código Civil Comentado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.
- O'Callaghan, Xavier. “Contrato de mandato. Concepto y clases”. *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 2 (Obligaciones y Contratos) Volumen 2. Madrid: Edersa, 2004.
- Onyema, Emilia. “Other collateral contracts”. *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*. Routledge, 2010. Sección 4.1.2. Disponible en: http://books.google.com.ec/books?id=2qaMAgAAQBAJ&pg=PR1&lpg=PR1&dq=International+Commercial+Arbitration+and+the+Arbitrator%E2%80%99s+Contract&source=bl&ots=qUg-wa0dhl&sig=IVNp_t0863UqtVhwxwT5UWmrA7w&hl=es-419&sa=X&ei=0OpHVPa3HZHfsATYq4GAAQ&ved=0CDoQ6AEwAw#v=onepage&q=International%20Commercial%20Arbitration%20and%20the%20Arbitrator%E2%80%99s%20Contract&f=false.
- Ospina Fernández, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2000.
- Ospina Fernández, Guillermo. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2005.
- Parraguez, Luis. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro Cuarto: Teoría General de las Obligaciones*. Vol. 1. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000
- Paulsson, Jan. *Denial of Justice in International Law*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2005.
- Piedecabras, Miguel A. “La pérdida de chance en la CSJN”. *Revista de Derecho de Daños*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 173-186.
- Pinochet Olave, Ruperto. “La Formación del Consentimiento a Través de las Nuevas Tecnologías de la Información. Parte I: La Oferta Electrónica”. *Ius et praxis*. Número: 10-2, junio de 2004.
- Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo IV. México DF: Cardenas Editor y Distribuidor, 1991.
- Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo V. Segunda Edición. México DF: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991.
- Pratesi, Juan Carlos. “Clasificación de los Contratos”. *Tratado de Derecho Comercial*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2000, pp. 33-71.
- Pratesi, Juan Carlos. “Efectos de los contratos”. *Tratado de Derecho Comercial*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2000, pp. 381-419.
- Pratesi, Juan Carlos. “Efectos propios de los contratos bilaterales y onerosos”. *Tratado de Derecho Comercial*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2000, pp. 421-527.
- Quintero de Prieto, Beatriz. *Teoría Básica de la Indemnización. Manual de Responsabilidad Civil*. Bogotá: Leyer, 2000.
- Rabinovich-Berkman, Ricardo D. *Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: Astrea, 2000.

- Rasmussen, Matthew. "Overextending Immunity: Arbitral Institutional Liability in the United States, England, and France". *Fordham International Law Journal*. Volumen No. 26, Ejemplar No. 6, 2002.
- Redfern, Alan; Hunter, Martin; Blackaby, Nigel y Constantine Partasides. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres: Sweet and Maxwell, 2004.
- Rinessi, Antonio Juan. "Eximentes de Responsabilidad Contractuales." Eximentes y causas de justificación. Los presupuestos y las eximentes." *Revista de Derecho de Daños*. Volumen 1. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2006, pp. 171-187.
- Rivera, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.
- Rizzo Romano, Alfredo H. "Responsabilidad Civil de los jueces y funcionarios judiciales. El punto de vista de un juez". *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. 1936-2007*. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- Roca Martínez, José María. *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. Barcelona: José María Bosch, 1992.
- Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Contractual*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2012.
- Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2009.
- Rodríguez Olmos, Javier M. "Contexto y construcción de la regla "interpretatio contra proferentem" en la tradición romanista". *Revista de Derecho Privado*. 2008..
- Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje. La Justicia Alternativa*. Guayaquil: Distrilib, 2007.
- Santos Briz, Jaime. "Responsabilidad Contractual y Responsabilidad Extracontractual. Casos Dudosos o Conjuntos. El Aparcamiento de Vehículos." *La responsabilidad civil. Temas actuales*. Madrid: Montecorvo, 2007. Disponible en: http://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/Responsabilidad+Contractual+y+Responsabilidad+Extracontractual.+Casos+Dudosos+o+Conjuntos.+El+Aparcamiento+de+Veh%C3%ADculo/vid/389260.
- Spota, Alberto G. *Contratos. Instituciones de Derecho Civil*. Segunda Edición. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo II. Bogotá: Legis, 2008.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo I. Bogotá: Legis, 2008.
- Tavolari Oliveros, Raúl. *Jurisprudencias esenciales. Derecho Civil*. Tomo I. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2010.
- Tawil, Guido Santiago. *La responsabilidad del Estado y de los magistrados y funcionarios judiciales por el mal funcionamiento de la administración de justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1993.
- Theiss, Wolf. "Arbitral Institutions and Arbitration Rules". Disponible en: http://www.wolftheiss.com/index.php/intro_arbinst-arbrules.html.

- Trigo Represas, Félix A. “La noción de las eximentes y su vigencia en el Derecho Argentino. Eximentes y causas de justificación. Los presupuestos y las eximentes.” *Revista de Derecho de Daños*. Volumen 1. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2006, pp. 21-110.
- Trigo Represas, Félix A. “La pérdida de chance en el Derecho de Daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. Noción.” *Revista de Derecho de Daños*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 53-67.
- Ulpiano. *Digesto*. Libro V, título I, Ley 15, párr.. 1.
- Vanossi, Jorge Reinaldo. “La Responsabilidad de los jueces por actos inherentes a sus funciones”. *Responsabilidad Civil. Doctrinas Esenciales. 1936-2007*. Buenos Aires: La Ley, 2007.
- Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis, 2006.
- Vial del Río, Víctor. *Teoría general del acto jurídico*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2011.
- Vodanovic, Antonio. *Derecho Civil. Parte Preliminar y Parte General*. Tomo II. Santiago de Chile: Ediar, 1991.
- Zannoni, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea, 1993.

JURISPRUDENCIA

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1038/02 de 28 de noviembre de 2002. Fundamento 12. Disponible en: <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-1038-02.htm>.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-600 de 18 de agosto de 1999. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/SU600-99.htm>.
- Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito. *Caso Ezra Austern c. The Chicago Board Options Exchange*. Sentencia de 15 de marzo de 1990.
- Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Sexto Circuito. *Caso Corey c. New York Stock Exchange*. Sentencia de 2 de noviembre de 1982.
- Corte de Apelaciones de París. Cámara Primera, sección C. *Caso SNF SAS c. CCI*. Causa No. 2007-1949. Sentencia de 22 de enero de 2009.
- Corte Distrital de los Estados Unidos para Luisiana. *Caso Jason et At. c. American Arbitration Association*. Sentencia de 23 de mayo de 2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Salvador Chiriboga c. Ecuador*. Caso No. 222. Sentencia de 3 de marzo de 2011.
- Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. *Caso Geovanny Petrilli D'Agostini c. Alfredo Oramas González y otros*. Sentencia de 1 de junio de 2010.
- Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Caso Comité "Delfina Torres Vda. de Concha" c. PetroEcuador y otros*. Sentencia de 29 de octubre del 2002.

Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 242-2007. Sentencia de 11 de julio de 2007.

Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia de 26 de abril de 2000. Gaceta Judicial Año CI, serie XVII, No. 3.

Corte Suprema de Justicia de Ecuador. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia de 1 de septiembre de 2004. Gaceta Judicial Año CV, serie XVII, No. 15.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Sentencia de 31 de julio de 2001. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 9.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. *Caso Lady María Solórzano Looor c. Sul América Compañía de Seguros C.A.* Sentencia de 24 mayo de 2001. Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 6.

PLEXO NORMATIVO

Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio De Quito. Expedida el 21 de julio de 2011.

Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro Internacional de Arbitraje y Mediación (CIAM) de la Cámara de Industrias y Comercio Ecuatoriana Británica y de la Cámara de Industrias y de la Producción. Expedido el 29 de enero de 2010.

Código Civil. Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Código de Comercio. Registro Oficial Suplemento 1202 de 20 de agosto de 1960.

Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005.

Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley 60/2003 sobre Arbitraje de España. Publicado en BOE Num. 309 de 2003.

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.

Ley de Cámaras de Comercio. Registro Oficial 131 de 7 de marzo de 1969.

Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos. Registro Oficial Suplemento 557 de 17 de abril de 2002.

Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Expedido el 9 de agosto de 2006.

Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. Expedido el 26 de octubre de 2010.

