

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

Límites a la flexibilidad del proceso arbitral con respecto a la práctica de la prueba: análisis a partir del caso CHAPARRO ÁLVAREZ C. REPÚBLICA DEL ECUADOR

Andrea Camila Torres Montenegro

Hugo García Larriva, LL.M., Director de Tesis

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

Abogada

Quito, mayo de 2015

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Límites a la flexibilidad del proceso arbitral con respecto a la práctica de la prueba: análisis a partir del caso CHAPARRO ALVAREZ C. REPUBLICA DEL ECUADOR”

Andrea Torres Montenegro

Dr. Luis Parraguez
Presidente del Tribunal e Informante

 Abo. Hugo García Larriva
Directora de Tesis

Dr. Jaime Vintimilla
Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia

 The image shows four handwritten signatures in blue ink, each placed over a horizontal dotted line. The signatures are written in a cursive style. The first signature is at the top, followed by the second, then the third, and the fourth at the bottom. The lines are positioned to the right of the text labels for the respective officials.

Quito, 20 de Mayo de 2015

Hugo García Larriva
32 Rue de Monnaie
Paris – 75001
(Por correo electrónico)

Paris, 20 de marzo de 2015

Dr.
Luis Parraguez Ruiz
Decano de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito
Quito-

Estimado Luis,

Me complace recibir el informe aprobando la tesis de Andrea Camila Torres Montenegro intitulada "Límites a la flexibilidad del proceso arbitral con respecto a la práctica de la prueba: análisis a partir del caso CHAPARRO ÁLVAREZ C. REPÚBLICA DEL ECUADOR".

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

La alumna trabaja dos problemas: 1) la naturaleza jurídica de las normas procesales en arbitraje; 2) los límites que existen a la determinación de estas normas procesales.

Los problemas a investigar tienen relevancia desde un aspecto académico y desde un aspecto práctico.

Desde el aspecto académico, los problemas estudiados presentan una importante discusión sobre la interacción entre la normativa procesal y la autonomía de la voluntad. Las normas procesales siempre han estado referenciadas académicamente desde la perspectiva del derecho procesal. Una dogmática casi escolástica bajo el halo de "Derecho público y orden público" ha frenado el debate académico sobre el rol de las partes litigantes en el desarrollo de la normativa procesal. Con el desarrollo y avance del arbitraje, la naturaleza misma de éste, ha roto ese paradigma. Sin embargo, poco o nada se ha escrito en el Ecuador sobre la naturaleza negocial de la normativa procesal en arbitraje y el rol fundamental que la autonomía de la voluntad juega en su determinación. Evidentemente, el análisis no fuese completo si no se determinara qué límites se imponen a este ejercicio negocial.

Desde la perspectiva práctica, los problemas abordados por la estudiante son de radical utilidad. Cada vez menos, pero aún con amplia frecuencia, se encuentra en la práctica del arbitraje quienes sostienen que, en el procedimiento arbitral, la normativa del Código de Procedimiento Civil es aplicable de manera automática y prioritaria. Estos litigantes, cada vez que un tribunal o su contraparte se apartan de esas disposiciones, amenazan con acciones de nulidad que intimidan a los tribunales arbitrales. Por lo que el estudio de este problema traerá luces a los litigantes, académica y jueces.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada por la alumna es que la normativa procesal en arbitraje no es necesariamente de orden público ni de derecho público, por lo que están sometidas a la autonomía de la voluntad; sin embargo de lo cual, encuentran un límite en la ley, las buenas costumbre y el orden público en sí mismo. Desde esta perspectiva, la hipótesis planteada es trascendente porque da respuesta a los problemas planteados y perfila de manera cuidadosa los límites fenomenológicos donde se desenvuelve.

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

La estudiante hace gala de un gran número de autoridades para sustentar sus afirmaciones y conclusiones. Esto, en general, es señal de una disciplina y rigurosidad académica deseable en todo trabajo de investigación. Las principales fuentes que la alumna refiere en su trabajo son literatura y precedentes jurisprudenciales. Los primeros son siempre de autoridades reconocidas en los campos pertinentes, sea Derecho civil, Arbitraje, Derecho procesal, u otro. Sobre las segundas fuentes, es digno de rescatar el esfuerzo de recolección de jurisprudencia ecuatoriana para sustentar cada uno de sus puntos. En un país donde la jurisprudencia no abunda, en su mayoría es escueta y elusiva, es un gran logro. Este trabajo es, sin lugar a duda, un gran aporte de la tesista.

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

Sin concordar en un cien por ciento con los criterios expuestos por la alumna en su tesis, cabe destacar que el trabajo está estructurado de una manera extremadamente lógica y cada parte está sustentada con argumentos y conclusiones coherentemente estructurados. Pare efectos metodológicos y con el fin de restringir el universo de la investigación, la alumna advierte que se centrará en la normativa procesal en materia probatoria, y en específico, en el análisis de un caso, *i.e.*, Caso Chaparro c. Estado Ecuatoriano.

El primer capítulo analiza la naturaleza jurídica de las normas procesales en la jurisdicción ordinaria. Este capítulo es importante desde la perspectiva metodológica, pues sirve como el elemento de control (estándar) frente al cual las premisas de las hipótesis son contrastadas y probadas. En este capítulo la alumna concluye que, en la jurisdicción ordinaria, las normas procesales pertenecen al Derecho público y son, a su vez, de orden público. Consecuentemente ni las partes ni los adjudicadores tiene la potestad de modificarlas. Un desapego de esta normativa causaría, *in genere*, una nulidad procesal.

El segundo capítulo es la respuesta al primer problema, *i.e.*, la naturaleza jurídica de la normativa procesal en arbitraje. Desde la perspectiva metodológica, este capítulo constituye la desviación del elemento de control. Así, el capítulo diferencia las premisas que sostienen las conclusiones del primer capítulo con el fin de sostener que, bajo los supuestos de la hipótesis, la normativa procesal en materia de arbitraje tiene una naturaleza distinta a la que tiene en la jurisdicción ordinaria. La estudiante concluye que la naturaleza jurídica de las normas procesales en arbitraje es negocial, pues la Ley de Arbitraje y Mediación ha otorgado el poder a las partes para diseñar los procedimientos arbitrales. En este sentido, la normativa procesal en materia de arbitraje es dispositiva y no de orden público.

El tercer capítulo, desde la perspectiva metodológica, es sumamente importante. Este capítulo delimita el aspecto fenomenológico en el cual se desenvuelve la autonomía de la voluntad en materia procesal que fue analizada en el segundo capítulo. Este capítulo analiza las variables por las cuales en el primer capítulo se considera de orden público a la normativa procesal, y analiza las mismas variables desde la perspectiva negocial. La alumna concluye que, la autonomía de la voluntad tiene, en sí misma, un límite en el orden público, sin que por esto se convierta en parte del mismo. Esos límites que observa el orden público garantizan, en general, el debido proceso y el derecho a la defensa. Por último, la alumna concluye que, cualquier transgresión a estos límites debe ser sancionada con nulidad absoluta, cuando posible, parcial del convenio arbitral.

Por lo expuesto señor Decano, recomiendo que la presente tesis sea presentada para su defensa oral.

Atentamente,



Hugo García Lariva

© 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: Andrea Camila Torres Montenegro

C.I.: 1716049836

Lugar y fecha: Quito, mayo 2015

*Este trabajo es para mis pas, mi ñaña y
mi novio quienes me apoyaron tanto
durante este proceso. Además, agradezco
a Hugo García, mi Director, quien ha
sido una excelente guía y un buen amigo.*

Resumen

Esta tesina tiene como objetivo demostrar que las normas adjetivas que regulan al procedimiento arbitral, especialmente aquellas relacionadas a la práctica de la prueba, no son de orden público ni de obligado cumplimiento como sí lo son en la justicia ordinaria. Esto tiene su fundamento en el principio de autonomía de la voluntad que rige al arbitraje y permite su flexibilidad, pues al tener un origen contractual, las partes pueden configurar libremente cada una de sus cláusulas y así determinar cómo, dónde y bajo qué reglas se va a llevar a cabo el procedimiento.

La LAM recoge este principio y permite a las partes pactar las reglas procedimentales para el arbitraje. Bajo esta hipótesis, las partes no pueden exceder los límites de la autonomía privada y por lo mismo las reglas deben respetar la ley, el orden público y las buenas costumbres, ya que en caso contrario serán anulables.

Abstract

This thesis proposes to prove that procedural norms in arbitration, especially those used for valuation of evidence, are not of public policy or mandatory as are those established in statutory law. As arbitration has its foundation on the will of the parties and as it has contractual origins, the parties can determine the rules governing the proceedings and allow arbitration to be more flexible than ordinary procedural law.

The Arbitration and Mediation Law in Ecuador allows parties in arbitration to set their own procedural rules. However, they must respect the limits imposed by law, public policy and moral custom. If they fail to fulfill these requirements, their acts in relation to the arbitral proceedings shall be voidable.

Tabla de contenido

RESUMEN	9
ABSTRACT	10
ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN	15
1 NORMAS QUE REGULAN PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN JUICIOS ORDINARIOS SON DE DERECHO Y ORDEN PÚBLICO	18
1.1 DERECHO PROCESAL EN LOS JUICIOS ORDINARIOS COMO DERECHO PÚBLICO	18
1.2 RELACIÓN ENTRE LAS NORMAS DE DERECHO PROCESAL Y ORDEN PÚBLICO, DENTRO DE LOS JUICIOS ORDINARIOS	24
1.2.1 <i>Definición de orden público</i>	24
1.2.2 <i>¿Son las normas procesales que rigen los juicios ordinarios de orden público?</i>	28
1.3 PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN JUICIOS ORDINARIOS EN EL ECUADOR: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA	33
1.4 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO I	37
2 FLEXIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL CON RESPECTO A LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA ...	40
2.1 AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO FUENTE DEL ARBITRAJE	40
2.1.1 <i>Tesis sobre los efectos de la autonomía de la voluntad</i>	41
2.1.2 <i>Componentes del principio de la autonomía privada</i>	45
2.1.3 <i>Fuerza vinculante de la autonomía privada</i>	49
2.2 CLÁUSULA ARBITRAL Y <i>RECEPTUM ARBITRII</i> COMO FUENTES DE LAS NORMAS PROCESALES EN EL ARBITRAJE	51
2.2.1 <i>Voluntad privada reflejada en la cláusula arbitral: requisito material y procesal para acudir al arbitraje</i>	51
2.2.2 <i>Contrato de receptum arbitrii: naturaleza, derechos, obligaciones y facultades del tribunal arbitral</i>	60
2.3 ANÁLISIS DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE CHAPARRO C. ECUADOR	73
2.4 FLEXIBILIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL, RESPECTO DE LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA, DETERMINA LA NATURALEZA NEGOCIAL DE LAS NORMAS PROCESALES APLICABLES	83
2.5 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO II	88
3 LÍMITES A LA FLEXIBILIDAD DEL PROCESO ARBITRAL CON RESPECTO A LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA	91
3.1 LA LEY COMO LÍMITE A LA VOLUNTAD PRIVADA DENTRO DEL TEMA ANALIZADO	92
3.2 IMPLICACIONES DEL ORDEN PÚBLICO COMO LÍMITE A LA AUTONOMÍA PRIVADA RESPECTO DE LAS NORMAS PROCEDIMENTALES EN EL ARBITRAJE	95

3.2.1	<i>Derecho a la defensa</i>	97
3.2.2	<i>Derecho de igualdad</i>	102
3.2.3	<i>Derecho de contradicción</i>	105
3.3	AUTONOMÍA PRIVADA LIMITADA POR LAS BUENAS COSTUMBRES	108
3.4	CUMPLIMIENTO DE ESTOS LÍMITES EN EL ARBITRAJE CHAPARRO C. ECUADOR	108
3.5	¿QUÉ SUCEDE SI LAS PARTES NO RESPETAN ESTOS LÍMITES?.....	110
3.6	CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO III.....	120
CONCLUSIONES GENERALES DE LA TESINA		123
TABLA DE AUTORIDADES.....		128
	LIBROS.....	128
	ARTÍCULOS DE REVISTA	133
	DOCUMENTOS WEB.....	134
	PLEXO NORMATIVO.....	134
	JURISPRUDENCIA NACIONAL	135
	JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	140
	LAUDOS	140

Abreviaturas

<u>ABREVIATURA</u>	<u>EXPLICACIÓN</u>
<i>Cfr.</i>	Confróntese
<i>Vid.</i>	Véase también
§	Sección
¶	Párrafo
c.	Contra
CC	<i>Código Civil</i> . Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.
CCE	Corte Constitucional del Ecuador
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CNJ	Para efectos de la presente tesina la abreviatura CNJ engloba a la ex Corte Suprema de Justicia y a la actual Corte Nacional de Justicia
COFJ	<i>Código Orgánico de la Función Judicial</i> . Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009
CONSEP	Consejo Nacional de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas
Constitución	<i>Constitución de la República del Ecuador</i> . Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008
CORTE IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPC	<i>Código de Procedimiento Civil</i> . Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005
<i>Ibíd.</i>	Mismo autor, obra y página citada anteriormente
<i>Id.</i>	Mismo autor y obra pero diferente página citada anteriormente

LAM	<i>Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006</i>
Ley Modelo de la CNUDMI	<i>Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas adoptadas en 2006 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional</i>
<i>Óp. Cit.</i>	Obra citada
Pacto San José	<i>Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto San José). Registro Oficial No. 801 de 6 de agosto de 1984</i>
Plumavit	Compañía Aislantes Pluma-Vit del Ecuador Cía. Ltda.
REGLAS IBA	<i>Reglas IBA sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional. Adoptadas el 1 de junio de 1999 por Resolución del Consejo de la IBA. International Bar Association. Reimpresión 2006</i>

Introducción

En el Ecuador las normas aplicables que rigen los juicios ordinarios están recogidas en el CPC. Estas normas son de orden público y de obligatorio cumplimiento para las partes y los jueces quienes no pueden alterar los trámites previstos en este cuerpo normativo. No obstante, no sucede lo mismo en el arbitraje, puesto que el procedimiento puede sujetarse a las normas adjetivas de la LAM, de los centros de arbitraje, aquellas determinadas en el convenio arbitral o a las normas que las partes escojan¹.

En esta tesina se pretende diferenciar a las normas procesales, especialmente las que rigen la práctica de la prueba, del arbitraje de aquellas que regulan la justicia ordinaria y que, a pesar de tener la misma finalidad y regular la misma materia, responden a una lógica diferente. Esta misma lógica es la que permite la flexibilidad en el procedimiento arbitral, característica que se devela de la lectura del artículo 38 de la LAM pues otorga varias opciones para que las partes decidan cómo llevar a cabo el procedimiento arbitral.

Este procedimiento es de origen contractual, ya que nace como consecuencia del acuerdo entre las partes, manifestado en la cláusula arbitral, de someter sus conflictos a arbitraje y excluir la justicia ordinaria de resolver el asunto. El principio de la autonomía privada que rige a los negocios jurídicos es también aplicable al arbitraje, dada su naturaleza.

Por lo tanto, la libertad de configuración interna, componente del principio mencionado, es el que permite la flexibilidad del procedimiento arbitral y otorga la naturaleza negocial a las normas adjetivas que lo regulan.

En consecuencia, el problema jurídico que se pretende resolver en esta tesina es: ¿cuáles son los límites a la flexibilidad del proceso arbitral con respecto a la práctica de la prueba?

Se delimita el análisis de la tesina a las normas que regulan la práctica de la prueba por considerarse que es una etapa procesal fundamental para que quienes administren justicia puedan obtener la mayor cantidad de información y así resolver el conflicto. Así, se compara

¹ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 38.

a la práctica de la prueba en los juicios ordinarios y en el arbitraje, con base en el caso CHAPARRO C. ECUADOR.

Asimismo, se utiliza como ejemplo este caso para estudio porque las partes y el tribunal acordaron que para la práctica de la prueba se aplicarían las REGLAS IBA y no el CPC. Cabe advertir que una de las partes procesales era el ECUADOR, cuestión que resalta ya que el Estado prefiere la aplicación de estas reglas internacionales por encima de aquellas que son de obligatorio cumplimiento para sus cortes nacionales. Las REGLAS IBA y las reglas procedimentales pactadas por las partes y el tribunal permitieron que el arbitraje se adecuara a las circunstancias del caso, un rol más activo de los árbitros, su eficiencia al momento de admitir, rechazar y practicar las pruebas; un conocimiento más profundo de los hechos y un laudo que logra resarcir de mejor manera a la víctima.

Esta tesina pretende averiguar si es que se está violando el orden público a través de esta práctica en el arbitraje y si se está atentando contra las garantías del derecho al debido proceso. Asimismo, pretende demostrar que la flexibilidad del proceso arbitral motiva tanto a las partes como al tribunal a dictar normas procesales más eficaces que permitan obtener un resultado más eficiente, es decir un laudo debidamente fundamentado, en el menor tiempo posible y con optimización de recursos económicos.

Para aclarar y delimitar el problema jurídico se responde a las siguientes preguntas: ¿cuál es la naturaleza jurídica de las normas procesales en los juicios ordinarios?, ¿cuál es la naturaleza de aquellas que regulan al arbitraje?, ¿pueden las partes determinar las reglas que regirán el procedimiento en el arbitraje?, y ¿cuál es el rol y los límites de la autonomía de la voluntad en el arbitraje?

La hipótesis frente al problema planteado es que las normas que regulan el procedimiento arbitral no son necesariamente de orden público y sí pueden estar sometidas a la autonomía de la voluntad, sin embargo de lo cual encuentran un límite en la ley, el orden público y las buenas costumbres.

A lo largo del Capítulo I se contesta la primera pregunta planteada ya que se demuestra que las normas procesales en el Ecuador, especialmente las que regulan la práctica de la prueba en los juicios ordinarios, son de orden público y por lo mismo no pueden ser alteradas o modificadas por los particulares. Este capítulo es necesario para demostrar la hipótesis, ya que permite diferenciar la naturaleza de las normas procesales de la justicia ordinaria con aquellas que rigen al arbitraje.

El Capítulo II tiene como objetivo determinar la naturaleza de las normas adjetivas en el arbitraje a la luz del principio de la autonomía de la voluntad que inspira a este mecanismo. La importancia de este capítulo radica en que se concluye que estas normas son dispositivas y no son de orden público. De esta manera, se contestan la segunda y tercera pregunta.

Finalmente, en el Capítulo III se establece que la flexibilidad del procedimiento arbitral está no puede contravenir los límites a la autonomía privada, al ser consecuencia de este principio. Así, se podrá contestar la última pregunta y determinar si es que esta práctica en el arbitraje viola el orden público y las garantías del debido proceso.

CAPÍTULO I:

1 Normas que regulan práctica de la prueba en juicios ordinarios son de derecho y orden público

El análisis del primer capítulo se centra en la naturaleza de las normas procesales que rigen a los juicios ordinarios en el Ecuador. Este capítulo es fundamental para el desarrollo de la tesina pues permitirá diferenciar a las normas adjetivas en los juicios ordinarios de aquellas en los procedimientos arbitrales. Para ello, se estudiará la doctrina y jurisprudencia relevante. Cabe advertir que la abreviatura CNJ engloba a la ex Corte Suprema de Justicia y a la actual Corte Nacional de Justicia.

Este capítulo demostrará que las normas procesales que regulan los juicios ordinarios en el Ecuador son de derecho público [1.1] y de orden público [1.2]. En consecuencia, son inmodificables por la voluntad privada. Para efectos de esta tesina, el análisis se centrará en las normas adjetivas que prescriben la práctica de la prueba en los juicios ordinarios y se realizará un estudio comprensivo de la jurisprudencia relevante [1.3].

1.1 Derecho procesal en los juicios ordinarios como Derecho público

Antes que nada y para efectos de esta tesina, se entiende como Derecho público a aquella rama del Derecho que regula la organización, funcionamiento y actividad del Estado y sus órganos²; y como Derecho procesal al conjunto de normas que regula a la función jurisdiccional

² Traducción libre. “*Le droit public est cette partie du droit qui règle l’organisation, le fonctionnement et l’activité de l’État et de ses organes*”. Bonnard, Roger. *Précis de Droit public*. París: Recueil Sirey, 1946, p. 1 Citado en: Flores Dapkevicius, Rubén. *Manual de Derecho Público. Tomo I. Derecho Constitucional*. Montevideo: Editorial B de F Ltda., 2007 pp. 1-3.

del Estado y, en consecuencia, las instituciones del proceso, su desarrollo y efectos para así obtener la actuación del Derecho positivo en cada caso concreto³.

Como se desprende de ambas definiciones, el Derecho procesal es parte del Derecho público pues norma la organización, funcionamiento y actividad de la Función Judicial que conforma al Estado.

El Derecho procesal es parte del Derecho público tanto por su aspecto subjetivo como objetivo⁴. Respecto del primero, se dice que es de Derecho público, cuando en una relación jurídica, interviene el Estado, a través de cualquiera de sus órganos, y los particulares⁵. De esta manera, el Estado se involucra en las relaciones jurídicas cuando acuden a él los particulares para solucionar sus conflictos. En el mismo sentido se pronuncian BEATRIZ QUINTERO y EUGENIO PRIETO:

el derecho procesal se cataloga como derecho público. [...] se fundamenta en la noción básica de lo que en sí mismo es, relación jurídica que en uno de sus polos subjetivos vincula al Estado-juez con los justiciables, o con los destinados de la normativa que se gesta⁶.

Así, el Estado no es parte procesal, pero “crea una organización eminentemente pública: el poder judicial, a quien atribuye, en forma de monopolio casi total, la función de resolver los litigios entre particulares”⁷. En consecuencia, los particulares y el Estado quedan vinculados en una relación jurídica.

³ Véscovi, Enrique. *Teoría general del proceso*. Segunda edición actualizada. Bogotá: Ed. Temis, 2006, p. 8.

Cfr. Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal: Teoría General del Proceso*. Tomo I. Decimocuarta edición. Santafé de Bogotá: Editorial ABC, 1996, p. 5.

Cordón Moreno, Faustino. *Manual De Derecho Procesal Civil: Apuntes De Cátedra*. Volumen 1. Pamplona: Ulzama, 2004, p. 130.

⁴ Camacho, Azula. *Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo I: Teoría General del Proceso*. Cuarta edición. Santafé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1993, p. 11.

Cfr. Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría General del Derecho Procesal*. Cuarta edición. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008, p. 18.

Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*. *Óp. Cit.*, p. 9.

⁵ La excepción a esta regla es que la relación será de derecho privado si es que el Estado actúa sin imperio. Camacho, Azula. *Manual de Derecho Procesal Civil... Óp. Cit.*, p. 11.

⁶ Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría General del Derecho Procesal*. *Óp. Cit.*, p. 18.

⁷ Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*. *Óp. Cit.*, p. 9.

La intervención estatal en un proceso judicial se compone de poder y autoridad, ya que dos partes antagónicas acuden ante un tercero imparcial que tiene poder suficiente para resolver el conflicto y “dotar su decisión de las notas de definitividad [sic] y fuerza compulsoria propia”⁸. Sin embargo, para que el Estado no exceda sus límites, “toda la actividad jurisdiccional se moviliza bajo la legalidad del obrar y fundamentando adecuadamente cada una de sus resoluciones”⁹. Es decir, bajo el principio de legalidad. Este principio permite canalizar y organizar al poder público ya que implica que la actuación de los funcionarios públicos está limitada por la ley¹⁰. Así, el artículo 226 de la Constitución recoge este principio:

las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley¹¹.

Es por esto que el artículo 7 del COFJ prescribe que la jurisdicción y competencia de los jueces nace únicamente de la Constitución y la ley¹². Además, que los jueces estén sometidos al principio de legalidad es una garantía de su independencia¹³, tal como lo reconoce el artículo 8 del COFJ:

Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial¹⁴.

⁸ Gozaíni, Osvaldo A. *Tratado de Derecho Procesal Civil: Garantías, principios y reglas del proceso civil. Actuaciones procesales*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 19.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ Kingsbury, Benedict. “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law”. En: *The European Journal of International Law*. Vol. 20, No. 1, 2009, p. 32.

¹¹ *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 226. *Vid.* Tribunal Constitucional. Resolución No. 8. Caso No. 008-2003-AA: *Luis Segundo Valverde Cuero c. Ministerio del Ambiente*. Demanda de inconstitucionalidad de acto administrativo Registro Oficial No. 206 de 7 de Noviembre de 2003.

¹² *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009. Artículo 7.

¹³ Chaires Zaragoza, Jorge. “La independencia del poder judicial”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Vol. XXXVII, No. 110, mayo-agosto. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 538.

¹⁴ *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009. Artículo 8.

Por lo tanto, para que los órganos de la Función Judicial gocen de independencia interna y externa en el desempeño de sus funciones, como lo exige la Constitución¹⁵, su actuación deberá limitarse a lo prescrito en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En conclusión, el Derecho procesal es Derecho público en cuanto a su aspecto subjetivo porque al administrar justicia, el Estado, está involucrado en una relación jurídica con los particulares; y, dado que sus servidores están sometidos al principio de legalidad no pueden hacer sino lo que les es permitido por ley. Esto significa que, dentro de un proceso, los litigantes y los jueces deben seguir expresamente los procedimientos fijados en la ley y, en materia probatoria, solamente podrán presentar las pruebas cuyos medios sean admitidos por ley y practicarlas según lo prescribe el CPC, como será analizado más adelante [§1.3].

Por otro lado, en cuanto al aspecto objetivo, una materia es de Derecho público si las normas que la regulan son del régimen de funciones de la soberanía estatal¹⁶ y son de interés general al satisfacer necesidades sociales¹⁷.

En primer lugar, la Función Judicial, al ser una de las organizaciones del poder del Estado y conformar el sector público¹⁸, ejerce soberanía estatal¹⁹. El Derecho procesal regula el servicio público de administrar justicia²⁰ que presta esta función; establece las reglas de los trámites de los juicios sometidos a los órganos jurisdiccionales²¹; y, determina el ámbito de la competencia

¹⁵ *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 168 numeral 1.

¹⁶ Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría General del Derecho Procesal*. Óp. Cit., p. 18.

¹⁷ Camacho, Azula. *Manual de Derecho Procesal Civil...* Óp. Cit., p. 11.

¹⁸ *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 225 numeral 1.

¹⁹ Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal...* Óp. Cit., p. 5.

²⁰ *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial Suplemento No. 544 de 9 de marzo de 2009. Artículos 15, 17.

²¹ “El Código de Procedimiento Civil establece las reglas a las que deben sujetarse los trámites de los juicios sometidos a decisión de los órganos judiciales”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Miguel Encalada Mora c. José Encalada Mora, Compañía. Garijasa, Ganadera Agrícola Río Jagua S. A., y otros*. Recurso de casación interpuesto por José Encalada Mora y Compañía Garijasa. Registro Oficial No. 553 de 29 de marzo de 2005.

de los jueces²². Al respecto, DEVIS ECHANDÍA escribe: “[e]l derecho procesal por el hecho de referirse a una de las funciones esenciales del Estado, es un derecho público”²³. Por lo tanto, las normas de Derecho procesal, al regular el servicio de esta función, son de Derecho público lo que implica que las partes procesales y los jueces están subordinados a estas normas. En consecuencia, no podrían pactar qué pruebas se admitirán en el proceso o la manera cómo se practicarán, sino que se deben remitir a lo estipulado en el CPC.

En segundo lugar, las normas procesales al tener como objeto la administración de justicia y la aplicación del Derecho²⁴ son de interés general. Esto puesto que satisfacen necesidades sociales pues permiten vivir en armonía en una comunidad de paz y seguridad²⁵, donde haya justicia e impere el Derecho²⁶ y donde las personas puedan ejercer y reclamar sus derechos sustanciales²⁷. De esta manera, se logra que la sociedad tenga seguridad jurídica, ya que existirá predictibilidad de la conducta de los ciudadanos y sus consecuencias; y, una justicia independiente y sin dilaciones que coadyuvará a la convivencia pacífica.

La jurisprudencia ecuatoriana, en varios casos, ha establecido que las normas adjetivas son de Derecho público por estar íntimamente relacionadas con intereses sociales como la justicia y el debido proceso. Así, por ejemplo, en el caso CAICEDO CEDEÑO C. BANCO DEL PICHINCHA, la CNJ sostuvo que las normas del CPC, que rigen a los juicios ordinarios, son “una aplicación real y efectiva del principio del debido proceso y de una efectiva, imparcial y expedita tutela de

²² “Las leyes procesales determinan el ámbito de la competencia de los jueces [...]”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Álvarez Barba S.A. c. Renault S.A.* Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial No. 553 de 29 de marzo de 2005.

²³ Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal... Óp. Cit.*, p. 5.

²⁴ Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso. Óp. Cit.*, p. 9.

²⁵ Camacho, Azula. *Manual de Derecho Procesal Civil... Óp. Cit.*, p. 10.

Cfr. Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso. Óp. Cit.*, p. 91.

²⁶ *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 169.

Vid. Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso. Óp. Cit.*, p. 9.

²⁷ *Id.*, p. 16.

Cfr. Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría General del Derecho Procesal. Óp. Cit.*, p. 395.

los derechos e intereses de los litigantes”²⁸. En el mismo sentido, la CNJ en el caso TAGLE SÁNCHEZ Y OTROS C. ALVARADO SORIANO DE LEÓN estableció que las normas adjetivas están “destinadas a la ‘realización de la justicia’ y para ‘hacer efectiva [sic] las garantías del debido proceso’”²⁹. De donde, se puede concluir que las normas procesales tienen como objetivo garantizar la tutela de los derechos de los particulares a través de decisiones definitivas de los órganos judiciales dictadas en un proceso llevado a cabo conforme a la ley.

Por lo tanto, si una correcta administración de justicia, que brinde seguridad y paz a la sociedad, es un interés general entonces el Derecho procesal es parte del Derecho público. En esta línea de pensamiento, la CNJ ha concluido que “el derecho procesal es de derecho público, formal, instrumental y medio autónomo para alcanzar los postulados de la Justicia, de superlativa importancia y de imperativo cumplimiento del juzgador [...]”³⁰. En efecto, si las normas adjetivas regulan a la administración de justicia y al ser ésta un interés general, no puede sino entenderse que el Derecho procesal sea parte del Derecho público.

²⁸ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Ing. Edgar Alberto Caicedo Cedeño c. Banco del Pichincha C. A.* Recurso de casación interpuesto por el Banco de Pichincha. Registro Oficial Suplemento No. 580 de 29 de abril de 2009.

²⁹ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Gustavo Tagle Sánchez y otros c. Eudoviges Alvarado Soriano de León y otros.* Recurso de casación interpuesto por Gustavo Tagle Sánchez. Registro Oficial No. 595 de 21 de mayo de 2009.

³⁰ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Ing. Edgar Alberto Caicedo Cedeño c. Banco del Pichincha C. A.* Recurso de casación interpuesto por el Banco de Pichincha. Registro Oficial Suplemento No. 580 de 29 de abril de 2009.

Vid. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Arq. Alberto Santoro Williams c. Banco Ecuatoriano de la Vivienda.* Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial No. 39 de 02 de octubre de 2009.

Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *José Wilson Quiñónez Becerra c. Banco Nacional de Fomento.* Recurso de casación interpuesto por el Banco Nacional de Fomento. Registro Oficial Suplemento No. 92 de 21 de diciembre de 2009.

Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Manuel Jesús Mayancela Dután c. María Rosario Lema Dután.* Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial Suplemento No. 580 de 29 de abril de 2009.

Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Municipalidad de Machala c. Segundo Alfredo Cedillo Mora y Eugenio Odilon Rivas Sánchez.* Recurso de casación interpuesto por Segundo Alfredo Cedillo Mora. Registro Oficial Suplemento No. 122 de 03 de febrero de 2010.

Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. *Luis Crecencio Tejada Estrada en contra de María Concepción Pita Arreaga y otros.* Recurso de casación propuesto por el actor. Registro Oficial No. 124 de 14 de julio de 2003.

Es por esto que, como se analizará en la sección [§1.3], la prueba en los juicios ordinarios se somete expresamente a lo dispuesto en el CPC, y, por lo tanto, ni las partes ni los jueces pueden alterar las normas que la regulan para demostrar los hechos que alegan.

En definitiva, el Derecho adjetivo en la justicia ordinaria es Derecho público por involucrar a los órganos del Estado y por regular materia relacionada con la justicia, el interés social y la satisfacción de las necesidades sociales. Las normas procesales para los juicios ordinarios son de obligatorio cumplimiento y escapan de la esfera de la autonomía privada. Esto, además, está relacionado con su carácter de orden público que se desarrollará a continuación.

1.2 Relación entre las normas de Derecho procesal y orden público, dentro de los juicios ordinarios

Dado que el concepto de orden público es ambiguo, es pertinente dedicar una parte de este capítulo a establecer una definición para así tener claridad al momento de hablar de las normas procesales como de orden público. Cabe advertir que a lo largo de esta tesina se desarrollará el concepto de orden público interno, no internacional, ya que se estudiará sus características y consecuencias respecto de las normas nacionales. Además, es importante mencionar que en el Capítulo tres [§3.2] se tratará nuevamente este concepto pero como límite a la autonomía de la voluntad. Sin embargo, las bases de su definición serán determinadas en este momento.

1.2.1 Definición de orden público

Existe gran dificultad tanto en la doctrina como en la jurisprudencia para definir al orden público. En la jurisprudencia ecuatoriana, las Cortes no han determinado un significado para este concepto, sino que han establecido algunos criterios que podrían ayudar a definirlo. En la doctrina se lo ha considerado como “un enigma”³¹ por su ambigüedad.

³¹ Bartin, Etienne. *Les dispositions d'ordre public (Etudes de droit international privé)*. París: 1899, p. 210. Citado en: Vigo, Rodolfo L. *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999, p. 183.

Desde una perspectiva jurídica, este concepto indeterminado³² engloba los principios fundamentales de la organización social³³, es una manifestación del orden jurídico porque es aquello que permite una situación de paz y tranquilidad en donde se mantiene y vive un Estado³⁴.

Así pues, el orden y la seguridad públicos, son al mismo tiempo, una exigencia del orden jurídico (para su misma efectividad, éste reclama tranquilidad y seguridad externas mínimas en la vida social) y una consecuencia de dicho orden (sólo es posible un orden público, una seguridad ciudadana, en el marco de un preciso orden jurídico)³⁵.

Por lo tanto, si el orden público se refleja en el ordenamiento jurídico, entonces engloba valoraciones políticas, económicas, técnicas, morales y religiosas que se consideran fundamentales por una sociedad y que permiten su subsistencia³⁶. Es por esto que se ha determinado que el orden público incluye normas relativas al culto, aquellas que protegen a las personas y a los bienes, las que controlan a los espectáculos públicos³⁷, aquellas que norman sobre los deberes de justicia y aquellas que influyen en la moral social³⁸.

Por otro lado, desde el punto de vista político, el orden público es "*sinónimo de convivencia ordenada*, segura pacífica y equilibrada [...] [e]n esa hipótesis o. público constituye un objeto

³² Son conceptos jurídicos indeterminados aquellos que la ley no determina con exactitud su significado ni resuelve su aplicación en los casos concretos. Así, según GARCÍA DE ENTERRÍA son conceptos jurídicos indeterminados el orden público, las buenas costumbres, la buena fe, el precio justo, etc. García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Madrid: Civitas, 1983, pp. 38-39.

³³ Según VIGO, esta es la teoría con más aceptación (LAURENT, SALVAT, LAFAILLE, LLAMBÍAS). Vigo, Rodolfo L. *Interpretación jurídica... Óp. Cit.*, p. 184.

³⁴ Parejo, Luciano Alfonso y Roberto Dromi. *Seguridad pública y Derecho Administrativo*. Buenos Aires/Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001, p. 47.

³⁵ *Id.*, p. 48.

³⁶ Linares, Juan Francisco. "El concepto de orden público". En: *Anticipo de Anales, Academia de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXVII, segunda época, No. 20. Conferencia pronunciada el 23-9-82 en Buenos Aires. Citado en: Cornejo, Abel. *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, p. 15.

³⁷ Parejo Alfonso, Luciano y Roberto Dromi. *Seguridad pública... Óp. Cit.*, pp. 48-49.

³⁸ Según VIGO, los deberes de justicia son "veracidad, patriotismo, gratuidad, amistad, afabilidad"; y la moral social son "aquellos deberes que conocidos por la razón naturales orientan a la plenitud del hombre en cuanto miembro de una determinada sociedad [...] cuando los deberes trascienden la esfera personal, y refieren al otro y a nosotros, estamos en el campo de la moral social". Vigo, Rodolfo L. *Interpretación jurídica... Óp. Cit.*, pp. 193-194.

de reglamentación pública y, sobre todo, de tutela preventiva, contextual y sucesiva o represiva [...]”³⁹ [énfasis original]. Así, según RODRIGO BORJA es

la ordenación de las leyes y de las autoridades- de derecho o de facto- que tiene una sociedad política. Es la estructuración de su poder, el escalonamiento de sus órganos de mando, la regulación de los derechos y deberes de las personas, la disciplina social, la regimentación económica, la disposición funcional de todos los elementos estatales: en una palabra, la organización jurídica, política y administrativa del Estado⁴⁰.

De ambas perspectivas es posible rescatar que el orden público es el conjunto de principios, normas, derechos, deberes e instituciones características de una sociedad. Es decir, es un concepto territorial que varía en cada país, región, cultura⁴¹, etc. Asimismo es específico de cada cultura jurídica e impone ciertas condiciones que deben cumplirse para respetar el ordenamiento de una sociedad. Adicionalmente, al englobar la organización tanto jurídica como política y administrativa, es un concepto temporal puesto que modificarán sus principios y valores esenciales dependiendo del tipo de gobierno que esté al mando⁴². Por último, permite determinar que el orden público es un límite a la autonomía de la voluntad⁴³ puesto que impide que los actos de los particulares trasgredan los intereses y valores fundamentales de la sociedad [§3.2].

La CNJ, si bien no ha determinado un significado exacto de lo que se entiende por orden público, se han establecidos ciertos criterios que permiten un acercamiento a su definición. Por ejemplo, en el caso FIGUEROA POLO Y MENDIETA RIOFRÍO C. BEJARANO MENDIETA Y OTROS, la CNJ estableció que el orden público “es un concepto político, social y jurídico”⁴⁴. Esta afirmación aunque no aporta al contenido de su definición, permite referenciarlo a los criterios

³⁹ "Orden público". Definición por De Vergottini, Giuseppe. En: Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco. *Diccionario de política*. México D.F.: Siglo Veintiuno Editores, 1991, p. 1086.

⁴⁰ "Orden público". Borja, Rodrigo. *Enciclopedia De La Política*. México, D.F.: Fondo De Cultura Económica, 2002., p. 1037.

⁴¹ Por ejemplo, en Ecuador está penada la bigamia pero en países de África y Asia está permitida la poligamia. Entonces se puede determinar que en ambas culturas existen principios, valores y costumbres distintas que delimitan el concepto de orden público.

⁴² Por ejemplo, el concepto de orden público variará según se trata de un gobierno demócrata, dictatorial, aristocrático, monárquico, etc.

⁴³ Vigo, Rodolfo L. *Interpretación jurídica... Óp. Cit.*, p. 198.

⁴⁴ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Luis Enrique Figueroa Polo y Carmen Enriqueta Mendieta Riofrío c. Manuel Ignacio, Milton Gonzalo y Graciela Guillermina Bejarano Mendieta*. Recurso de casación interpuesto por los actores. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII No. 10 de 29 de agosto de 2002.

jurídicos, políticos y sociales –con el fin de otorgarle un significado- que fueron esbozados anteriormente.

Además, según la CNJ, las normas de orden público son aquellas que implican una regulación de carácter universal y su omisión no es subsanable. Así, lo determinó al analizar que las normas de la Ley de Régimen Municipal, invocadas por el actor, no eran de orden público porque no eran aplicables a todas las parcelaciones de inmuebles y sus omisiones son subsanables *a posteriori*⁴⁵.

Asimismo, en el caso ENCALADA MORA C. ENCALADA MORA, COMPAÑÍA GARIJASA Y OTROS, la CNJ determinó que las normas de orden público “no quedan al arbitrio de los litigantes o del Juez, sino que deben cumplirse necesariamente como manda la ley”⁴⁶. Es decir, el orden público escapa de la esfera de la autonomía de la voluntad.

En el mismo sentido, en el caso ÁLVAREZ BARBA S.A. C. RENAULT S.A., la CNJ estableció que las partes voluntariamente pueden pactar someter sus conflictos a arbitraje, excepto “en aquellos campos en que, por ser de orden público, no rige el principio de la autonomía de la

⁴⁵ “[N]o son sinónimos derecho público y orden público. No todo lo que es derecho público pertenece al orden público; en efecto, derecho público es un criterio de clasificación de la ley; orden público es un concepto político, social y jurídico”. *Ibíd.*

⁴⁶ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Miguel Encalada Mora c. José Encalada Mora, Compañía. Garijasa, Ganadera Agrícola Río Jagua S. A., y otros.* Recurso de casación interpuesto por José Encalada Mora y Compañía Garijasa. Registro Oficial No. 553 de 29 de marzo de 2005.

Cfr. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *José Wilson Quiñónez Becerra c. Banco Nacional de Fomento.* Recurso de casación interpuesto por el Banco Nacional de Fomento. Registro Oficial Suplemento No. 92 de 21 de diciembre de 2009.

Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. *Luis Crecencio Tejada Estrada en contra de María Concepción Pita Arreaga y otros.* Recurso de casación propuesto por el actor. Registro Oficial No. 124 de 14 de julio de 2003.

Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Manuel Jesús Mayancela Dután c. María Rosario Lema Dután.* Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial Suplemento No. 580 de 29 de abril de 2009.

Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Ing. Edgar Alberto Caicedo Cedeño c. Banco del Pichincha C. A.* Recurso de casación interpuesto por el Banco de Pichincha. Registro Oficial Suplemento No. 580 de 29 de abril de 2009.

Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Alberto Feliciano Cadena Viteri c. Estéfano Farah R.* Recurso de casación interpuesto por el actor. Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII. No. 13 de 13 de noviembre de 1981.

voluntad”⁴⁷. Por lo tanto el orden público, según nuestra CNJ, es un límite a la autonomía privada.

Otro ejemplo es la sentencia del caso DURÁN SEGOVIA C. GUAYLLASACA DELGADO Y GUAMÁN MERCHÁN que contempla que las reglas de orden público “salvuarda[n] intereses de orden general [...], son reglas superiores a los intereses particulares de los individuos [...], que no pueden ser renunciadas por las partes y que deben concurrir siempre que la ley ordene”⁴⁸. De donde, las normas de orden público protegen y regulan intereses universales, por lo mismo no están sometidas a la voluntad privada y son de obligatorio cumplimiento.

En definitiva, se puede definir al orden público como los intereses generales que son considerados primordiales por una sociedad determinada manifestados en el ordenamiento jurídico. Así, este concepto engloba los valores respecto de la justicia, orden social, poder, derechos, deberes, regimentación económica y otros principios fundamentales de la sociedad. Es por esto que, para proteger a estos intereses, las normas de orden público son de obligatorio cumplimiento y un límite a la autonomía privada.

Si bien ya se determinó que las normas procesales son de Derecho público, a continuación, se pretende analizar si también son de orden público.

1.2.2 ¿Son las normas procesales que rigen los juicios ordinarios de orden público?

La finalidad de las normas procesales es garantizar la tutela de los derechos de los particulares a través de decisiones definitivas por las que los órganos judiciales administren justicia conforme a la ley. Protegen necesidades sociales como la realización de la justicia y las garantías del debido proceso [§1.1]. Entonces, si se definió anteriormente al orden público como los intereses fundamentales de carácter general de una sociedad determinada incluyendo la

⁴⁷ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Álvarez Barba S.A. c. Renault S.A.* Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial No. 553 de 29 de marzo de 2005.

⁴⁸ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Segundo Rodolfo Durán Segovia c. Manuel Eliberto Guayllasaca Delgado y Julia Imelda Guamán Merchán.* Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial Suplemento No. 373 de 3 de julio de 2008.

Cfr. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *María Emperatriz Ávila Delgado y otros c. Justina Emergilda Ávila y otros.* Recurso de casación interpuesto por los actores. Registro Oficial Suplemento No. 373 de 3 de julio de 2008.

justicia, el orden social, la organización del poder, la tutela de los derechos, entre otros [§1.2.1], se puede concluir que las normas procesales son de orden público.

El Derecho procesal ha sido calificado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia del Ecuador como de orden público por los fines que persigue. Estos fines coinciden con aquellos que determinan que el Derecho procesal es Derecho público [§1.1]. Sin embargo, no siempre se cumple esta regla. Al respecto, en el caso FIGUEROA POLO Y MENDIETA RIOFRÍO C. BEJARANO MENDIETA Y OTROS, la CNJ sentenció que

no son sinónimos derecho público y orden público. No todo lo que es derecho público pertenece al orden público; en efecto, derecho público es un criterio de clasificación de la ley; orden público es un concepto político, social y jurídico⁴⁹.

Para llegar a esta conclusión, la CNJ analizó que las normas de la Ley del Régimen Municipal invocadas por el actor pertenecen al Derecho público, no obstante no significa que por ello sean de orden público pues

[n]o todas las disposiciones de la Ley de Régimen Municipal atinentes a las parcelaciones y reestructuraciones parcelarias tienen el carácter de normas de orden público, no son aplicables a todas las parcelaciones de inmuebles y además, como obedecen a razones de planificación urbanística, las omisiones en que se hayan incurrido pueden subsanarse *a posteriori*⁵⁰. [Énfasis añadido]

Como se determinó anteriormente, para que las normas de Derecho público o privado sean de orden público deben proteger los intereses de carácter general y los valores fundamentales de una sociedad determinada. Las normas analizadas por la CNJ, a pesar de ser de Derecho público, al no cumplir estos requisitos no eran de orden público.

En el mismo sentido, el tratadista GONZÁLEZ DE COSSÍO, al hablar del tema analizado aclara que

las leyes de orden público no se refieren necesariamente al derecho público como opuesto al derecho privado. Existen leyes de orden público que regulan instituciones del derecho

⁴⁹ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Luis Enrique Figueroa Polo y Carmen Enriqueta Mendieta Riofrío c. Manuel Ignacio, Milton Gonzalo y Graciela Guillermina Bejarano Mendieta*. Recurso de casación interpuesto por los actores. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII No. 10 de 29 de agosto de 2002.

⁵⁰ *Ibíd.*

privado las cuales son instituciones sociales fundamentales como el parentesco y el matrimonio⁵¹.

De donde se puede concluir que no siempre las normas de orden público serán de Derecho público y que no siempre las normas de Derecho público serán de orden público.

Sin embargo, las normas de Derecho procesal que regulan los trámites de los juicios ordinarios son de Derecho y orden público, pues ellas responden a los intereses más básicos de la sociedad ya que buscan “propender a la conservación de la paz, la armonía y la seguridad social, para evitar así la justicia por propia mano y el predominio del más fuerte”⁵². Además, las normas adjetivas protegen el “valor social [de] la función de administrar justicia y de mantener la seguridad y la paz públicas, a través de la intervención jurisdiccional”⁵³. Es por esto que no están al arbitrio de los particulares. Al respecto QUINTERO escribe que

[e]l derecho procesal como derecho público se compone de norma imperativa por regla general [...]. No obstante, [...] jamás puede decirse o permitirse que los destinatarios la aut creen [sic] o la autoexpidan [sic]: jamás la norma procesal podrá ser diversa de la legislada a propósito para regir la actividad que se desarrolla entre los sujetos del proceso (actor, opositor, juez); jamás ellos, ni siquiera obrando de común acuerdo, podrán dictarse o darse la norma que ha de regir el proceso. No⁵⁴.

El autor reconoce que, al tratarse de la administración de justicia ordinaria, las normas procesales no pueden ser alteradas de común acuerdo entre las partes ni el juez pues amparan valores fundamentales lo que les convierte en normas de orden público.

La jurisprudencia ecuatoriana ha mantenido en varios casos que el Derecho procesal es de orden público. Por ejemplo, en los casos CAICEDO CEDEÑO C. BANCO DEL PICHINCHA y CADENA VITERI C. FARAH R., la CNJ estableció que las normas procesales son de orden público, de obligatorio cumplimiento tanto para las partes como para los jueces⁵⁵ ya que

⁵¹ González de Cossío. *Hacia una definición mexicana de “orden público”*. Obtenido de: [<http://www.gdca.com.mx/PDF/Arbitraje/Definicion%20de%20Orden%20Publico.pdf>]. Fecha de investigación: 24 de marzo de 2014, p. 3.

⁵² Camacho, Azula. *Manual de Derecho Procesal Civil... Óp. Cit.*, p. 10.

⁵³ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho civil mexicano*. México D.F.: Editorial Porrúa S.A., 1999, p. 260.

⁵⁴ Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría General del Derecho Procesal. Óp. Cit.*, p. 19.

⁵⁵ “[L]as normas procesales destinadas a reglar la sustanciación de los juicios, son de orden público, de obligado cumplimiento para las partes litigantes y para los administradores de justicia”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Ing. Edgar Alberto Caicedo Cedeño c. Banco del Pichincha*

tienen como finalidad esencial y fundamental el reglamentar la sustanciación de los procesos señalando con precisión que [sic] es lo que se debe hacer, como [sic] se lo debe hacer, que [sic] no se debe hacer, desde la presentación de la demanda hasta la ejecución y sus normas, consecuentemente, como una aplicación real y efectiva del principio del debido proceso y de una efectiva, imparcial y expedita tutela de los derechos e intereses de los litigantes, exigen una correcta aplicación⁵⁶.

Por lo tanto, si las normas procesales tienen como objetivo una correcta administración de justicia en donde se cumplan las garantías del debido proceso y se protejan los derechos e intereses de los particulares, los trámites de los juicios ordinarios no pueden estar sujetos a la voluntad privada sino que son regulaciones de orden público⁵⁷. Es por esto, que si no se cumplen las normas del CPC y existe una alteración al trámite, ese proceso ordinario adolecerá de nulidad siempre que la violación haya influido o pudiera influir en la decisión de la causa⁵⁸.

De igual manera, en el caso COMPAÑÍA INVERSIONES DAHER S.A. C. ILEPAL CIA. LTDA., el demandado interpuso recurso de casación con base al artículo 3 de la Ley de Casación sin especificar causal alguna. La CNJ rechazó el recurso y sentenció que: “[h]abiéndose inobservado esta formalidad, el recurso interpuesto se torna improcedente, dado que dichas

C. A. Recurso de casación interpuesto por el Banco de Pichincha. Registro Oficial Suplemento No. 580 de 29 de abril de 2009.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ “No es, por lo mismo, la violación de trámite una simple formalidad sino algo sustantivo a cada caso, cuestión que no está atribuida a la voluntad de las partes ni del Juez sino a regulaciones legales que atañen al orden público”. *Ibíd.*

Cfr. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Alberto Feliciano Cadena Viteri c. Estéfano Farah R.* Recurso de casación interpuesto por el actor. Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII. No. 13 de 13 de noviembre de 1981.

Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Gustavo Tagle Sánchez y otros c. Eudoviges Alvarado Soriano de León y otros.* Recurso de casación interpuesto por Gustavo Tagle Sánchez. Registro Oficial No. 595 de 21 de mayo de 2009.

⁵⁸ *Código de Procedimiento Civil.* Registro Oficial No. 58 de 12 de julio de 2005. Artículo 1014.- La violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa, observando, en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los Arts. 355, 356 y 357.

Vid. “Mas, habiéndose optado por la vía verbal sumaria no hay duda de que se ha violado el trámite inherente a la naturaleza, de la causa y que ha podido influir en la decisión, generando la nulidad procesal conforme prevé el Art. 1135 del Código de Procedimiento Civil”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Alberto Feliciano Cadena Viteri c. Estéfano Farah R.* Recurso de casación interpuesto por el actor. Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII. No. 13 de 13 de noviembre de 1981.

normas adjetivas son de orden público y aplicación estricta y restrictiva”⁵⁹. De esto se puede concluir que las normas procesales, al ser de orden público, se deben cumplir obligatoriamente para que los procesos ordinarios sean eficaces; no están a disposición de las partes; y, es deber de los jueces velar por su cumplimiento.

En el mismo sentido, en el caso TEJADA ESTRADA C. PITA ARREAGA Y OTROS, la CNJ sentenció que la excepción de prescripción adquisitiva alegada por el demandado en el juicio de nulidad de compraventa, constituía una reconvención y los jueces inferiores debían haber cumplido el trámite que obliga el CPC y no haberla tratado como una excepción a la demanda. Así, la CNJ sostuvo que

[d]e acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, los actos procesales están sujetos a las reglas de procedimiento señaladas en la ley; ordenamiento que, por ser de orden público, no puede ser modificado por el Juez ni por las partes procesales. Debía por tanto darse a la reconvención el trámite previsto en las disposiciones de procedimiento antes citadas, [...] lo cual no se ha cumplido por parte del Juez de primera instancia, omisión que trae como consecuencia la nulidad procesal⁶⁰.

Dado que se incumplió con el trámite previsto en la ley, la CNJ declara la nulidad de todo lo actuado. Al igual que en otros casos, determinó que “[I]as actividades del juez y de las partes se hallan reguladas por un conjunto de normas preestablecidas que señalan el camino que debe seguirse en todo proceso desde su inicio hasta su culminación”⁶¹. Es por esto que la tramitación de los juicios ordinarios no está sujeta a la voluntad privada ni del juez sino a normas expresas de orden público⁶².

⁵⁹ Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Compañía Inversiones Daher S.A. c. Ilegal Cia. Ltda.* Recurso de casación interpuesto por el demandado. Registro Oficial No. 36 de 29 de septiembre de 1998.

⁶⁰ Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. *Luis Crecencio Tejada Estrada en contra de María Concepción Pita Arreaga y otros.* Recurso de casación propuesto por el actor. Registro Oficial No. 124 de 14 de julio de 2003.

⁶¹ *Ibíd.*

⁶² “De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, los actos procesales están sujetos a las reglas de procedimiento señaladas en la ley; ordenamiento que, por ser de orden público, no puede ser modificado por el Juez ni por las partes procesales”. *Ibíd.*

Otro ejemplo es el caso ROMERO GONZÁLEZ C. SOCIEDAD EN PREDIOS RÚSTICOS “NARANJO” donde la CNJ estableció que las normas procesales, entre ellas la del artículo 117 del CPC⁶³, son de orden público “ya que tuiciona[n] la garantía individual de defensa de los derechos”⁶⁴.

En conclusión, las normas adjetivas en materia de juicios ordinarios son de orden público porque resguardan a valores de la sociedad como la paz, la armonía, la seguridad, la administración de justicia; porque protegen la garantía individual de defensa de los derechos; porque reglamentan la sustanciación de los procesos y de esta manera evitan la justicia por mano propia y logran una real aplicación de la justicia a través de la intangibilidad de los fallos y decisiones judiciales; y, porque permiten una aplicación real y efectiva del debido proceso.

En definitiva, en los juicios ordinarios ni las partes ni los jueces pueden pactar otros procedimientos distintos a aquellos previstos en la ley para cada caso pues están obligados a cumplir las normas del CPC para cada trámite, al ser estas normas de orden público.

1.3 Práctica de la prueba en juicios ordinarios en el Ecuador: Análisis de jurisprudencia

En las secciones anteriores se demostró que las normas procesales son de Derecho público [§1.1] y de orden público [§1.2.2] y por lo mismo de obligado cumplimiento y no sujetas a la voluntad privada. A continuación, el análisis de esta tesina se centrará en las normas procesales que rigen la práctica de la prueba en los juicios ordinarios para que, en el siguiente capítulo, se las pueda diferenciar de aquellas que rigen la prueba en el arbitraje.

La prueba es el “acto o serie de actos procesales por los que se trat[a] de convencer al Juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo”⁶⁵.

⁶³ *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial No. 58 de 12 de julio de 2005. Artículo 117.- Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio.

⁶⁴ Corte Suprema de Justicia de Quito. *Sergio Romero González c. Sociedad en Predios Rústicos “Naranjo”*. Tercera instancia. Gaceta Judicial. Año LXXVII. Serie XII. No. 13 de 3 de septiembre de 1976.

⁶⁵ Guasp, Jaime. “De la prueba en general”. En: *Actos del juez y prueba civil. Estudios de derecho procesal civil*. Primera edición. Compilado por: Fernando Quiceno Álvarez. Bogotá: Editorial Jurídica bolivariana, 2001, p. 545.

En los juicios ordinarios, esto se logra a través de las fuentes de prueba que deben estar contenidos en uno de los medios de prueba admitidos por la legislación nacional, en nuestro caso se encuentran principalmente en el CPC.

La doctrina ha definido a los medios de prueba como “las personas y los objetos que suministran la información adecuada a la comprobación de la verdad en el proceso”⁶⁶. Por otro lado, la fuente es “el hecho del cual se sirve para deducir la propia verdad”⁶⁷, es decir la información “de donde el juzgador puede obtener la convicción, o de donde deriva la fijación de la verdad en la sentencia”⁶⁸. Es por esto que “[t]odas las fuentes pueden incorporarse al proceso siempre que lo sea a través de los distintos medios de prueba que la Ley prevé”⁶⁹ [énfasis original]. Así, por ejemplo, en la confesión judicial, el confesante es el medio de prueba y su declaración es la fuente; o, en la escritura pública, el instrumento es el medio y su contenido es la fuente.

Como se puede concluir de las definiciones y ejemplos propuestos, en la justicia ordinaria, las fuentes de prueba son variadas y múltiples; mientras que los medios de prueba son una actividad procesal y un vehículo para lograr un dato⁷⁰. Además, son *numerus clausus*⁷¹ porque “constituyen las garantías precisas e inderogables de fiabilidad de los resultados que derivan de las diversas fuentes, así como su práctica contradictoria”⁷². Por lo tanto, los medios procesales

⁶⁶ Moron Palomino, Manuel. “La prueba procesal”. En: *Actos del juez y prueba civil. Estudios de derecho procesal civil*. Primera edición. Compilado por: Fernando Quiceno Álvarez. Bogotá: Editorial Jurídica bolivariana, 2001, p. 364.

⁶⁷ Álvarez Julia, Luis. “La prueba en particular”. En: *Actos del juez y prueba civil. Estudios de derecho procesal civil*. Primera edición. Compilado por: Fernando Quiceno Álvarez. Bogotá: Editorial Jurídica bolivariana, 2001, p. 441.

⁶⁸ Moron Palomino, Manuel. “La prueba procesal”. *Óp. Cit.*, p. 364.

⁶⁹ Asencio Mellado, José María. “La prueba en el proceso civil”. En: *Actos del juez y prueba civil. Estudios de derecho procesal civil*. Primera edición. Compilado por: Fernando Quiceno Álvarez. Bogotá: Editorial Jurídica bolivariana, 2001, p. 431.

⁷⁰ Palacio, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Decimocuarta edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 395.

⁷¹ Asencio Mellado, José María. “La prueba en el proceso civil”. *Óp. Cit.*, p. 431.

⁷² *Ibíd.*

son fundamentales para el desarrollo del proceso porque complementan las alegaciones de las partes que buscan convencer al juez⁷³.

En el mismo sentido, se ha pronunciado la CNJ y ha determinado que

[n]uestra ley procesal consagra en forma taxativa los medios probatorios que pueden ser admitidos en un proceso, es decir, que el juez y las partes no están en libertad absoluta de escoger los medios que usarán para formar la convicción del juez [...] ‘Las normas procesales son de orden público y obligatorio cumplimiento. La potestad de señalar los medios de prueba procesalmente admisibles o su mérito o valor, corresponde exclusivamente a la ley. Se trata de una materia jurisdiccional del Estado y de la regulación del proceso que está fuera de la libertad contractual [...]’⁷⁴.

De donde, a criterio de la CNJ, las normas procesales respecto de los medios de prueba, al regir una actividad de la instrucción procesal y al amparar intereses de carácter general y básicos para la sociedad como lo es la realización de la justicia, son de orden público.

Así, en concordancia con lo establecido por la CNJ, en los juicios ordinarios, los medios de prueba podrán ser únicamente aquellos contemplados en el artículo 121 del CPC. Este artículo prescribe que

[l]as pruebas consisten en confesión de parte, instrumentos públicos o privados, declaraciones de testigos, inspección judicial y dictamen de peritos o de intérpretes.

Se admitirá también como medios de prueba las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, los documentos obtenidos por medios técnicos, electrónicos, informáticos, telemáticos o de nueva tecnología; así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica. [...] Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial según las circunstancias en que hayan sido producidos.

Se considerarán como copias las reproducciones del original, debidamente certificadas que se hicieren por cualquier sistema⁷⁵.

⁷³ Flórez Ruíz, José Rodrigo. *Pruebas judiciales*. Primera edición. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 2002, p. 11.

⁷⁴ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Compañía Constructora Gapsa S.A. c. Ing. José Luis Valle Andrade*. Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 3 de 25 de febrero de 2000.

⁷⁵ *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial No. 58 de 12 de julio de 2005. Artículo 121.

Cfr. Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 1715.- Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta.

Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, inspección personal del juez y dictamen de peritos o de intérpretes.

Así, las fuentes de prueba, en los juicios ordinarios, deben ser únicamente aquellas que se canalicen a través de los medios descritos anteriormente. Varios fallos de la CNJ confirman que las pruebas receptadas en los juicios ordinarios son solamente aquellas admitidas por el CPC y que, para ser admitidas, deben ser actuadas conforme lo exige la ley, pues de manera contraria, no serán válidas y carecerán de eficacia probatoria⁷⁶.

Por ejemplo, en el caso TAGLE SÁNCHEZ Y OTROS C. ALVARADO SORIANO DE LEÓN Y OTROS, se pretendía probar un hecho mediante fotocopias de actuaciones judiciales. En el proceso no consta que las copias hayan sido solicitadas a un juez, tampoco que éste haya ordenado su entrega; no consta que se haya citado a la parte contra quien se quería hacer valer las fotocopias; y, éstas son defectuosas⁷⁷. Entonces, al incumplir con los artículos 167⁷⁸, 173⁷⁹, 174⁸⁰ y 175⁸¹

⁷⁶ *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

Cfr. Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial No. 58 de 12 de julio de 2005. Artículo 117.- Sólo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio.

⁷⁷ “Pues bien, en las fotocopias indicadas no consta que hayan sido solicitadas a Juez alguno, que este haya ordenado que sean concedidas; no consta que se haya citado o notificado a la parte contra quien se quería hacer uso están diminutas; consecuentemente no hacen fe como prueba y la Sala violó la ley al aceptarlas a pesar del expreso reconocimiento que hace en la sentencia al indicar que no han sido ingresadas al proceso en la forma que señala el afro. 165 del Código de Procedimiento Civil”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Gustavo Tagle Sánchez y otros c. Eudoviges Alvarado Soriano de León y otros*. Recurso de casación interpuesto por Gustavo Tagle Sánchez. Registro Oficial No. 595 de 21 de mayo de 2009.

⁷⁸ *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial No. 58 de 12 de julio de 2005. Artículo 167.- Para que los documentos auténticos judiciales y sus copias y compulsas prueben, es necesario:

1. Que no estén diminutos;
2. Que no esté alterada alguna parte esencial, de modo que arguya falsedad; y,
3. Que en los autos no haya instancia ni recurso pendiente sobre el punto que con tales documentos se intente probar.

⁷⁹ *Id.* Artículo 173.- Cada interesado puede pedir copia de los documentos originales, o compulsas en el caso y en los términos del artículo anterior, observando, además, lo dispuesto en los Arts. 174 y 175 inciso primero.

⁸⁰ *Id.* Artículo 174.- En las copias y compulsas mandadas dar judicialmente, se insertarán las actuaciones que el juez, a solicitud de parte señalare.

⁸¹ *Id.* Artículo 175 primer inciso.- Las compulsas de las copias de una actuación judicial o administrativa y en general toda copia con valor de instrumento público, no harán fe si no se dan por orden judicial y con citación o notificación en persona o por una boleta a la parte contraria, o sea a aquélla contra quien se quiere hacer valer la compulsas.

del CPC, que establecen cómo deben ser presentadas este tipo de actuaciones judiciales, la CNJ determinó que “no hacen fe como prueba”⁸².

De igual manera, en el caso *COMPAÑÍA CONSTRUCTORA GAPSA S.A. c. ING. VALLE ANDRADE*, la CNJ determinó que las fotocopias simples de hojas de control diario de trabajo incorporadas como prueba por la Compañía, no hacen fe en juicio porque no están certificadas, como lo exige el último inciso del artículo 121 del CPC⁸³.

Respecto del tema analizado, la CNJ, en el caso *ROMERO GONZÁLEZ c. SOCIEDAD EN PREDIOS RÚSTICOS “NARANJO”* determinó que las pruebas están sometidas al artículo 117 del CPC y continúa

[p]or esta terminante disposición de orden público, ya que tuiciona la garantía individual de defensa de los derechos, las diligencias practicadas en desobedecimiento de la citada ley no prestan mérito probatorio para establecer los hechos materia de las controversias⁸⁴.

Por lo tanto, es fundamental que las pruebas presentadas en un juicio ordinario cumplan con las exigencias normativas pues solo de esta manera podrán ser usadas para generar una convicción en el juez, en uso de su sana crítica, del valor probatorio de lo que se alega. Es por esto que ni las partes ni el juez podrían pactar otros medios probatorios o alterar la manera en que se practican las pruebas, ya que de hacerlo, no tendrán eficacia probatoria.

1.4 Conclusiones del Capítulo I

A lo largo de este capítulo se demostró que en los juicios ordinarios las normas procesales son de Derecho público. En cuanto a su aspecto subjetivo porque el administrar justicia involucra a una de las funciones estatales, como lo es la Función Judicial. Al hacerlo, nace una

⁸² Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Gustavo Tagle Sánchez y otros c. Eudoviges Alvarado Soriano de León y otros*. Recurso de casación interpuesto por Gustavo Tagle Sánchez. Registro Oficial No. 595 de 21 de mayo de 2009.

⁸³ “Las fotocopias agregadas por el actor de fojas 3 a 16 del cuaderno de primer nivel, no han sido “debidamente certificadas”, como lo exige la ley, por lo que no hacen fe en juicio”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Compañía Constructora Gapsa S.A. c. Ing. José Luis Valle Andrade*. Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 3 de 25 de febrero de 2000.

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia de Quito. *Sergio Romero González c. Sociedad en Predios Rústicos “Naranjo”*. Tercera instancia. Gaceta Judicial. Año LXXVII. Serie XII. No. 13 de 3 de septiembre de 1976.

relación jurídica entre el Estado-juez y los litigantes. No por ello se debe confundir al Estado con una parte procesal cuando administra justicia.

Además, se evidencia su carácter público porque sus servidores están sometidos al principio de legalidad y, por lo mismo, sus actuaciones están limitadas por el ordenamiento jurídico vigente.

Asimismo, es Derecho público por su aspecto objetivo puesto que la Función Judicial es una organización del poder del Estado y ejerce soberanía estatal. Adicionalmente, se lo puede considerar como tal por la materia que regula ya que la administración de justicia es un interés general del Estado y satisface necesidades sociales como la correcta aplicación del Derecho, resuelve los conflictos a través de una justicia sin dilaciones, garantiza los derechos de los particulares con decisiones definitivas de los órganos jurisdiccionales y permite una convivencia pacífica y segura.

También, se estableció que las normas adjetivas que regulan a los juicios ordinarios son de orden público. Para llegar a esta conclusión se determinó el concepto de orden público interno y después se analizó la finalidad del Derecho procesal. En primer lugar, se definió a este concepto jurídico indeterminado como los intereses generales que son primordiales para una sociedad determinada manifestados en el ordenamiento jurídico; son normas que protegen valores respecto de la justicia, orden social, poder, derechos, deberes, regimentación económica y otros principios fundamentales de la sociedad; son de obligatorio cumplimiento y un límite a la autonomía de la voluntad, pues sólo de esta manera, el Estado podrá garantizar el cumplimiento de los intereses generales de la sociedad.

Con base en un análisis doctrinal y jurisprudencial, se estableció que las normas de orden público no son, necesariamente, de Derecho público y que las normas de Derecho público no siempre son de orden público; sino que, dependiendo los intereses que protejan, podrán ser de orden público tanto las normas privadas como públicas. No obstante de lo cual, el Derecho procesal, si bien es de Derecho público, también es de orden público por la materia que regula.

En segundo lugar, se concluyó que la finalidad de las normas procesales es garantizar la tutela de los derechos de los particulares a través de decisiones definitivas por las que los órganos judiciales administren justicia conforme a la ley. Además, protegen necesidades

sociales como la realización de la justicia a través de la intangibilidad de los fallos y decisiones judiciales, reglamentan la sustanciación de los procesos, evitan la justicia por mano propia y permiten el cumplimiento de las garantías del debido proceso. En consecuencia, al amparar intereses de carácter general y satisfacer necesidades sociales, no se puede entender sino que el Derecho procesal es de orden público.

Las implicaciones sobre que las normas adjetivas en los juicios ordinarios sean de orden público son que las partes ni los jueces pueden alterar las normas procesales y adecuar los procedimientos a cada caso, sino que se deben cumplir los trámites según lo prescribe el CPC. Entonces, en materia probatoria, los únicos medios probatorios admitidos en los juicios ordinarios y la forma cómo se presentan y practican las pruebas, son aquellos contemplados en el CPC, puesto que no están sujetas a la voluntad privada y por lo mismo no pueden ser alteradas sino que son de obligado cumplimiento.

No obstante de lo cual, en arbitraje, las normas procesales no responden a la misma lógica ya que son de orden negocial al devenir del convenio arbitral. Esto es lo que se demostrará en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO II:

2 Flexibilidad del procedimiento arbitral con respecto a la práctica de la prueba

A lo largo de este capítulo se pretende demostrar que la naturaleza de las normas procesales en el arbitraje es distinta a las de la justicia ordinaria. Para ello, es necesario analizar a la autonomía de la voluntad como fuente del arbitraje [2.1]. Posteriormente, se examinarán la cláusula arbitral y el contrato de compromisario como fuentes de las normas procesales en este mecanismo alternativo de solución de controversias [2.2] y se estudiará al arbitraje CHAPARRO C. ECUADOR como ejemplo que verifica la hipótesis de esta tesina [2.3]. Finalmente, se demostrará que al estar supeditadas a la autonomía privada, las normas de derecho procesal no son de orden público y es por esto que existe mayor flexibilidad en el procedimiento arbitral [2.4].

2.1 Autonomía de la voluntad como fuente del arbitraje

La autonomía de la voluntad es un principio básico de derecho privado, mediante el cual el Estado confiere a los particulares potestad normativa para autorregular sus intereses⁸⁵. “Este

⁸⁵ Parra Benítez, Jorge. *Manual de Derecho Civil: personas, familia y derecho de menores*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1997, p. 45.

Cfr. Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General Del Acto Jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991, p. 22.

Vid. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

29. Los derechos de libertad también incluyen:

d) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley.

Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 8.- A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley.

poder se actúa mediante el acto jurídico que, conforme a una de sus definiciones más sencillas, es la declaración de voluntad de una o más partes dirigida a obtener un fin o efecto práctico, reconocido y protegido por el derecho objetivo”⁸⁶. Es decir, la autonomía privada se refleja en la delegación del poder legislativo a los particulares, autorizada por el Estado, para que regulen sus intereses a través de negocios jurídicos. Así, lo consideran en su obra GUILLERMO y EDUARDO OSPINA,

el postulado de la autonomía de la voluntad privada, [...] consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos⁸⁷.

De donde, debe entenderse a este principio como una delegación de la facultad legislativa para que los particulares, libremente, regulen sus intereses con base en el derecho objetivo⁸⁸. Es por esto, que las partes pueden celebrar la cláusula arbitral, para someter sus controversias al arbitraje⁸⁹, y el *receptum arbitrii* con los árbitros para determinar sus facultades y deberes⁹⁰.

2.1.1 Tesis sobre los efectos de la autonomía de la voluntad

Hay dos tesis sobre los efectos de la autonomía de la voluntad. La primera sostiene que este principio es fuente de normas jurídicas [2.1.1.1] y la segunda lo reconoce como presupuesto de relaciones jurídicas ya reguladas por un ordenamiento [2.1.1.2]. Estas tesis han sido objeto de críticas, por esta razón existe una tercera que recoge una postura híbrida entre las dos primeras [2.1.1.3].

⁸⁶ Alessandri R., Arturo y Manuel Somarriva U. *Derecho civil: Parte preliminar y parte general*. Compilado/Editado por: Antonio Vodanovic H. Tomo segundo. Quinta edición. Santiago: Ediar Conosur Ltda, 1991, p. 155.

⁸⁷ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Ed. Temis, 2000, p. 6.

⁸⁸ Vidal Ramírez, Fernando. *El Acto Jurídico*. Séptima edición revisada actualizada. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007, p. 59.

⁸⁹ Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Quinta Edición. Oxford: Oxford UP, 2009, p. 85.

⁹⁰ Szászy, István. “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”. En: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 14, No. 4 (Autumn, 1965). Publicado por: American Society of Comparative Law, pp. 666, 670.

2.1.1.1 Tesis 1: Fuente de normas jurídicas

Por un lado, hay quienes entienden a “la voluntad privada como una fuerza con virtualidad creadora, por sí sola, de efectos jurídicos”⁹¹. Es decir, la considera como una fuente original de Derecho, independiente del ordenamiento preexistente, por medio de la cual el sujeto puede crear normas *ab initio*⁹².

Bajo esta línea de pensamiento, la autonomía privada es la creadora de la relación jurídica, y en consecuencia, del vínculo obligacional⁹³. Por lo tanto, para los partidarios de esta tesis, los negocios jurídicos son el puro resultado del consenso de voluntades de las partes que los celebran⁹⁴, sin importar que el ordenamiento jurídico reconozca su validez jurídica y despliegue sus efectos.

Dado que sostienen que la voluntad privada es fuente de normas y creadora de relaciones jurídicas como consecuencia, únicamente, del consentimiento, este principio posee escasas restricciones, que el ordenamiento jurídico debe aplicar de manera excepcional⁹⁵, para así permitir que los particulares expresen su voluntad y satisfagan sus necesidades.

Esta tesis es objeto de criterios discrepantes, pues hay quienes consideran que el poder individual no está por encima del Derecho⁹⁶.

⁹¹ Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General Del Acto Jurídico. Óp. Cit.*, p. 23.

⁹² Rodríguez, Mónica Sofía. “El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur”. En: *Revista Científica UCES*. Vol. XV No. 1, 2011, p. 116.

⁹³ Hernández Fraga, Katuska y Danay Guerra Cosme. “El Principio de Autonomía de la Voluntad Contractual Civil. Sus límites y limitaciones”. En: *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*. Nº. 6, 2012, p. 29.

⁹⁴ *Ibíd.*

⁹⁵ Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General Del Acto Jurídico. Óp. Cit.*, p. 23.

⁹⁶ *Ibíd.*

2.1.1.2 Tesis 2: Presupuesto de relaciones jurídicas reguladas previamente por un ordenamiento

Por otro lado, hay quienes establecen “que la voluntad del sujeto es una fuente derivada capaz de crear normas jurídicas porque un orden jurídico preestablecido lo habilita para ello”⁹⁷. Por lo tanto, sostienen que el principio analizado no vale por sí mismo y solamente es eficaz cuando el ordenamiento jurídico se lo atribuye⁹⁸. Así, en palabras de FERRI,

el derecho creado por los particulares puede valer como derecho sólo si existe también el derecho público, es decir, si existen órganos estatales que provean para que aquél se realice, declarándolo (actividad jurisdiccional), e imponiéndolo, si es necesario, mediante la fuerza (coerción). [...] [E]l deber (la obligación) que nace del contrato adquiere naturaleza de vínculo jurídico solamente si [...] se inserta en el ordenamiento jurídico del Estado⁹⁹.

De donde, según esta tesis, para que la autonomía privada adquiriera valor jurídico, no basta que la persona la exteriorice, sino que es necesario que el ordenamiento vigente reconozca esta facultad de los particulares¹⁰⁰ y además que su manifestación de voluntad se encuentre dentro de los límites impuestos por ley.

Esta tesis establece que la autonomía privada “crea ‘derecho’, es decir, normas jurídicas que desarrollan, individualizan, un derecho preexistente; normas que insertándose en el ordenamiento asumen las características de la juricidad”¹⁰¹. Por lo tanto los particulares, al ejercerla, no pueden considerarse creadores de un ordenamiento jurídico distinto al estatal¹⁰² sino que deben someterse a éste.

Al igual que la anterior, esta tesis es objeto de críticas puesto que hay quienes afirman que se estaría eliminando a la autonomía de la voluntad, ya que sería el legislador el único que gobierne las relaciones privadas¹⁰³.

⁹⁷ Rodríguez, Mónica Sofía. “El principio de la autonomía de la voluntad...”. *Óp. Cit.*, p. 116.

⁹⁸ Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General Del Acto Jurídico. Óp. Cit.*, p. 23.

⁹⁹ Ferri, Luigi. *Lecciones sobre el contrato: Curso de Derecho Civil*. Ediciones Andrés Bello, 2006, p. li.

¹⁰⁰ Hernández Fraga, Katuska y Danay Guerra Cosme. “El Principio de Autonomía de la Voluntad...”. *Óp. Cit.*, p. 29.

¹⁰¹ Ferri, Luigi. *Lecciones sobre el contrato: Curso de Derecho Civil. Óp. Cit.*, p. liv.

¹⁰² *Ibíd.*

¹⁰³ Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General Del Acto Jurídico. Óp. Cit.*, p. 23.

2.1.1.3 Tesis 3: Postura híbrida

Las posturas analizadas anteriormente son extremas¹⁰⁴ y, por lo tanto, es necesario un equilibrio entre ambas. La autonomía privada está compuesta por dos factores. El primero es que la voluntad crea los efectos del negocio jurídico¹⁰⁵; y, el segundo que el ordenamiento reconoce esta voluntad como fuente productora de consecuencias jurídicas y provee los medios necesarios para su eficacia¹⁰⁶, además, establece las materias en las cuales rige el principio de la autonomía¹⁰⁷ e impone las limitaciones que el Estado considere necesarias para precautelar el interés general¹⁰⁸. En el mismo sentido, escribe el DOCTOR PARRAGUEZ

[n]adie duda del papel fundamental que desempeña la voluntad en la producción del hecho humano y más específicamente en el negocio jurídico, pero su manifestación sería inocua si no existiese la norma jurídica que le atribuye aptitud generadora en los efectos del negocio¹⁰⁹.

De igual manera, BETTI sostiene que el Derecho considera a este principio como una potestad creadora, modificadora o extintiva que tienen las personas para regular sus relaciones. Sin embargo, la vida y vicisitudes de estas relaciones están previamente normadas por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, adquieren eficacia jurídica siempre y cuando sean acorde al Derecho interno¹¹⁰.

¹⁰⁴ *Id.*, p. 23.

¹⁰⁵ *Id.*, pp. 23-24.

Cfr. Hernández Fraga, Katuska y Danay Guerra Cosme. “El Principio de Autonomía de la Voluntad...”. *Óp. Cit.*, p. 29.

Rodríguez, Mónica Sofía. “El principio de la autonomía de la voluntad...”. *Óp. Cit.*, p. 117.

¹⁰⁶ Hernández Fraga, Katuska y Danay Guerra Cosme. “El Principio de Autonomía de la Voluntad...”. *Óp. Cit.*, p. 29.

Cfr. Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General Del Acto Jurídico*. *Óp. Cit.*, pp. 23-24.

Rodríguez, Mónica Sofía. “El principio de la autonomía de la voluntad...”. *Óp. Cit.*, p. 117.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

Cfr. Rodríguez, Mónica Sofía. “El principio de la autonomía de la voluntad...”. *Óp. Cit.*, p. 117.

¹⁰⁸ Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General Del Acto Jurídico*. *Óp. Cit.*, pp. 23-24.

Cfr. Rodríguez, Mónica Sofía. “El principio de la autonomía de la voluntad...”. *Óp. Cit.*, p. 117.

¹⁰⁹ Parraguez, Luis. “Negocio Jurídico: I Parte”. En: *Compendio de clase Jur 311*. Primer semestre del período 2011-2012, p. 27.

¹¹⁰ Betti, Emilio. *Teoría general del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 47.

Para efectos de esta tesina, se considera oportuno el comentario de los autores antes mencionados, pues si bien la autonomía de la voluntad permite a los particulares celebrar los negocios jurídicos que más satisfagan sus necesidades, existen ciertos límites que el Estado impone, justamente para precautelar los derechos de las partes involucradas, de terceros y el interés general de la sociedad.

2.1.2 Componentes del principio de la autonomía privada

La igualdad y la libertad son los fundamentos de la autonomía de la voluntad¹¹¹ que permiten que las partes regulen sus relaciones jurídicas tanto en el fondo como en la forma¹¹². Las aplicaciones prácticas de estos dos fundamentos son la libertad de contratación y la libertad de configuración interna, también conocidos como la libertad de contratar y la libertad contractual respectivamente¹¹³.

El primero establece que “las personas son libres para celebrar contratos, pues no se les obliga a ello, ya que cada individuo se encuentra en una situación de igualdad, dentro de la libertad, para decidir si contrata o no, según su conveniencia”¹¹⁴. En caso de que decida hacerlo, esta libertad, permite que determine con quién celebrarlo¹¹⁵. Es decir, en principio, permite a las partes celebrar los contratos que deseen con las personas que les plazca¹¹⁶.

¹¹¹ Suescún Melo, Jorge. *Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Tomo II. Segunda edición. Bogotá: Legis S.A., 2004, p. 2.

Cfr. Vidal Ramírez, Fernando. *El Acto Jurídico*. Óp. Cit., p. 59.

¹¹² Alessandri R., Arturo y Manuel Somarriva U. *Derecho civil: Parte preliminar y parte general*. Óp. Cit., p. 155.

¹¹³ Hernández Fraga, Katiuska y Danay Guerra Cosme. “El Principio de Autonomía de la Voluntad...”. Óp. Cit., p. 31.

¹¹⁴ Suescún Melo, Jorge. *Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Óp. Cit., p. 2.

Cfr. Parraguez, Luis. “Negocio Jurídico: I Parte”. Óp. Cit., p. 32.

Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General Del Acto Jurídico*. Óp. Cit., p. 25.

¹¹⁵ Hernández Fraga, Katiuska y Danay Guerra Cosme. “El Principio de Autonomía de la Voluntad...”. Óp. Cit., p. 31.

¹¹⁶ En principio se pueden celebrar todos los contratos y con las personas que se desee, pero dependiendo de los límites impuestos por ley, tendrán validez jurídica. Así, por ejemplo, una persona podrá vender a otra la Plaza de la Independencia y ésta acceder a comprarla. Sin embargo, ese contrato no surtirá efectos puesto que posee objeto ilícito (artículo 1480 numeral 1 CC) y en consecuencia adolecerá de nulidad absoluta (artículo 1699 CC). O por ejemplo, dos ecuatorianos celebran un contrato en el Ecuador, uno de ellos es menor de edad y en consecuencia

Además, faculta a las partes para que elijan el molde contractual¹¹⁷, sea “escrit[o], oral o cualquiera otr[o], salvo que la ley imponga un[o] determinad[o]”¹¹⁸. De donde, “la libertad de contratar otorga a las personas el derecho de decidir cuándo, cómo y con quién contratar”¹¹⁹. Es decir, se trata de una función creadora que permite a las partes, a través del consenso de voluntades, gobernar y ordenar sus propios intereses y satisfacciones¹²⁰.

Por otro lado, el segundo permite a las partes especificar el contenido del negocio jurídico y de esta manera pactar las normas en las relaciones contractuales o regular su comportamiento o el de sus bienes en las disposiciones testamentarias¹²¹ (para efectos de esta tesina, nos centraremos en las primeras). Este fundamento ha sido reconocido por la CNJ en el caso ASOCIACIÓN DE PRODUCTORES DE FIBRA "MONTERREY" C. COMPAÑÍA FURUKAWA DEL ECUADOR C.A., en donde determinó que “las partes pueden establecer contractualmente la terminación unilateral del negocio jurídico por causas que ellas mismas puedan determinar y prever convencionalmente”¹²². Es decir, pueden determinar las condiciones y términos bajo los cuales se regirá el negocio jurídico.

En palabras de SUESCÚN MELO es la “libertad para la determinación del contenido del contrato, esto es, para la autorregulación de los contratantes, dejándoles un amplio campo de

incapaz relativo (artículo 1463 tercer inciso CC). Si es que el incapaz no cuenta con la autorización de su representante para celebrarlo, ese contrato adolecerá de nulidad relativa (artículo 1700 CC).

¹¹⁷ Parra Benítez, Jorge. *Manual de Derecho Civil: personas, familia y derecho de menores*. Óp. Cit., p. 45.

¹¹⁸ Alessandri R., Arturo y Manuel Somarriva U. *Derecho civil: Parte preliminar y parte general*. Óp. Cit., p. 155.

¹¹⁹ Hernández Fraga, Katiuska y Danay Guerra Cosme. “El Principio de Autonomía de la Voluntad...”. Óp. Cit., p. 31.

¹²⁰ Maluquer de Motes, Carlos. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Barcelona: BOSCH Casa editorial S.A., 1993, p. 232.

Vid. Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones [...].

¹²¹ Compagnucci de Caso, Rubén H. *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992, p. 56.

¹²² Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Asociación de Productores de Fibra "Monterrey" c. Compañía Furukawa del Ecuador C.A.* Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial Suplemento No. 423 de 11 de septiembre de 2008.

maniobra, limitado tan sólo por unas cuantas normas imperativas o prohibitivas”¹²³. En el mismo sentido, HERNÁNDEZ FRAGA y GUERRA COSME escriben que la libertad contractual “es la facultad de determinar libremente los términos y condiciones de un contrato y en cuanto se fundamenta en la libertad de la persona, ésta no es una facultad absoluta, sino limitada [...]”¹²⁴. Según ALESSANDRI, estos límites son la ley, el orden público y las buenas costumbres¹²⁵ [§3].

Es por esto que, teniendo en cuenta estas limitaciones, la autonomía privada permite a los particulares satisfacer sus intereses y necesidades, mediante la estipulación de los términos y condiciones en cada una de las cláusulas de los negocios jurídicos que celebren.

Consecuentemente, el principio en el que se desarrolla a plenitud la autonomía de la voluntad es la libertad negocial o de contratación¹²⁶, reconocida en nuestra Constitución¹²⁷, que se manifiesta a través de la libertad de contratación y de configuración interna¹²⁸. Así lo ha determinado la CCE al sentenciar que

en el mismo ámbito garantista constitucional, se reconoce el derecho a la libertad de contratación, instituido como ‘derecho de libertad de las personas’ por el artículo 66 numeral 16 de la Constitución, situación que implica que el inmenso ámbito que poseen estas para decidir celebrar contratos y determinar su contenido, así como las condiciones, limitaciones, modalidades, formalidades, plazos y demás particularidades estarán regidas por la autonomía

¹²³ Suescún Melo, Jorge. *Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Óp. Cit., p. 2.

¹²⁴ Hernández Fraga, Katuska y Danay Guerra Cosme. “El Principio de Autonomía de la Voluntad...”. Óp. Cit., p. 31.

¹²⁵ Alessandri R., Arturo y Manuel Somarriva U. *Derecho civil: Parte preliminar y parte general*. Óp. Cit., p. 155.

¹²⁶ Como lo manifiesta COMPAGNUCCI DE CASO en su obra: “[l]a autonomía de la voluntad constituye la base del negocio jurídico, ya que es imprescindible como condición *sine qua non* que el acto sea querido y consentido por los sujetos intervinientes”. Compagnucci de Caso, Rubén H. *El negocio jurídico*. Óp. Cit., p. 55.

Cfr. Hernández Fraga, Katuska y Danay Guerra Cosme. “El Principio de Autonomía de la Voluntad...”. Óp. Cit., p. 30.

Vid. “La autonomía privada, de la que el contrato es el desarrollo [...]”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Laura Concepción Jiménez Valdéz y otras c. María Beatriz Jiménez Jurado y otros*. Recurso de casación interpuesto por los demandados. Registro Oficial No. 335 de 9 de diciembre de 1999.

¹²⁷ *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 16. El derecho a la libertad de contratación.

¹²⁸ Parraguez, Luis. “Negocio Jurídico: I Parte”. Óp. Cit., p. 30.

de la voluntad de los contratantes, dentro del marco constitucional y legal vigente en el Ecuador¹²⁹.

Por lo tanto se podría concluir que estas libertades, particularmente la libertad de configuración interna¹³⁰, otorgan a las partes la facultad de autorregulación de sus intereses a través de los negocios jurídicos que celebren¹³¹.

Así, en materia arbitral, la libertad de contratar se refleja en la capacidad de las partes para pactar cláusulas arbitrales¹³²; y la libertad contractual en la capacidad de decidir qué tipo de conflictos someter a este mecanismo (contractual o no contractual)¹³³, escoger la forma de selección de los árbitros¹³⁴, determinar si se tratará de un arbitraje administrado o

¹²⁹ Corte Constitucional del Ecuador. *Cratel C. A. c. sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dentro de la acción de protección No. 320-2012-CV*. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 374 de 13 de noviembre de 2014.

¹³⁰ Suescún Melo, Jorge. *Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Óp. Cit., p. 3.

¹³¹ Betti, Emilio. *Teoría general del Negocio Jurídico*. Óp. Cit., p. 43.

Cfr. Cariota Ferrara, Luigi. *El negocio jurídico*. Traducido por Manuel Albaladejo. Madrid: Aguilar, 1956, pp. 43-44.

Parra Benítez, Jorge. *Manual de Derecho Civil: personas, familia y derecho de menores*. Óp. Cit., p. 45.

Maluquer de Motes, Carlos. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Óp. Cit., p. 232.

¹³² *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 5 primer inciso.- El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

¹³³ *Ibíd.*

Vid. Cremades, Bernardo M. “Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral”. En: Soto Coaguila, Carlos Alberto (Director). *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*. Tomo I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Instituto Peruano De Arbitraje, 2011, p. 661.

¹³⁴ Por ejemplo, deberán decidir si será uno o tres árbitros los que resuelvan, si los podrán nombrar en la cláusula o si deberán escogerlos con base a la lista de árbitros propiciada por el centro o si serán designados sin tener en cuenta esta lista. *Id.* Artículo 16.

Vid. “[T]ratándose de un convenio arbitral, que nace del acuerdo de las partes, éstas pueden escoger a los árbitros con amplia libertad”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *José Luis Orellana Salcedo c. Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador S.A.* Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial No. 262 de 29 de enero de 2004.

independiente¹³⁵, si deberá ser resuelto en equidad o en derecho¹³⁶, convenir en el lugar del arbitraje¹³⁷, establecer las reglas de procedimiento¹³⁸, entre otros. De donde, esta capacidad de las partes demuestra que su facultad de autorregulación se manifiesta en la flexibilidad del procedimiento arbitral [§2.4].

2.1.3 Fuerza vinculante de la autonomía privada

Además de ser una manifestación de libertad, este principio de autonomía de la voluntad implica respetar y cumplir lo pactado¹³⁹. De esta manera, las personas crean sus relaciones jurídicas, las regulan, las modifican o las extinguen pero no pueden sustraerse de los efectos obligatorios que generan¹⁴⁰.

Esta fuerza vinculante es un poder jurídico que el Derecho reconoce a las personas para, no solo forzarlos a cumplir sus deberes y obligaciones, sino también para que exijan su

¹³⁵ *Id.* Artículo 2.- El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley.

¹³⁶ *Id.* Artículo 3 primer inciso.- Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.

¹³⁷ *Id.* Artículo 35 primer inciso.- De no constar en el convenio, las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje [...].

¹³⁸ *Id.* Artículo 38.- 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.

¹³⁹ *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 1561.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Cfr. La Constitución de 1998 recogía este principio. *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998. Artículo 97.- Todos los ciudadanos tendrán los siguientes deberes y responsabilidades, sin perjuicio de otros previstos en esta Constitución y la ley:

8. Decir la verdad, cumplir los contratos y mantener la palabra empeñada.

¹⁴⁰ Vidal Ramírez, Fernando. *El Acto Jurídico*. *Óp. Cit.*, p. 60.

cumplimiento a los sujetos con los que han convenido¹⁴¹. Asimismo, requiere que terceros respeten lo pactado¹⁴².

Dado que la autonomía de la voluntad constituye una regla de aplicación y cumplimiento específico para las partes contractuales, puede ser considerada como norma con fuerza de ley¹⁴³. Siguiendo esta línea de pensamiento, según la CNJ, el principio de la autonomía privada está contemplado en el CC¹⁴⁴, en donde se reconoce que las partes están obligadas a lo manifestado en el contrato¹⁴⁵ y que éste es ley para las partes¹⁴⁶.

En palabras de COMPAGNUCCI, la fuerza normativa de la voluntad privada se consagra en “[e]l respeto de la palabra empeñada, que [a su vez] se concreta en el adagio *pacta sunt servanda*, siguiéndose así el principio de la ‘convención ley’ de las partes”¹⁴⁷ [énfasis añadido]. Es decir,

¹⁴¹ En palabras de FERRI, “[p]ara el contrato y el negocio jurídico se habla correctamente de “acto de autonomía privada” [...] porque establecen normas que, por regla, vinculan a los mismos que las disponen”. Ferri, Luigi. *Lecciones sobre el contrato: Curso de Derecho Civil. Óp. Cit.*, p. li.

Cfr. COMPAGNUCCI DE CASO escribe que “Kant sostiene que la voluntad individual es la única fuente de toda obligación jurídica”. Compagnucci de Caso, Rubén H. *El negocio jurídico. Óp. Cit.*, p. 59.

Vidal Ramírez, Fernando. *El Acto Jurídico. Óp. Cit.*, p. 60.

¹⁴² Compagnucci de Caso, Rubén H. *El negocio jurídico. Óp. Cit.*, p. 56.

¹⁴³ Maluquer de Motes, Carlos. *Derecho de la persona y negocio jurídico. Óp. Cit.*, p. 233.

¹⁴⁴ “El artículo transcrito [1588 CC (actual 1561)] consagra el principio, de autonomía de la voluntad, lo que significa que las personas, sean naturales o jurídicas, pueden regir sus relaciones de derecho por medio de sus voluntades libremente concertadas”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Lucas Antonio Molina Astudillo c. Compañía de Economía mixta Austrogas*. Recurso de casación interpuesto por el actor. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 13 de 28 de agosto de 2003.

Cfr. “[E]l ordenamiento jurídico en la disposición legal antes transcrita [artículo 1588 CC (actual 1561)] ha consagrado la autonomía de la voluntad privada”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Pablo Luis Olmedo Espejo c. Nancy Marlene Arteaga Vera*. Recurso de casación interpuesto por la demandada. Registro Oficial No. 352 de 9 de junio de 2004.

“[E]l ordenamiento jurídico en la disposición legal antes transcrita [artículo 1588 CC (actual 1561)] ha consagrado la autonomía de la voluntad privada”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Héctor Solís Alvarado c. Ana Vallejo García de Paredes*. Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial No. 574 de 13 de mayo de 2002.

¹⁴⁵ *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 1562.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.

¹⁴⁶ *Id.* Artículo 1561.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

¹⁴⁷ Compagnucci de Caso, Rubén H. *El negocio jurídico. Óp. Cit.*, p. 56.

se otorga fuerza vinculante a la autonomía de los contratantes para que así sus relaciones jurídicas sean eficaces, pues los contratos se celebran para cumplirse.

En conclusión, la autonomía privada es una delegación legislativa que el Estado otorga a los particulares para que puedan celebrar negocios jurídicos y así satisfacer sus necesidades. En consecuencia, ésta realiza funciones creadoras, manifestadas en la libertad de contratación; reguladoras, exteriorizadas a través de la libertad de configuración interna; y normativas, al poseer fuerza de ley. A continuación, se tratará al rol de la autonomía de la voluntad reflejada en la cláusula arbitral y en el contrato de *receptum arbitrii*.

2.2 Cláusula arbitral y *receptum arbitrii* como fuentes de las normas procesales en el arbitraje

A lo largo de esta sección se analizarán a los contratos que poseen un carácter privado y procesal, ya que son celebrados entre las partes y entre éstas y los árbitros pero además permiten acudir a arbitraje para solucionar los conflictos y la aceptación del cargo por parte de los árbitros. En primer lugar, se estudiará a la cláusula arbitral [3.2.1] y posteriormente al contrato de dación y recepción del arbitraje¹⁴⁸ (*receptum arbitrii*) [3.2.2].

2.2.1 Voluntad privada reflejada en la cláusula arbitral: requisito material y procesal para acudir al arbitraje

La Ley Modelo de la CNUDMI define al convenio arbitral como el “acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”¹⁴⁹. En el mismo sentido, el artículo 5 de la LAM prescribe que

¹⁴⁸ Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa. Óp. Cit.*, p. 178.

¹⁴⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006*. Nueva York: Naciones Unidas, 2008, Artículo 7. Opción II.

[e]l convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual¹⁵⁰.

De ambas definiciones, es posible determinar que el acuerdo arbitral provee la base del arbitraje¹⁵¹ y que debe constar por escrito. Lo primero, puesto que recoge la voluntad de las partes para acudir a éste¹⁵² y solucionar los conflictos derivados de una relación jurídica. Lo segundo, es para que las partes estén conscientes de que se han sometido a arbitraje¹⁵³ y además es el medio de prueba de la cláusula arbitral¹⁵⁴.

La importancia de que el acuerdo para arbitrar conste por escrito, para excluir a los jueces ordinarios de conocer el asunto, fue reconocida por la CCE en la acción extraordinaria de protección propuesta por MISLE ZAIDÁN¹⁵⁵. La CCE determinó que el caso debía ser tramitado

¹⁵⁰ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 5.

¹⁵¹ Caivano, Roque. “5.2 The Arbitration Agreement”. En: United Nations Conference on Trade and Development. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2005, p. 3.

¹⁵² García Larriva, Hugo. “Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. 2012, p. 69.

Cfr. Cremades, Bernardo M. “Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral”. *Óp. Cit.*, p. 661.

¹⁵³ Van den Berg, A.J. The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation. La Haya, 1981, p. 171. Citado en: Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. *Óp. Cit.*, p. 111.

¹⁵⁴ Sobre este tema, GARCÍA LARRIVA escribe que “[a] parecer la mayoría de la legislación y doctrina actual, así como de los precedentes arbitrales –podríamos estar ante el surgimiento de un posible estándar mínimo consuetudinario sobre este requisito-, apuntan a que la escrituración del convenio arbitral ha dejado de ser concebido como un requisito *ad solemnitatem* del convenio arbitral y se relaciona mas [sic] con un requisito *ad probationem*. Este fenómeno de haber mutado de un requisito de la esencia del negocio jurídico a un requisito de prueba del mismo se debe a dos principales factores⁵⁰ (i) a un esfuerzo por priorizar la realidad de las cosas sobre las formalidades a las que el derecho se suele apegar muchas veces [...], y (ii) porque la naturaleza *ad probationem* contribuye mejor a la eficacia del arbitraje y a la inevitabilidad de sus consecuencias que constituyen la vigas maestras para la consolidación del sistema arbitral.

[...] la mayoría del foro ecuatoriano que trata el tema concluye que el requisito de escrituración previsto en los artículos 5 y 6 de la LAM constituyen solemnidades *ad probationem*, que, como lo es ya común para la doctrina internacional, pretende basar el análisis sobre la existencia del consentimiento más que sobre la existencia de tal o cual forma”. [Énfasis original] García Larriva, Hugo. “Partes no signatarias del convenio arbitral...”. *Óp. Cit.*, p. 72.

Cfr. Martínez Vásquez de Castro, Luis. “La cláusula compromisoria en el arbitraje civil”. Monografías Civitas, 1991, p. 118. Citado en: Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. *Óp. Cit.*, p. 111.

¹⁵⁵ Tercera Sala de la Corte Constitucional del Ecuador. *Faisal Misle Zaidán c. Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, jueces de la Primera Sala de lo Civil de la Corte provincial de Quito y jueces de la Segunda Sala de lo*

en la vía arbitral y no en la ordinaria, como equivocadamente se lo hizo¹⁵⁶, a pesar de las oposiciones del actor. Así, analizó que sí existía un convenio arbitral que claramente develaba la intención de las partes de acudir a arbitraje

[I]a ley exige, que para que proceda el convenio arbitral, que exista un documento escrito, en el que se señale la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. En ese sentido, los numerales 3.3¹⁵⁷ y 3.4¹⁵⁸ del Convenio son claros y expuestos al señalar la voluntad de las partes de someterse a la dirimencia [sic] de un árbitro y no de la justicia ordinaria, en caso de que existan divergencias o conflictos entre los grupos firmantes del convenio¹⁵⁹.

La CCE concluye que en el acuerdo “se evidencia que efectivamente existe la voluntad de las partes firmantes en este Convenio, en someter la solución de sus diferencias a un árbitro independiente” y que éste es válido y surte efectos jurídicos¹⁶⁰. Por lo que se puede concluir que para acudir a arbitraje es necesaria la cláusula arbitral que recoge la voluntad de las partes de solucionar sus conflictos por esta vía.

Someterse a este mecanismo de manera voluntaria es la regla general, sin embargo existe el arbitraje forzoso por medio del cual las partes están obligadas a dirimir sus controversias a través de éste. El arbitraje forzoso es entendido como “aquel que tiene su origen en la ley”¹⁶¹ que

Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 159 de 26 de marzo de 2010.

¹⁵⁶ Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Luis Ernesto Martínez Cobo c. Faisal Misle Zaidán y otros*. Recurso de casación deducido por Faisal Misle Zaidán. Registro Oficial Suplemento No. 224 de 29 de junio de 2010.

¹⁵⁷ “3.3 En caso de desacuerdo las partes acudirán a la dirimencia de un árbitro mutuamente seleccionado. La decisión de este árbitro será obligatoria para los dos grupos. El costo de los honorarios el árbitro será pagado por el grupo al cual (sic) no le asita la razón de acuerdo a dicho fallo. Adicionalmente el grupo que no tenga la razón, reconocerá y pagará una multa de \$ 5.000,00 al otro grupo”. Tercera Sala de la Corte Constitucional del Ecuador. *Faisal Misle Zaidán c. Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, jueces de la Primera Sala de lo Civil de la Corte provincial de Quito y jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia*. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 159 de 26 de marzo de 2010.

¹⁵⁸ “3.4 Las dos partes seleccionarán de común acuerdo a una terna de tres árbitros para que actúe, uno de ellos previo sorteo, de acuerdo a lo indicado en el numeral 3.3. Hasta tanto se designe esta terna, los dos grupos están de acuerdo que el árbitro sea el Ing., Pedro Pinto Rubianes”. *Ibíd.*

¹⁵⁹ *Ibíd.*

¹⁶⁰ “De conformidad con el análisis anterior, y en vista de que la ley suple lo que no se ha estipulado en la cláusula arbitral, es improcedente determinar a la misma como patológica, por lo tanto, la misma surte los efectos jurídicos respectivos”. *Ibíd.*

¹⁶¹ Guzmán Villalobos, Andrés Felipe. *El arbitraje de equidad en el derecho colombiano*. Pontificia Universidad Javeriana, facultad de ciencias jurídicas, departamento de derecho procesal, Bogotá D.C., 2003, p. 43.

“obliga a utilizarlo para decidir las controversias sobre ciertas materias”¹⁶²; aquel cuya fuente no es la autonomía privada sino la voluntad del soberano impuesta por un acto de ley¹⁶³; y, aquel en donde la autonomía de la voluntad queda limitada a la designación de los árbitros y a la determinación de sus facultades¹⁶⁴. Estos arbitrajes son taxativos¹⁶⁵ y constituyen la excepción del arbitraje. Por lo tanto, en el arbitraje forzoso la fuente no será la cláusula arbitral que manifieste la voluntad de las partes sino que será la ley. Es importante definir al arbitraje forzoso pues en la **§2.3** será analizado con base al arbitraje CHAPARRO c. ECUADOR.

Continuando con el análisis del acuerdo arbitral, cabe mencionar que de éste se derivan dos efectos para las partes: uno negativo y otro positivo¹⁶⁶. El efecto negativo consiste en “renunciar al derecho de tener esas materias resueltas por una corte”¹⁶⁷. De esta manera, el acuerdo arbitral excluye a la justicia ordinaria de conocer los casos en los que las partes han decidido acudir a

Cfr. Gil Echeverry, Jorge Hernán. *Curso práctico de Arbitraje*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1993, p. 12.

¹⁶² Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional*. Segunda Edición. Colombia: Legis, 1998, p. 34.

¹⁶³ Jequer Lehuéde, Eduardo. “El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)”. En: *Estudios Constitucionales*, Año 9, No. 2, 2011, pp. 453-498. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, p. 459.

¹⁶⁴ *Ibíd.*

¹⁶⁵ En el Ecuador existe arbitraje forzoso en materia laboral y deportiva.

Sobre el primero, el artículo 326 numeral 12 de la Constitución prescribe que “[l]os conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje”. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Asimismo, el Código del Trabajo establece que si las partes no se pusieren de acuerdo sobre la totalidad del contrato en el plazo de 30 días, deberán acudir obligatoriamente a un Tribunal de Conciliación y Arbitraje, según lo dispuesto en los artículos 224-232. *Código del Trabajo*. Registro Oficial Suplemento No. 167 de 16 de diciembre de 2005.

Sobre el segundo, el artículo 37 de la Ley del Futbolista Profesional obliga al club y al futbolista a resolver los conflictos derivados del cumplimiento del contrato a través de un Tribunal Arbitral Especial de la Federación Ecuatoriana de Fútbol. *Ley del Futbolista Profesional*. Registro Oficial Suplemento No. 462 de 15 de junio de 1994.

¹⁶⁶ Caivano, Roque. “5.2 The Arbitration Agreement”. *Óp. Cit.*, p. 4.

Cfr. Cremades, Bernardo M. “Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral”. *Óp. Cit.*, pp. 668-669.

¹⁶⁷ Traducción libre. “Waive their right to have those matters resolved by a court [negative effect]”. Caivano, Roque. “5.2 The Arbitration Agreement”. *Óp. Cit.*, p. 4.

Cfr. Cremades, Bernardo M. “Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral”. *Óp. Cit.*, pp. 668-669.

arbitraje¹⁶⁸. Por esto, si una de las partes decide acudir a una corte nacional para dirimir el conflicto, la otra deberá proponer como excepción la existencia de la cláusula arbitral y demostrar que renunciaron al derecho de acudir a la justicia ordinaria¹⁶⁹. En consecuencia, el juez debe inhibirse de conocer el fondo del asunto¹⁷⁰, sustanciar y resolver la excepción para que, una vez que se haya probado la existencia del acuerdo, ordene el archivo de la causa¹⁷¹.

Al respecto, la CCE en la acción extraordinaria de protección propuesta por MISLE Z Aidán consideró que

al haber propuesto el demandado dicha excepción declinatoria, el juez debió resolverla como una cuestión de previo y especial pronunciamiento, antes de disponer la apertura del término de prueba sobre los hechos que constituyeron el objeto de fondo de la controversia y por lo mismo, antes de expedir la sentencia [...] ¹⁷².

De igual manera, en el caso ORELLANA SALCEDO C. BOLÍVAR COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., la Compañía opuso la excepción oportunamente y solicitó al juez que la sustancie conforme lo requiere la LAM. Sin embargo, el juez rechazó la petición porque el CPC manda que todo incidente se debe resolver en sentencia¹⁷³. En consecuencia, la CNJ analizó que

[e]l punto de derecho que debe dilucidarse es si esta disposición prevalece sobre la norma de la Ley de Arbitraje y Mediación. Esta última pretende que la excepción de existencia de convenio arbitral, que es en definitiva una excepción dilatoria de incompetencia del Juez, sea resuelta en forma previa por economía procesal, para que el proceso, si debe seguir en la justicia ordinaria, no sea declarado nulo con posterioridad, con grave perjuicio para las partes. Y no se

¹⁶⁸ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 7.

Vid. “Más todavía: la celebración del convenio arbitral impide a las partes someter el caso a la justicia ordinaria, conforme reza el artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *José Luis Orellana Salcedo c. Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador S.A.* Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial No. 262 de 29 de enero de 2004.

¹⁶⁹ Caivano, Roque. “5.2 The Arbitration Agreement”. *Óp. Cit.*, p. 4.

¹⁷⁰ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 7.

¹⁷¹ *Id.* Artículo 8.

¹⁷² Tercera Sala de la Corte Constitucional del Ecuador. *Faisal Misle Zaidán c. Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, jueces de la Primera Sala de lo Civil de la Corte provincial de Quito y jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia*. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 159 de 26 de marzo de 2010.

¹⁷³ “En el caso de autos, la compañía demandada opuso expresamente tal excepción y pidió que el Juez la sustancie conforme lo establece la norma citada. El Juez, en providencia de 27 de abril del 2000, rechazó este pedido y sostuvo que, por disponerlo así el artículo 859 del Código de Procedimiento Civil, todo incidente se debe resolver en la sentencia”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *José Luis Orellana Salcedo c. Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador S.A.* Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial No. 262 de 29 de enero de 2004.

ve razón para que este procedimiento sea dejado a un lado en juicios verbales sumarios. Téngase en cuenta que esta vía es la propia de los asuntos comerciales, en los cuales es especialmente frecuente el convenio arbitral. De tal manera que debe entenderse que el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación reformó el artículo 859 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto obliga al Juez ante quien se plantea la excepción señalada a pronunciarse previamente sobre ella y no esperar para hacerlo al momento de dictar sentencia¹⁷⁴.

De estas sentencias es importante rescatar que siempre que una de las partes proponga como excepción la cláusula arbitral, el juez deberá sustanciarla como cuestión previa y no resolver sobre el fondo de la controversia, pues si es que no se procede de esta manera, existirá violación a los derechos de la tutela judicial efectiva y al debido proceso¹⁷⁵ y el proceso será nulo¹⁷⁶.

Al contrario, si la parte demandada no opone excepción alguna se presume que ambas partes están renunciando tácitamente¹⁷⁷ al convenio arbitral y otorgarán competencia para que el asunto sea resuelto por las cortes nacionales¹⁷⁸.

Por otro lado, el efecto positivo es “otorgar facultades jurisdiccionales a individuos privados (árbitros)”¹⁷⁹. En palabras de CREMADES este efecto “se [traduce] en la obligación de las partes de estar y pasar por lo estipulado, por lo que si una controversia se encuentra cubierta por el

¹⁷⁴ *Ibíd.*

¹⁷⁵ “Este incumplimiento normativo, que no fue corregido por los Jueces Superiores, se traduce en una evidente vulneración a los derechos de tutela judicial efectiva, establecido en el artículo 75 de la Constitución de la República vigente, así como al derecho del debido proceso, establecido en el artículo 76, numeral 1 de la misma Carta Fundamental”. Tercera Sala de la Corte Constitucional del Ecuador. *Faisal Misle Zaidán c. Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, jueces de la Primera Sala de lo Civil de la Corte provincial de Quito y jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia*. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 159 de 26 de marzo de 2010.

¹⁷⁶ “Es indudable que en este caso se ha producido por lo mismo una violación del trámite que acarrearía la nulidad del proceso, que podría declararse aun de oficio, de acuerdo al artículo 1067 del Código de Procedimiento Civil [...]”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *José Luis Orellana Salcedo c. Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador S.A.* Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial No. 262 de 29 de enero de 2004.

¹⁷⁷ “Es claro que esta norma [artículo 8 de la LAM] establece la renuncia expresa de las partes al convenio arbitral, pero también la renuncia tácita, cuando demandada una de ellas ante la justicia ordinaria, no opone expresamente la excepción de existencia de convenio arbitral”. Tercera Sala de la Corte Constitucional del Ecuador. *Faisal Misle Zaidán c. Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, jueces de la Primera Sala de lo Civil de la Corte provincial de Quito y jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia*. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 159 de 26 de marzo de 2010.

¹⁷⁸ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 8.

¹⁷⁹ Traducción libre. “Grant jurisdictional powers to private individuals (the arbitrators) [positive effect]”. Caivano, Roque. “5.2 The Arbitration Agreement”. *Óp. Cit.*, p. 4.

convenio arbitral no puede una de las partes rechazar el arbitraje”¹⁸⁰. Esta jurisdicción especial¹⁸¹ y exclusiva¹⁸² ha sido reconocida por los artículos 190 de la Constitución y 1 de la LAM¹⁸³ y desarrollada por la CCE quien ha determinado que

[s]obre los mecanismos de solución alternativa de conflictos, tanto la Constitución Política de 1998, como la Constitución vigente reconocen esta posibilidad jurídica, en casos y materias que sean transigibles y conforme las normas respectivas. Nuestro país sobre esta materia cuenta con la Ley de Mediación y Arbitraje, como cuerpo normativo regulador. [...]

Es decir, existe la posibilidad, determinada por la Constitución, de que no solo la vía de la jurisdicción ordinaria sea la idónea para procesar conflictos, sino que se crea una alternativa, a la que, cumpliendo requisitos establecidos por la ley, se puede acudir para solucionar una divergencia¹⁸⁴.

De donde, el arbitraje, mecanismo alternativo, reconocido por nuestro ordenamiento jurídico permite a las partes solucionar sus controversias por esta vía y excluir a la justicia ordinaria de conocer el asunto.

En este mecanismo, a pesar que los árbitros no pueden ejecutar lo juzgado, y por lo mismo no podríamos hablar de jurisdicción según el artículo 1 del CPC¹⁸⁵, en el caso del arbitraje “[b]y

¹⁸⁰ Cremades, Bernardo M. “Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral”. *Óp. Cit.*, pp. 668.

¹⁸¹ Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. *Óp. Cit.*, p. 108.

¹⁸² Cremades, Bernardo M. “Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral”. *Óp. Cit.*, p. 668.

¹⁸³ *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial Suplemento No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 190 primer inciso.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

Cfr. Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

¹⁸⁴ Tercera Sala de la Corte Constitucional del Ecuador. *Faisal Misle Zaidán c. Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, jueces de la Primera Sala de lo Civil de la Corte provincial de Quito y jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia*. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 159 de 26 de marzo de 2010.

Cfr. “[S]e trata de un mecanismo para la solución que inclusive está reconocido en el artículo 191 de la Constitución [de 1998, actual 190]”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *José Luis Orellana Salcedo c. Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador S.A.* Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial No. 262 de 29 de enero de 2004.

¹⁸⁵ *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005. Artículo 1.- La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar

“*jurisdiction*” we mean the powers conferred on arbitrators to enable them to resolve the matters submitted to them by rendering a binding decision”¹⁸⁶. Es decir, la facultad jurisdiccional del árbitro se manifiesta en la capacidad de administrar justicia, a través de un laudo obligatorio y definitivo.

Por lo tanto, si el convenio arbitral debe existir para poder acudir a arbitraje y otorga jurisdicción a los árbitros, delimitando su competencia, se puede concluir que este acuerdo es el presupuesto procesal y material del arbitraje¹⁸⁷.

La necesidad de la existencia de una cláusula arbitral para acudir a este mecanismo fue reconocida en el caso LÓPEZ CISNEROS C. FINANLAW S.A., en donde la CNJ estableció que “el sistema arbitral debe cumplir con el hecho previo de que exista entre las partes un mutuo acuerdo y que las controversias sean susceptibles de transacción”¹⁸⁸. De igual manera, el Doctor SALCEDO VERDUGA explica que

[e]l arbitraje tiene un origen contractual dado que supone la existencia de un convenio entre las partes para sustraer la controversia que las divide a la competencia de los tribunales ordinarios y someterla a la decisión de un tribunal arbitral¹⁸⁹.

De donde, queda evidenciada una vez más, el carácter material y procesal de la cláusula. Asimismo, REDFERN y HUNTER, en su obra, establecen: “[t]he agreement to arbitrate is the foundation stone of [...] arbitration. It records the consent of the parties to submit to arbitration—a consent which is indispensable to any process of dispute resolution outside national courts”¹⁹⁰. Los autores reconocen la importancia de que se manifieste el consentimiento de las partes cuando deciden sustraerse de la justicia ordinaria, mecanismo común para resolver los

lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes.

¹⁸⁶ Caivano, Roque. “5.2 The Arbitration Agreement”. *Óp. Cit.*, p. 4.

¹⁸⁷ García Larriva, Hugo. “Partes no signatarias del convenio arbitral...”. *Óp. Cit.*, p. 67.

¹⁸⁸ Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Diego Fernando López Cisneros c. Finanlaw S. A.* Recurso de casación interpuesto por el demandado. Registro Oficial Suplemento No. 78 de 01 de diciembre de 2009.

¹⁸⁹ Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. *Óp. Cit.*, p. 53.

¹⁹⁰ Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. *Óp. Cit.*, p. 85.

conflictos, y someterse a uno distinto. Por lo tanto, el acuerdo de voluntades es necesario para que las partes acudan al arbitraje, al ser un método alternativo de solución de controversias.

En el Ecuador, para que las personas, naturales o jurídicas, puedan acudir a arbitraje deben tener capacidad para transigir¹⁹¹, el acuerdo para arbitrar debe constar en cualquier medio de comunicación por escrito¹⁹², debe estar incorporado al negocio jurídico que se refiere o en un documento aparte, siempre y cuando contenga el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico al que hace alusión el acuerdo¹⁹³.

Además, para que una entidad del sector público se someta a arbitraje debe cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;
- b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;
- c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,
- d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución¹⁹⁴.

Estos requisitos de validez se deben cumplir cuando los arbitrajes sean bajo la ley ecuatoriana, cuando el Estado o sus nacionales sean parte y cuando se pretenda ejecutar los laudos arbitrales en el país.

En definitiva, la cláusula arbitral es la base para acudir a arbitraje pues recoge la voluntad de las partes someterse a éste para dirimir sus controversias, voluntad que debe constar por

¹⁹¹ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 4.

Cfr. Código Civil. Registro Oficial No. Artículo 2349.- No puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.

Vid. Es capaz para transigir aquella persona que es capaz de disponer. Así, “[e]l poder de disposición se refiere a la facultad jurídica que tienen las personas de poder desprenderse de un bien o de un derecho, de gravarlo, de limitar o modificar su contenido”. Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa. Óp. Cit.*, p. 124.

¹⁹² *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículos 5-6.

¹⁹³ *Id.* Artículo 5.

¹⁹⁴ *Id.* Artículo 4.

escrito porque se pretende excluir a los jueces de conocer el asunto, porque se está optando por un mecanismo alternativo y para que sirva como medio de prueba del acuerdo *inter partes*.

Los efectos de la cláusula son renunciar al derecho de que la controversia sea solucionada por cortes nacionales (efecto negativo) y otorgar una facultad jurisdiccional especial y exclusiva a los árbitros para que la resuelvan (efecto negativo).

Finalmente, por ser necesaria para acudir a arbitraje y por otorgar jurisdicción a los árbitros, la cláusula arbitral es el presupuesto material y procesal del arbitraje.

2.2.2 Contrato de *receptum arbitrii*: naturaleza, derechos, obligaciones y facultades del tribunal arbitral

El contrato de dación y recepción del arbitraje es aquel que nace entre las partes y los árbitros designados por ellas¹⁹⁵. Es un contrato posterior al convenio arbitral¹⁹⁶, ya que se celebra una vez que las partes han decidido acudir a arbitraje para dirimir sus conflictos y han nombrado a los árbitros, de acuerdo a lo pactado por ellas o conforme a lo contemplado por la LAM. De tal forma que si no existe un convenio arbitral, el contrato de *receptum arbitrii* no tiene eficacia¹⁹⁷.

Según la mayoría de la doctrina, el contrato se perfecciona y produce efectos jurídicos una vez que el árbitro, después de ser notificado por una de las partes, acepta su cargo¹⁹⁸. Al respecto, FOUCHARD manifiesta que

¹⁹⁵ Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa. Óp. Cit.*, p. 178.

¹⁹⁶ *Ibíd.*

¹⁹⁷ *Ibíd.*

¹⁹⁸ Abeliuk Manasevic, René. "El Arbitraje y las obligaciones de las partes y del árbitro". En: *Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. Coordinador académico profesor Eduardo Picand Albónico. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 50.

En el mismo sentido, *cfr.* Fernández Barreiro, Alejandrino y Julio García Camiñas. "Arbitraje y justicia ordinaria: Los arbitrajes compromisarios en Derecho Romano". En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de Coruña*. Coruña: Universidade de Coruña, 2011, p. 584.

Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman y John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 601.

Onyema, Emilia. *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*. Londres: Routledge, 2010, p. 67.

*the arbitrators' consent to act in that capacity is a prerequisite. They give that consent by accepting their functions, thereby completing the constitution of the arbitral tribunal. The arbitrators' consent may be given by signing the submission agreement, by drawing up terms of reference, or by any manifestation of an intention to perform the functions conferred on them by the parties*¹⁹⁹.

Para este autor el contrato nace a la vida jurídica cuando el árbitro acepta su designación y manifiesta su consentimiento por cualquier modalidad descritas. Sin embargo, para SALCEDO VERDUGA se deben cumplir los siguientes requisitos: oferta de dación del contrato²⁰⁰, es decir que los árbitros sean notificados con la designación; aceptación del contrato²⁰¹ que deben hacerlo dentro de los tres días posteriores de haber sido notificados, pues si guardan silencio, se presume su rechazo²⁰²; posesión del cargo²⁰³ ante el presidente del centro de arbitraje²⁰⁴; declaración de competencia para resolver el conflicto²⁰⁵ que deberá realizarse en la audiencia de sustanciación²⁰⁶.

Sin embargo, se considera que la postura de SALCEDO VERDUGA puede ser criticada puesto que la posesión del cargo y la declaración de competencia del árbitro no son necesarias para el perfeccionamiento del contrato de dación y recepción del arbitraje. Por el contrario, son manifestaciones del ejercicio jurisdiccional de sus funciones una vez que han adquirido la calidad de árbitro, es decir, cuando el contrato ya ha producido sus efectos.

En conclusión, para efectos de esta tesina se aceptará la primera postura, aquella que recoge que el *receptum arbitrii*, contrato que nace entre las partes y los árbitros designados por ellas,

¹⁹⁹ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman y John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Óp. Cit., p. 602.

Ogayar Ayllón. "Recursos contra el laudo arbitral" en Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Febrero 1963, Tomo XLVI, p. 157. Citado en: Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. Segunda edición actualizada. Guayaquil: Distrilib, 2007, p. 178.

²⁰⁰ Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. Óp. Cit., p. 178.

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 17.

²⁰³ Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. Óp. Cit., p. 178.

²⁰⁴ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 17.

²⁰⁵ Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. Óp. Cit., p. 178.

²⁰⁶ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 22.

se perfecciona con la aceptación al cargo, una vez que las partes han realizado una oferta a los árbitros mediante la notificación.

2.2.2.1 *Naturaleza del contrato*

Este contrato no ha sido definido por el ordenamiento jurídico y en la doctrina existe debate respecto de su naturaleza. Por un lado, hay quienes lo consideran un mandato; por otro lado, un contrato de prestación de servicios o arrendamiento de servicios inmateriales; y, una tercera corriente le otorga una naturaleza *sui generis*.

a) Receptum arbitrii como un mandato

Los partidarios de la primera postura sostienen que los árbitros son designados por las partes para efectuar un servicio por encargo²⁰⁷, es decir, tratan al *receptum arbitrii* como un mandato o una clase de mandato²⁰⁸. Afirman que es este tipo de contrato ya que las partes escogen a los árbitros por sus cualidades personales, es decir es *intuitu personae*²⁰⁹. En consecuencia, consideran que los árbitros actúan como sus agentes para tomar una decisión sobre el conflicto, en conformidad con la cláusula arbitral²¹⁰.

No obstante, esta postura es objeto de críticas, pues hay quienes aseveran que, por lo general, el mandatario es representante del mandante²¹¹ y los árbitros no representan a las partes sino

²⁰⁷ Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. Óp. Cit., p. 181.

²⁰⁸ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman y John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Óp. Cit., p. 605.

Cfr. Szászy, István. "Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards". Óp. Cit., p. 668.

²⁰⁹ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman y John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Óp. Cit., p. 605.

²¹⁰ Onyema, Emilia. *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*. Óp. Cit., p.103.

²¹¹ El mandato no siempre implica representación. *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 2055.- El mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante. Si contrata a su propio nombre, no obliga al mandante, respecto de terceros.

que asumen facultades jurisdiccionales para resolver un conflicto²¹². Estas facultades excluyen cualquier tipo de subordinación o representación respecto de los particulares²¹³.

Además, quienes critican, establecen que el mandatario está obligado a seguir las instrucciones del mandante²¹⁴ y de dar cuenta sobre sus actividades²¹⁵. Los árbitros, si bien deben cumplir con lo estipulado por las partes, son terceros imparciales que no siguen órdenes de las personas que los nombraron al momento de administrar justicia.

Asimismo, otra crítica podría ser que el negocio o gestión sobre la que recae el mandato son actos jurídicos que crean, modifican o extinguen obligaciones²¹⁶. La administración de justicia no es un negocio jurídico, sino un servicio público según nuestra ley [§1.1].

Adicionalmente, el mandato y el *receptum arbitrii* se distinguen en cuanto a los efectos del silencio respecto de la aceptación del cargo. En el primero, el silencio del mandatario se tendrá por aceptación del encargo²¹⁷. Por otro lado, si los árbitros guardan silencio respecto de su nombramiento se entenderá que lo rechazan²¹⁸.

Otra diferencia es el alcance de la responsabilidad y, dado que los árbitros reciben honorarios por sus servicios, se la comparará entre estos y los mandatarios remunerados. El contrato de dación y recepción del arbitraje es bilateral²¹⁹, en consecuencia los árbitros serán

²¹² Onyema, Emilia. *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*. Óp. Cit., p. 103.

Cfr. Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman y John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Óp. Cit., p. 605.

²¹³ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman y John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Óp. Cit., p. 606.

²¹⁴ *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 2035.

²¹⁵ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman y John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Óp. Cit., p. 606.

Vid. *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 2059 primer inciso.

²¹⁶ Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Decimoséptima edición actualizada. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2008, pp. 591-592.

²¹⁷ *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 2029 primer inciso.

²¹⁸ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 17 primer inciso.

²¹⁹ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman y John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Óp. Cit., p. 602.

responsables por culpa leve²²⁰. Sin embargo, para los mandatarios remunerados, a pesar de responder por la misma culpa, esta responsabilidad recaerá más estrictamente²²¹.

Finalmente, otra crítica es que el mandato por regla general es revocable²²², en cambio, el nombramiento de los árbitros es irrevocable. Así, se permite al mandante terminar el mandato a su arbitrio²²³, revocándolo de manera expresa o tácita²²⁴. Por otro lado, la calidad de árbitro no es revocable y solamente puede ser reemplazado por estar inhabilitado para ejercer el cargo²²⁵, por muerte²²⁶ o recusación²²⁷.

b) Contrato de dación y recepción del arbitraje como arrendamiento de servicios inmatrimales

Por otro lado, hay quienes sostienen que se trata de un arrendamiento de servicios inmatrimales²²⁸. FOUCHARD en su obra, al tratar esta postura, explica que

[t]he arbitrators, in common with other professionals, undertake to give the parties the benefit of their experience and knowledge, and to accomplish tasks such as investigating the case and hearing the parties within a certain period of time. The arbitrators thus agree to provide services which constitute either best efforts undertakings or undertakings to achieve a particular result²²⁹.

²²⁰ Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 1563.

²²¹ *Id.* Artículo 2033.

Vid. Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Óp. Cit., p. 613.

²²² Ghersi, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial: figuras contractuales modernas*. Tomo I. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, p. 629.

²²³ Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 2067 numeral 3, artículo 2069.

²²⁴ *Id.* Artículo 2068.

²²⁵ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 19.

²²⁶ *Id.* Artículo 20.

²²⁷ *Id.* Artículo 21.

²²⁸ Abeliuk Manasevic, René. "El Arbitraje y las obligaciones de las partes y del árbitro". *Óp. Cit.*, p. 52.

²²⁹ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman y John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Óp. Cit., p. 606.

Si bien la experiencia y conocimiento de los árbitros son puestos a disposición de las partes, a cambio de una remuneración²³⁰, la resolución de conflictos no es propiamente un servicio bajo la ley civil²³¹.

Además, otra crítica, similar a la analizada respecto del mandato, es que el acreedor de un arrendamiento de servicios inmateriales da instrucciones al deudor para la ejecución de la obra, en cambio, aparte de convenir las cláusulas del acuerdo arbitral y pactar unas reglas procedimentales, “*the parties cannot go so far as to give ‘instructions’ to the arbitrators as to the way in which the proceedings are to be conducted, let alone the content of their award*”²³², sino que son terceros imparciales que conducen el procedimiento, buscan la verdad y resuelven la controversia.

Otra diferencia es que en caso de no cumplir con su encargo, el acreedor de una obra inmaterial podrá pedir que un tercero la ejecute, a expensas del deudor, junto con indemnización de daños y perjuicios o solamente solicitar la indemnización²³³. Por otro lado, si los árbitros incumplen, los litigantes podrán demandar solamente la indemnización de daños y perjuicios²³⁴.

Asimismo, por un lado, la prestación de servicios inmateriales termina porque el tiempo fijado concluyó²³⁵, por decisión de cualquiera de las dos partes²³⁶, por desahucio²³⁷ o por mala conducta²³⁸. Por otro lado, el *receptum arbitrii* termina por el incumplimiento del encargo del

²³⁰ Onyema, Emilia. *International Commercial Arbitration and the Arbitrator’s Contract*. Óp. Cit., p. 104.

²³¹ *Id.*, pp.103-104.

Cfr. Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman y John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Óp. Cit., p. 607.

²³² Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman y John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Óp. Cit., p. 607.

²³³ *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 1569.

²³⁴ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 18.

²³⁵ *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículos 1892 y 1895.

²³⁶ *Id.* Artículo 1943.

²³⁷ *Id.* Artículos 1892 y 1943.

²³⁸ *Id.* Artículo 1945.

árbitro²³⁹, por estar inhabilitado para ejercerlo²⁴⁰, por muerte²⁴¹, por recusación²⁴² y en caso de que haya desempeñado fielmente su cargo, un árbitro cesa en sus funciones cuando dicta el laudo arbitral y ha sido remunerado por su labor²⁴³.

c) Receptum arbitrii como un contrato sui generis

Por último, doctrinarios han optado por otorgarle una naturaleza *sui generis*²⁴⁴ ya que “[i]t shares the hybrid nature of arbitration itself: its source is contractual, but its object is judicial”²⁴⁵. Por lo mismo, no puede quedar reducida a una categoría del sistema civil.

Es un contrato con contenido privado pero también tiene un carácter procesal²⁴⁶, puesto que permite ventilar la causa a través del arbitraje y establecer las normas que regularán al procedimiento arbitral.

En conclusión, el contrato de *receptum arbitrii* es aquél celebrado entre las partes y los árbitros, es posterior a la cláusula arbitral y se perfecciona con la aceptación del cargo. Además, su naturaleza es *sui generis* ya que los contratos de *receptum arbitrii*, mandato y arrendamiento de servicios inmateriales poseen diferencias que no permiten su similitud completa.

Al no conocer con detalle a este contrato, es importante analizar los derechos y obligaciones que nacen para las partes y los árbitros.

²³⁹ Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 18.

²⁴⁰ *Id.* Artículo 19.

²⁴¹ *Id.* Artículo 20.

²⁴² *Id.* Artículo 21.

²⁴³ Onyema, Emilia. *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*. *Óp. Cit.*, p. 174.

Cfr. Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman y John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. *Óp. Cit.*, p. 602.

²⁴⁴ Szászy, István. “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”. *Óp. Cit.*, p. 669.

²⁴⁵ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman y John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. *Óp. Cit.*, p. 607.

²⁴⁶ Szászy, István. “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”. *Óp. Cit.*, p. 669.

2.2.2.2 *Derechos, obligaciones y facultades como consecuencia del receptum arbitrii*

Los derechos, obligaciones y facultades de las partes y del tribunal arbitral tienen como fuente al contrato de dación y recepción del arbitraje. En palabras de FOUCHARD y sus coautores,

[a]lthough they are judges, arbitrators assume that role as a result of a contract under which they have agreed with the parties (and the arbitral institution, if one is involved) to perform a brief which is well-defined and usually remunerated. Their status is therefore contractual [...], as a result of which it carries with it a number of rights and obligations²⁴⁷.

Por lo tanto, las partes podrán determinarlos en el *receptum arbitrii*. Sin embargo, dado el principio de integración de los contratos²⁴⁸, estos derechos, obligaciones y facultades también provendrán de la ley, principios generales aplicables al arbitraje, cláusula arbitral, reglas aplicables según acuerdo entre las partes, reglamentos de centros o códigos de ética que se impongan a los árbitros²⁴⁹.

²⁴⁷ Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman y John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Óp. Cit., p. 599.

²⁴⁸ *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 1562.- Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.

²⁴⁹ Tweeddale, Andrew y Keren Tweeddale. *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 148.

Cfr. Macchia, Valeria. “Arbitraje Comercial Internacional en Argentina: marco legal y jurisprudencia”. En: *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: marco legal y jurisprudencia*. Dirigido por: Antonio Hierro y Cristian Conejero. Segunda edición. 2012, p. 127.

En general, se reconocen como derechos del tribunal arbitral y, en consecuencia obligaciones de los particulares, recibir una remuneración por su labor²⁵⁰; que las partes respeten su labor y calidad de juez²⁵¹; y, exigirles su cooperación a lo largo del procedimiento²⁵².

Por otro lado, las obligaciones del tribunal arbitral son aceptar oportunamente el cargo²⁵³ y ejercerlo²⁵⁴; actuar con imparcialidad, independencia y diligencia²⁵⁵, y en consecuencia,

²⁵⁰ “*In ad hoc arbitration, arbitrators' fees are determined by the arbitrators themselves. In institutional arbitration, they are determined either by the arbitrators, or by the institution, depending on the applicable arbitration rules*”. Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, John Savage, and Philippe Fouchard. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Óp. Cit., pp. 624-625.

Cfr. Hinojosa Segovia, Rafael. “Arbitraje Comercial Internacional en España: marco legal y jurisprudencial”. En: *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: marco legal y jurisprudencia*. Dirigido por: Antonio Hierro y Cristian Conejero. Segunda edición. 2012, p. 430.

Vid. *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 40 literal (b).

Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana. Artículo 37 numeral 6 y artículo 71 primer inciso.

Codificación del Reglamento para el funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Artículo 73 primer inciso.

²⁵¹ Abeliuk Manasevic, René. “El Arbitraje y las obligaciones de las partes y del árbitro”. Óp. Cit., p. 51.

Cfr. Fernández Barreiro, Alejandrino y Julio García Camiñas. “Arbitraje y justicia ordinaria: Los arbitrajes compromisarios en Derecho Romano”. Óp. Cit., p. 589.

²⁵² Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, John Savage, and Philippe Fouchard. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Óp. Cit., p. 627.

²⁵³ Guevara, Ramiro. “Arbitraje Comercial Internacional en Bolivia: marco legal y jurisprudencial”. En: *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: marco legal y jurisprudencia*. Dirigido por: Antonio Hierro y Cristian Conejero. Segunda edición. 2012, p. 162.

Vid. *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 17 primer inciso.

Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Artículo 15.

²⁵⁴ Abeliuk Manasevic, René. “El Arbitraje y las obligaciones de las partes y del árbitro”. Óp. Cit., p. 51.

Vid. *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Primer inciso de los artículos 17 y 18.

²⁵⁵ Tweeddale, Andrew y Keren Tweeddale. *Arbitration of Commercial Disputes...* Óp. Cit., p. 148.

Cfr. Macchia, Valeria. “Arbitraje Comercial Internacional en Argentina: marco legal y jurisprudencia”. Óp. Cit., p. 127.

Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, John Savage, and Philippe Fouchard. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Óp. Cit., pp. 609-610.

Fernández Barreiro, Alejandrino y Julio García Camiñas. “Arbitraje y justicia ordinaria: Los arbitrajes compromisarios en Derecho Romano”. Óp. Cit., p. 590.

informar a las partes sobre posibles conflictos de interés²⁵⁶; dictar el laudo que ponga fin a la controversia, en el plazo determinado por las partes o en su defecto por la ley que regule el procedimiento²⁵⁷; resolver sobre todas las pretensiones de las partes, siempre que tengan

Marchán, Juan Manuel y Xavier Andrade Cadena. “El Arbitraje Comercial Internacional en Ecuador: marco legal y jurisprudencial”. En: *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: marco legal y jurisprudencia*. Dirigido por: Antonio Hierro y Cristian Conejero. Segunda edición. 2012, p. 363.

Vid. Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana. Artículo 25 numerales 1-2 y artículos 108-115.

Codificación del Reglamento para el funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Artículo 75 literales (a-b).

Código de Ética para mediadores, árbitros, secretarios y peritos del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Artículos 7, 17, 18.

Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Artículo 71 numerales 1-2, artículos 83, 85-87.

Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Artículo 3.

²⁵⁶ Guevara, Ramiro. “Arbitraje Comercial Internacional en Bolivia: marco legal y jurisprudencial”. *Óp. Cit.*, p. 162.

Cfr. Marchán, Juan Manuel y Xavier Andrade Cadena. “El Arbitraje Comercial Internacional en Ecuador: marco legal y jurisprudencial”. *Óp. Cit.*, p. 363.

Vid. Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 19.

Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana. Artículo 26 numeral 2 y artículo 117.

Codificación del Reglamento para el funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Artículo 76 numeral 2.

Código de Ética para mediadores, árbitros, secretarios y peritos del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Artículo 9.

Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Artículo 72 numeral 2.

Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Artículo 15.

²⁵⁷ Hinojosa Segovia, Rafael. “Arbitraje Comercial Internacional en España: marco legal y jurisprudencial”. *Óp. Cit.*, p. 430.

Cfr. Macchia, Valeria. “Arbitraje Comercial Internacional en Argentina: marco legal y jurisprudencia”. *Óp. Cit.*, p. 127.

Guevara, Ramiro. “Arbitraje Comercial Internacional en Bolivia: marco legal y jurisprudencial”. *Óp. Cit.*, p. 162.

Barragán Arango, Luis Alfredo e Irma Isabel Rivera Ramírez. “Arbitraje Comercial Internacional en Colombia: marco legal y jurisprudencial”. En: *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: marco legal y jurisprudencia*. Dirigido por: Antonio Hierro y Cristian Conejero. Segunda edición. 2012, p. 226.

Tweeddale, Andrew y Keren Tweeddale. *Arbitration of Commercial Disputes...* *Óp. Cit.*, p. 148.

competencia para hacerlo²⁵⁸; tratar con respeto e igualdad a las partes, otorgándoles “equidad de armas” en el proceso²⁵⁹; rechazar los incidentes que busquen retardar o entorpecer el

Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, John Savage, and Philippe Fouchard. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. *Óp. Cit.*, p. 610.

Vid. Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 25.

Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana. Artículo 25 numeral 6 y artículo 26 numeral 5.

Codificación del Reglamento para el funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Artículo 65, artículo 75 literal (g) y artículo 76 numeral 5.

Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Artículo 71 numeral 7 y artículo 72 numeral 5.

Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Artículo 25.

²⁵⁸ Guevara, Ramiro. “Arbitraje Comercial Internacional en Bolivia: marco legal y jurisprudencial”. *Óp. Cit.*, p. 162.

Cfr. Macchia, Valeria. “Arbitraje Comercial Internacional en Argentina: marco legal y jurisprudencia”. *Óp. Cit.*, p. 127.

Vid. Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 31 literal (d).

Código de Ética para mediadores, árbitros, secretarios y peritos del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Artículo 12.

²⁵⁹ Barragán Arango, Luis Alfredo e Irma Isabel Rivera Ramírez. “Arbitraje Comercial Internacional en Colombia: marco legal y jurisprudencial”. *Óp. Cit.*, p. 226.

Cfr. Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, John Savage, and Philippe Fouchard. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. *Óp. Cit.*, p. 609.

Fernández Barreiro, Alejandrino y Julio García Camiñas. “Arbitraje y justicia ordinaria: Los arbitrajes compromisarios en Derecho Romano”. *Óp. Cit.*, p. 590.

“[E]quality of arms”. Tweeddale, Andrew y Keren Tweeddale. *Arbitration of Commercial Disputes... Óp. Cit.*, pp. 148-149.

Vid. Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana. Artículo 26 numeral 1 y artículos 108-115.

Código de Ética para mediadores, árbitros, secretarios y peritos del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Artículo 11.

Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Artículos 83, 88.

Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Artículo 3.

procedimiento²⁶⁰; en fin, cumplir fielmente el encargo, caso contrario incurrirán en responsabilidad²⁶¹.

Este último deber recoge las obligaciones de los árbitros pues, según MARCHAN y ANDRADE, implica

(i) resolver la controversia de manera obligatoria y definitiva; (ii) hacer lo anterior en aplicación estricta de los principios y normativa aplicables; (iii) conducir el proceso de manera imparcial, independiente y diligente; (iv) velar por las garantías del debido proceso; (v) culminar su tarea de árbitro hasta la emisión del respectivo laudo arbitral, a menos que medien motivos justificados para discontinuar su tarea [...]; y (vi) procurar que el laudo emitido pueda ser reconocido y ejecutado en la jurisdicción respectiva²⁶².

Finalmente, las facultades de los árbitros son “[i]mpulsar el procedimiento, disponiendo las medidas que sean necesarias al efecto”²⁶³; recibir, valorar y solicitar las pruebas que sean

²⁶⁰ Marchán, Juan Manuel y Xavier Andrade Cadena. “El Arbitraje Comercial Internacional en Ecuador: marco legal y jurisprudencial”. *Óp. Cit.*, p. 363.

Vid. Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 33.

Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana. Artículo 116.

Código de Ética para mediadores, árbitros, secretarios y peritos del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Artículos 13, 16.

²⁶¹ Hinojosa Segovia, Rafael. “Arbitraje Comercial Internacional en España: marco legal y jurisprudencial”. *Óp. Cit.*, p. 430.

Cfr. Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman, John Savage, and Philippe Fouchard. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. Óp. Cit., p. 611.

Vid. Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 18.

Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana. Artículo 25 numeral 1.

²⁶² Marchán, Juan Manuel y Xavier Andrade Cadena. “El Arbitraje Comercial Internacional en Ecuador: marco legal y jurisprudencial”. *Óp. Cit.*, p. 362.

²⁶³ Guevara, Ramiro. “Arbitraje Comercial Internacional en Bolivia: marco legal y jurisprudencial”. *Óp. Cit.*, p. 162.

Cfr. Barragán Arango, Luis Alfredo e Irma Isabel Rivera Ramírez. “Arbitraje Comercial Internacional en Colombia: marco legal y jurisprudencial”. Óp. Cit., p. 226.

necesarias para esclarecer los hechos²⁶⁴; dictar diligencias de mejor proveer²⁶⁵; y, adoptar medidas cautelares²⁶⁶.

Todos estos derechos, obligaciones y facultades son internacionalmente reconocidas y por lo mismo se aplican a todos los contratos de dación y recepción del arbitraje. En el Ecuador algunos de estos están contemplados en la LAM y otros en los reglamentos de los centros que administran este mecanismo. No obstante, nada impide a las partes y a los árbitros pactar otros.

En definitiva, con base en la autonomía de la voluntad, manifestada en la libertad de configuración interna, las partes pueden especificar el contenido de cada una de las cláusulas ya sea del acuerdo arbitral o del *receptum arbitrii*. De esta manera, podrán pactar las condiciones del arbitraje, sus normas procedimentales y los derechos, obligaciones y facultades del tribunal arbitral.

Por lo que, si las leyes procedimentales que regirán al arbitraje, están sujetas a la voluntad de las partes y, por lo mismo, no son de orden público, se puede concluir que éstas tienen carácter negocial. A continuación, se analizarán las pruebas y la manera en cómo fueron practicadas por las partes y el tribunal arbitral en el arbitraje en estudio, CHAPARRO C. ECUADOR, para concluir

²⁶⁴ *Ibíd.*

Vid. Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 22 numeral 2.

²⁶⁵ Marchán, Juan Manuel y Xavier Andrade Cadena. “El Arbitraje Comercial Internacional en Ecuador: marco legal y jurisprudencial”. *Óp. Cit.*, p. 363.

Vid. Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 23.

Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana. Artículo 59.

²⁶⁶ Barragán Arango, Luis Alfredo e Irma Isabel Rivera Ramírez. “Arbitraje Comercial Internacional en Colombia: marco legal y jurisprudencial”. *Óp. Cit.*, p. 226.

Cfr. Marchán, Juan Manuel y Xavier Andrade Cadena. “El Arbitraje Comercial Internacional en Ecuador: marco legal y jurisprudencial”. *Óp. Cit.*, p. 363.

Vid. Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 9.

Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana. Artículo 25 numeral 5 artículo 58.

Codificación del Reglamento para el funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Artículo 75 literal (f).

Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Artículo 71 numeral 6.

que dado el carácter contractual del arbitraje, la autonomía privada permite la flexibilidad de su procedimiento. Con ello, en el siguiente capítulo, se podrá determinar el alcance de la autonomía privada en este tema y sus límites.

2.3 Análisis de las normas que regularon la práctica de la prueba en el arbitraje CHAPARRO C. ECUADOR

En 1997, CHAPARRO fue declarado sospechoso de un presunto delito de narcotráfico, al ser accionista y representante legal de la empresa Plumavit, que producía unas cajas similares a aquellas en donde la Operación Antinarcótica Rivera encontró clorhidrato de cocaína. En consecuencia, el ESTADO aprehendió la empresa y la entregó en depósito al CONSEP²⁶⁷.

En el 2001, la Corte Superior de Justicia de Guayaquil dictó auto de sobreseimiento provisional y ordenó la devolución de los bienes²⁶⁸. Sin embargo, por los daños ocasionados y por violación a los derechos humanos, CHAPARRO emitió una denuncia ante la CIDH en 1998. Ésta fue aceptada y, en 2006, la CIDH sometió en la CORTE IDH una demanda contra el ECUADOR²⁶⁹.

Finalmente, el 21 de noviembre de 2007, la CORTE IDH dictó sentencia condenatoria para el ESTADO por violación de derechos humanos y ordenó la indemnización por la incautación de Plumavit. Además, estableció que debían ser determinados por medio de arbitraje²⁷⁰:

¶232. Por lo anterior y dada la complejidad que supone la determinación de valores mercantiles de una empresa, los cuales pueden incluir, *inter alia*, el patrimonio, situación financiera, inversiones de capital, bienes y sus valores, movilizado y circulante, flujos operacionales, expectativas de mercado y demás, esta Corte considera que deberá ser un tribunal de arbitraje el que determine el porcentaje de pérdidas que sufrió el señor Chaparro

²⁶⁷ “Caso Chaparro c. Ecuador: Laudo final y Recusación de Santiago Cuesta”. En: *Gaceta Arbitral No. 1 2013*. Coordinado y editado por: Hugo García. Coedición de Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana (AMCHAM) y Universidad San Francisco de Quito. Quito: 2013, ¶4-6.

²⁶⁸ *Id.*, ¶7.

²⁶⁹ *Id.*, ¶9.

²⁷⁰ *Id.*, ¶10-11.

como consecuencia de la aprehensión y depósito de la fábrica Plumavit por parte del Estado²⁷¹. [Énfasis original]

De donde, en el arbitraje CHAPARRO C. ECUADOR no hay una cláusula arbitral celebrada por las partes, puesto que no tiene su fuente obligacional en la autonomía de la voluntad, como sucede en la mayoría de arbitrajes, sino que, al haber sido impuesto por la CORTE IDH, la tiene en el Pacto San José²⁷². Consecuentemente, a pesar de ser un arbitraje en el Ecuador, entre ecuatorianos, mal podríamos exigir el cumplimiento de los artículos 4, 5 y 6 de la LAM, como se determinó en la **§2.2.1**.

El Ecuador ratificó el Pacto San José y además reconoció la competencia obligatoria de la CORTE IDH para que resuelva asuntos relacionados a la Convención²⁷³. Con base en este instrumento internacional, el Estado está obligado a cumplir la sentencia, definitiva e inapelable²⁷⁴, de la CORTE IDH²⁷⁵ por el principio, universalmente reconocido²⁷⁶, *pacta sunt servanda*.

Esta fórmula latina, recogida en el artículo 26 de la Convención de Viena²⁷⁷, significa que los tratados deben ser cumplidos²⁷⁸. Es una “[n]orma general de derecho internacional que denota el carácter obligatorio de los tratados para las partes contratantes”²⁷⁹. En consecuencia,

²⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez c. Ecuador*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, ¶232.

²⁷² *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto San José)*. Registro Oficial No. 801 de 6 de agosto de 1984.

²⁷³ *Id.* Artículo 62.1.

²⁷⁴ *Id.* Artículo 67.

²⁷⁵ *Id.* Artículo 68.1.

Vid. Ávila Santamaría, Ramiro et al. *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Editado por: Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 32.

²⁷⁶ *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Registro Oficial No. 6 de 28 de abril de 2005, Artículo 26.

²⁷⁷ *Ibíd.*

²⁷⁸ Vasco V., Miguel A. *Diccionario de Derecho Internacional*. Primera edición. Quito: Nueva Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión”, 1986, p. 333.

²⁷⁹ *Ibíd.*

los tratados establecen derechos y obligaciones entre las partes contratantes y deben ser cumplidos por ellas de buena fe²⁸⁰.

Por lo que si el Ecuador está obligado a cumplir lo que manda la Convención Interamericana y este instrumento establece que las decisiones de la CORTE IDH son obligatorias, sin necesidad de una cláusula arbitral, las partes, en el caso analizado, debían acudir al arbitraje para que se calcule la indemnización que por derecho le correspondía a CHAPARRO.

De igual manera, la CORTE IDH determinó que el arbitraje sería independiente, el lugar del arbitraje sería el del domicilio del demandado y estaría conformado por tres árbitros²⁸¹. Además, determinó la forma de selección de los árbitros:

¶233. El Estado y el señor Chaparro elegirán cada uno a un árbitro. El tercer árbitro será elegido de común acuerdo entre el Estado y el señor Chaparro. Si en el plazo de dos meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia las partes no llegan a un acuerdo, el tercer árbitro será elegido de común acuerdo por el árbitro elegido por el Estado y el elegido por el señor Chaparro. Si los dos árbitros no llegaran a un acuerdo dentro de los dos meses siguientes, el Estado y el señor Chaparro o sus representantes deberán presentar a esta Corte una terna de no menos de dos y no más de tres candidatos. La Corte decidirá el tercer árbitro de entre los candidatos propuestos por las partes²⁸².

Una vez dictada la sentencia, CHAPARRO y el ESTADO iniciaron diálogos para llegar a una solución amistosa. No obstante, estos diálogos finalizaron con la negativa de la Procuraduría a la solicitud de aprobación de la transacción acordada entre el actor y el Ministerio²⁸³. Con ello, se dio paso al arbitraje con las características exigidas por la CORTE IDH. Así, tuvo carácter de independiente, el lugar del arbitraje fue en Guayaquil y el tribunal quedó conformado por los doctores Alicia Arias Salgado, presidenta del tribunal y árbitra designada por la CORTE IDH; Patricio Peña Romero, árbitro señalado por el ESTADO; e Ignacio Vidal Maspons, árbitro nombrado por CHAPARRO²⁸⁴.

²⁸⁰ *Id.*, p. 397, 402.

²⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñiñez c. Ecuador*. Sentencia de 21 de noviembre de 2007, ¶233.

²⁸² *Ibíd.*

²⁸³ “Caso Chaparro c. Ecuador: Laudo final y Recusación de Santiago Cuesta”. En: *Gaceta Arbitral No. 1 2013*. Coordinado y editado por: Hugo García. Coedición de Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana (AMCHAM) y Universidad San Francisco de Quito. Quito: 2013, ¶13.

²⁸⁴ *Id.*, ¶14-26.

A pesar de no provenir de la ley, se considera que este arbitraje es forzoso [§2.2.1] puesto que las partes no acudieron a arbitraje por voluntad propia, sino que fue obligado por la CORTE IDH, por lo tanto, no hubo necesidad de celebrar una cláusula arbitral; mediante sentencia, la CORTE IDH delimitó el tema al que se debía referir el tribunal arbitral; determinó el carácter del arbitraje; el número y la forma de selección de los árbitros; y, el lugar del arbitraje. En consecuencia, la autonomía de la voluntad quedó limitada a la designación de los árbitros y sus facultades así como a la estipulación del procedimiento arbitral.

Una vez constituido el tribunal, se convocó a una audiencia en donde las partes y el tribunal celebraron un negocio jurídico en el cual suscribieron las reglas para el procedimiento arbitral²⁸⁵, con base en la autonomía privada y, más específicamente, en la libertad de configuración interna, principios que inspiran al arbitraje²⁸⁶.

Las partes y el tribunal acordaron que para la práctica de la prueba adoptarían las REGLAS IBA; y, para la imparcialidad e independencia de los árbitros usarían las Directrices de la IBA sobre conflictos de interés²⁸⁷. Para efectos de esta tesina, el análisis se centrará en las primeras.

Las partes no aplicaron las normas del CPC que regulan la práctica de la prueba de manera imperativa en los juicios ordinarios [§1.3], sino que convinieron en aplicar otras. Parece ser que esta es una práctica común en los arbitrajes, pues, según GONZÁLEZ DE COSSÍO, “[I]as legislaciones estatales procesales están poco adecuadas para utilizarse en un arbitraje comercial” y por lo tanto, aplicarlas es inconveniente, por lo que recomienda la adopción de las REGLAS IBA²⁸⁸.

²⁸⁵ “Caso Chaparro c. Ecuador: Laudo final y Recusación de Santiago Cuesta”. En: *Gaceta Arbitral No. 1 2013*. Coordinado y editado por: Hugo García. Coedición de Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana (AMCHAM) y Universidad San Francisco de Quito. Quito: 2013, ¶27.

²⁸⁶ Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. Segunda edición actualizada. Guayaquil: Distilib, 2007, p. 53.

Cfr. Jequer Lehuéde, Eduardo. “El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)”. *Óp. Cit.*, p. 455, 461, 471.

²⁸⁷ “Caso Chaparro c. Ecuador: Laudo final y Recusación de Santiago Cuesta”. En: *Gaceta Arbitral No. 1 2013*. Coordinado y editado por: Hugo García. Coedición de Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana (AMCHAM) y Universidad San Francisco de Quito. Quito: 2013, ¶27, nota al pie 20.

²⁸⁸ González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Segunda edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 2004, p. 244.

Las REGLAS IBA fueron diseñadas para regular de manera eficiente, económica y equitativa la práctica de la prueba en arbitrajes internacionales y así poder combinar las distintas tradiciones jurídicas²⁸⁹. No obstante, pueden ser pactadas en cualquier arbitraje que busque cumplir con estos principios ya que son de libre adaptación a las circunstancias particulares de cada caso²⁹⁰ y además no impiden la flexibilidad inherente al procedimiento arbitral²⁹¹.

Estas REGLAS IBA establecen que

[I]a práctica de prueba se realizará bajo los principios de que cada [p]arte debe actuar de buena fe y tiene derecho a conocer, con una antelación suficiente a cualquier Audiencia Probatoria o a la determinación de los hechos o fundamentos, aquellas pruebas en que las demás Partes sustentan sus pretensiones²⁹².

De esta afirmación se puede inferir que las REGLAS IBA se rigen bajo los principios de buena fe, igualdad, contradicción y defensa; y, en ningún caso se menoscabarán al momento de pactarlas. Por lo tanto, se podría concluir que los derechos de igualdad, contradicción y defensa son un límite a la autonomía privada de las partes y del tribunal para reglar el procedimiento y, especialmente, conducir la etapa probatoria [§3.2].

Fueron estas razones por las cuales las partes y el tribunal del arbitraje CHAPARRO C. ECUADOR decidieron que la práctica de la prueba se regiría con las REGLAS IBA. Así, el tribunal, en uso de éstas y de la sana crítica aceptó las pruebas solicitadas por CHAPARRO, excepto la exhibición de documentos por razones de economía procesal, conforme el artículo 9.2 (g) de las

²⁸⁹ *Reglas IBA sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional*. Adoptadas el 1 de junio de 1999 por Resolución del Consejo de la IBA. International Bar Association. Reimpresión 2006. Preámbulo ¶1.

²⁹⁰ *Id.* Preámbulo ¶2.

²⁹¹ Ashford, Peter. *The IBA Rules on Taking Evidence in International Arbitration: A Guide*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 12.

²⁹² *Reglas IBA sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional*. Adoptadas el 1 de junio de 1999 por Resolución del Consejo de la IBA. International Bar Association. Reimpresión 2006. Preámbulo ¶3.

REGLAS IBA²⁹³. En su lugar, determinó que se oficie al Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos para que otorgue copias certificadas de los informes pedidos por el actor²⁹⁴.

Por otro lado, de las pruebas del demandado, aceptó todas menos aquellas referidas al pedido de remisión de diligencias del proceso No. 370-97 y de exhibición de declaraciones del IVA de Plumavit, por considerar que carecían de relevancia, según el artículo 9.2 (a) de las REGLAS IBA²⁹⁵. Respecto al pedido de remisión de oficios a notarías, el tribunal negó este pedido y dispuso que el ESTADO incorpore esos documentos. Asimismo, rechazó el pedido de una copia certificada del contrato de compraventa entre Plumavit y la Compañía Casena porque ya estaba incorporado al proceso²⁹⁶.

Adicionalmente, de oficio, el tribunal dispuso que se incorporen al proceso copias certificadas de escrituras relevantes para el caso y que se oficie a la Superintendencia de Compañías para que entreguen el historial de accionistas de la empresa Inmobiliaria Gabriela María Ingabrimar S.A²⁹⁷.

Finalmente, aceptó las designaciones de peritos efectuadas por CHAPARRO y el ESTADO y, además, nombró un perito independiente²⁹⁸.

Hasta aquí, la única semejanza con el procedimiento ordinario es que los jueces pueden solicitar algunas pruebas de oficio²⁹⁹. No obstante, son algunas las diferencias identificadas entre

²⁹³ *Id.* Artículo 9.2.- El Tribunal Arbitral podrá excluir, a instancia de parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier Documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones: (g) consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes.

²⁹⁴ “Caso Chaparro c. Ecuador: Laudo final y Recusación de Santiago Cuesta”. En: *Gaceta Arbitral No. 1 2013*. Coordinado y editado por: Hugo García. Coedición de Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana (AMCHAM) y Universidad San Francisco de Quito. Quito: 2013, ¶27.

²⁹⁵ *Reglas IBA sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional*. Adoptadas el 1 de junio de 1999 por Resolución del Consejo de la IBA. International Bar Association. Reimpresión 2006. Artículo 9.2.- (a) Falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso.

²⁹⁶ “Caso Chaparro c. Ecuador: Laudo final y Recusación de Santiago Cuesta”. En: *Gaceta Arbitral No. 1 2013*. Coordinado y editado por: Hugo García. Coedición de Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana (AMCHAM) y Universidad San Francisco de Quito. Quito: 2013, ¶57.

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ *Id.*, ¶58.

²⁹⁹ *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005. Artículo 118.

éste y el procedimiento del arbitraje CHAPARRO C. ECUADOR que hacen de la práctica de la prueba más eficiente.

En primer lugar, en el CPC no hay norma expresa que faculte a los jueces a excluir algunas de las pruebas presentadas por los litigantes, no obstante se considera que es una de sus facultades y por esto lo pueden hacer. En cambio, en las REGLAS IBA sí existe una disposición expresa que permite a los árbitros hacerlo³⁰⁰, cumpliendo así una de sus obligaciones que es rechazar cuestiones que pretendan retardar o entorpecer el procedimiento [§2.2.3].

En segundo lugar, en el CPC no se permite que cada parte, incluido el juez, designe un perito, como sucedió en este arbitraje. Al contrario, en un juicio ordinario, por regla general, el juez elegirá un perito, a menos de que las partes se pongan de acuerdo en denominar a uno³⁰¹. Además, se nombra un solo perito para el caso y excepcionalmente, previo acuerdo de las partes, se podrá designar a más de uno³⁰². Sin embargo, nunca será un perito por cada litigante y uno por el juez.

Por otro lado, los artículos 5 y 6 de las REGLAS IBA permiten que cada parte y el tribunal arbitral designen un árbitro³⁰³.

En tercer lugar, en un procedimiento ordinario, solamente se pueden nombrar peritos que consten en la lista del Consejo de la Judicatura³⁰⁴, en cambio, en las REGLAS IBA no se impone ningún límite de este tipo a las partes o a los árbitros en cuanto a la elección de los peritos. No

³⁰⁰ *Reglas IBA sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional*. Adoptadas el 1 de junio de 1999 por Resolución del Consejo de la IBA. International Bar Association. Reimpresión 2006. Artículo 9 numerales 1 y 2.

³⁰¹ *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005. Artículo 252.

³⁰² *Ibíd.*

³⁰³ *Reglas IBA sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional*. Adoptadas el 1 de junio de 1999 por Resolución del Consejo de la IBA. International Bar Association. Reimpresión 2006. Artículos 5-6.

³⁰⁴ *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005. Artículo 252.

Para información sobre el listado de peritos del Consejo de la Judicatura, *vid.* [http://appsj.funcionjudicial.gob.ec/perito-web/pages/peritos_nacional.jsf]

obstante, se exige que cada perito presente una descripción sobre su cualificación y una declaración de independencia³⁰⁵.

A pesar de que la lista del Consejo de Judicatura busca garantizar que los peritos designados por las partes sean expertos y carezcan de dependencia, no siempre estos peritos serán los más adecuados para las necesidades del caso concreto, ni bastará un solo informe para esclarecer o determinar el asunto sometido a su consideración. Es por esto que se considera más acertado que las REGLAS IBA permitan a cada parte y al tribunal elegir un perito con las cualidades y experticia necesaria, exigiendo su independencia, para así garantizar mejores informes periciales y, en consecuencia, otorgar más herramientas al tribunal para que la decisión del laudo sea más completa.

Otra diferencia es que en la justicia ordinaria, el perito presenta su informe³⁰⁶ y, en caso de discordia o falta de claridad entre ellos, el juez puede nombrar otro³⁰⁷. En la etapa probatoria del arbitraje CHAPARRO C. ECUADOR, el tribunal decretó que además del informe individual de cada perito, debían realizar uno en conjunto en donde consten los acuerdos y discrepancias de los tres³⁰⁸, conforme el artículo 5 numerales 1 y 4 de las REGLAS IBA³⁰⁹.

Asimismo, se reunió con los peritos para determinar que el método que utilizarían para el cálculo de pérdidas que sufrió CHAPARRO por la aprehensión y depósito de Plumavit sería “el

³⁰⁵ *Reglas IBA sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional*. Adoptadas el 1 de junio de 1999 por Resolución del Consejo de la IBA. International Bar Association. Reimpresión 2006. Artículo 5 numeral 2 literales (a, c) y artículo 6 numeral 2.

³⁰⁶ *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005. Artículo 253.

³⁰⁷ *Id.* Artículos 259, 262.

³⁰⁸ “Caso Chaparro c. Ecuador: Laudo final y Recusación de Santiago Cuesta”. En: *Gaceta Arbitral No. 1 2013*. Coordinado y editado por: Hugo García. Coedición de Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana (AMCHAM) y Universidad San Francisco de Quito. Quito: 2013, ¶80.

³⁰⁹ *Reglas IBA sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional*. Adoptadas el 1 de junio de 1999 por Resolución del Consejo de la IBA. International Bar Association. Reimpresión 2006. Artículo 5 numerales 1, 4.

de ‘flujo de caja descontado’³¹⁰ soportado en el cálculo del EBITDA³¹¹”³¹². De esta manera, el tribunal se aseguró que los peritajes sean practicados con el mismo método y así poder comparar sus resultados con los mismos estándares. Al respecto, en el CPC no existe una disposición que faculte al juez a reunirse con los peritos para acordar cuestiones relacionadas al peritaje, únicamente contempla que el juez determinará su objeto³¹³. No obstante, esto no le asegura que los peritajes de distintos peritos sean llevados a cabo con el mismo método, por lo que podrán poseer incoherencias o resultados que no sean susceptibles de comparación.

Adicionalmente, con base a las REGLAS IBA³¹⁴, señaló que se debía llevar a cabo un careo de peritos con base a un orden temático establecido por el tribunal³¹⁵. El CPC no prescribe sobre este interrogatorio simultáneo ni sobre la posibilidad de realizar un orden temático de examinación.

³¹⁰ “El flujo de caja descontado es una técnica de valoración que valora la compañía como la suma de los valores presentes de sus *cash flows* libres previstos descontados a una tasa de descuento (WACC)”. Alcover, Santi. “Metodología del descuento de flujos de caja (DCF). Aplicación a una empresa de distribución minorista”. En: *Valoración de empresas: Bases conceptuales y aplicaciones prácticas*. Revista de la Comisión de Valoración de Empresas de la ACCID. Barcelona: Profit Editorial, 2009, p. 33.

“Este método se basa en la capacidad de generar riqueza en el futuro que tiene la empresa. Es necesario proyectar el flujo de caja libre [...], descontarlo al costo promedio de capital [...] y restarle el valor de los pasivos. O también calcular el flujo de caja de los accionistas [...] y descontarlo a la tasa de oportunidad de los accionistas”. Pareja Vélez, Ignacio. *Decisiones de inversión: Enfocado a la valoración de empresas*. Bogotá: Centro Editorial Javeriano, 2001, pp. 362-363.

³¹¹ *Earnings Before Interest, Taxes, Depretiation and Amortization* es un indicador financiero contable “que permite aproximar al valor de una empresa. Se calcula a partir del Resultado de Explotación de la empresa, antes de considerar rebajas y o aumentos según sea el caso, por concepto de intereses, depreciación, amortización de intangibles, ítems [sic] extraordinarios y el impuesto sobre la renta”. Ha sido utilizado frecuentemente por analistas financieros ya que consideran que se obtiene información de mejor calidad respecto del funcionamiento del área de negocios de una empresa. Bastidas Méndez, Carmen A. “EBITDA, ¿Es un indicador financiero contable de agregación de valor?”. En: *CAPIV Review*. Vol. No. 5, 2007, p. 42.

³¹² “Caso Chaparro c. Ecuador: Laudo final y Recusación de Santiago Cuesta”. En: *Gacetarbitral No. 1 2013*. Coordinado y editado por: Hugo García. Coedición de Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana (AMCHAM) y Universidad San Francisco de Quito. Quito: 2013, ¶124.

³¹³ *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005. Artículo 260.

³¹⁴ En inglés se lo denomina *hot tube*. *Reglas IBA sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional*. Adoptadas el 1 de junio de 1999 por Resolución del Consejo de la IBA. International Bar Association. Reimpresión 2006. Artículo 8 numeral 3 literal (f).

³¹⁵ “Caso Chaparro c. Ecuador: Laudo final y Recusación de Santiago Cuesta”. En: *Gacetarbitral No. 1 2013*. Coordinado y editado por: Hugo García. Coedición de Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana (AMCHAM) y Universidad San Francisco de Quito. Quito: 2013, ¶85.

De donde, comparando ambos sistemas, se puede concluir que acordar el método para el peritaje, tener un informe pericial conjunto con los aciertos y diferencias y practicar un careo sobre las discrepancias es más eficiente, el tribunal podrá tener más información para resolver, no se perderá tiempo al designar otro perito y esperar que elabore su informe y, en consecuencia, los costos del proceso no aumentarán.

Finalmente, existe diferencia respecto de la práctica de la confesión judicial de CHAPARRO, solicitada por el ESTADO³¹⁶. Según el CPC, la parte que solicite esta prueba debe acompañar el pliego de preguntas que deberá contestar el confesante³¹⁷, el juez las debe calificar antes de practicar esta prueba³¹⁸ y no podrá haber conainterrogatorio³¹⁹. Sin embargo, en el arbitraje analizado no se exigió el pliego de preguntas, en consecuencia, los árbitros no calificaron las preguntas y tanto el abogado del ESTADO como del propio confesante realizaron preguntas a CHAPARRO.

Se escogió este caso para estudio porque es un ejemplo de las facultades de los árbitros que fueron acordadas por las partes, siendo una de éstas el Estado. Además, porque las partes y el tribunal, en pleno uso de la autonomía de la voluntad y conforme la LAM³²⁰, decidieron aplicar las REGLAS IBA, en vez del CPC. Estas reglas, por lo general, desarrollan con más detalle que las normas institucionales³²¹ y su propósito es que el procedimiento arbitral se desarrolle bajo los principios de eficiencia, economía y equidad, permitiendo flexibilidad; con base en la buena fe; y, que se respeten los derechos de igualdad, contradicción y defensa de las partes³²².

Resalta la eficiencia de los árbitros respecto de la práctica de la prueba, puesto que al calificarlas, rechazan aquellas que van a retardar el proceso y en su lugar ordenan practicar otras que conseguirán el mismo resultado pero de manera más ágil.

³¹⁶ *Id.*, ¶66.

³¹⁷ *Código de Procedimiento Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 58 de 12 de julio de 2005. Artículo 122 segundo inciso.

³¹⁸ *Id.* Artículo 130.

³¹⁹ *Id.* Artículo 122 segundo inciso.

³²⁰ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 38.

³²¹ Ashford, Peter. *The IBA Rules on Taking Evidence in International Arbitration...* *Óp. Cit.*, p. 12.

³²² *Id.*, p. 30.

Asimismo, practicar la confesión judicial sin tanta formalidad y admitiendo preguntas del abogado del confesante permitió mayor eficiencia en la etapa probatoria y otorgó más información al tribunal para resolver.

Adicionalmente, la forma como se practicó el peritaje es excepcional. Nombrar un perito por cada parte y otro por el tribunal, sin limitarse a una lista; obligar a los peritos a acordar un método para el peritaje; requerir un informe conjunto para que sea más fácil comparar sus resultados, especialmente las discrepancias; y, posteriormente interrogarlos simultáneamente, permitió al tribunal y a las partes comprender un tema tan complejo, como lo es el cálculo de porcentaje de pérdidas que sufrió Plumavit.

En conclusión, el que las partes no hayan aplicado las normas del CPC para la práctica de la prueba en el arbitraje CHAPARRO C. ECUADOR, normas que en los juicios ordinarios son de obligatorio cumplimiento, y se hayan sometido a las REGLAS IBA devela la flexibilidad admitida en los procedimientos arbitrales, tema que será desarrollado a continuación.

2.4 Flexibilidad en el procedimiento arbitral, respecto de la práctica de la prueba, determina la naturaleza negocial de las normas procesales aplicables

Hasta ahora se ha mencionado que en el arbitraje, por tener su fundamento en la autonomía privada, las partes tienen total libertad para determinar las reglas de procedimiento. Así lo han reconocido, REDFERN y HUNTER quienes sostienen que “[t]he arbitral proceedings are seen as an expression of the will of the parties [...]”³²³ y por lo mismo “the tribunal and the parties have the maximum flexibility to design a procedure suitable for the particular dispute with which they are concerned”³²⁴. En el mismo sentido se pronuncia CORONEL JONES, quien escribe que

[s]iendo el arbitraje una institución de origen eminentemente contractual, lo pertinente es conferir amplia libertad a las partes para que ellas mismas acuerden las reglas de

³²³ Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Óp. Cit., p. 19.

³²⁴ *Id.*, p. 26.

procedimiento, que deleguen esta tarea a los árbitros o las dejen libradas a las reglas de la institución arbitral que hayan escogido³²⁵.

Entonces, si el arbitraje es una institución contractual cuya piedra angular es la autonomía de la voluntad, las partes pueden regular al arbitraje con base a la libertad de configuración interna. Es así entonces como pueden pactar las reglas de procedimiento que regirán al arbitraje.

El artículo 38 de la LAM reconoce esta facultad de las partes como consecuencia de la flexibilidad del procedimiento arbitral. El artículo prescribe que

[e]l 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 aplicables³²⁶.

La LAM otorga varias opciones para regular el procedimiento arbitral pero la que interesa para efectos de esta tesina, es aquella que permite a las partes acordar sobre las normas aplicables, sean un conjunto de normas preexistentes o unas redactadas por ellas mismos³²⁷. Éstas pueden evidenciarse en la cláusula arbitral o pueden ser pactadas posteriormente con el tribunal, tal como sucedió en el caso CHAPARRO C. ECUADOR. De este artículo se puede concluir que las normas procesales en el arbitraje, a diferencia de aquellas aplicables a la justicia ordinaria, no son de imperativo cumplimiento sino que están a disposición de las partes. En palabras de CREMADES,

[l]a posibilidad de configurar libremente el procedimiento distingue al arbitraje de la rigidez del proceso judicial, en donde estrictas reglas y formalismos delimitan los mecanismos para hacer valer las pretensiones de las partes, al menos en el ámbito territorial del Derecho romano. Pocas cuestiones se dejan en un proceso judicial al arbitrio de las partes o a la discrecionalidad del Juez, ya que uno y otro cuentan con unos cauces normativos, a través de los cuales se desarrollará forzosamente el proceso³²⁸.

La flexibilidad ha sido reconocida como un principio que rige al procedimiento arbitral ya que se busca menos formalismo y ritualismo; y más adaptabilidad al caso concreto así como

³²⁵ Coronel Jones, César. “Presente y Futuro del Arbitraje Comercial en el Ecuador: Hacia una nueva ley”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2010*. Dirigida por: Juan Manuel Marchán. Quito: Cevallos editora jurídica, 2011, p. 382.

³²⁶ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

³²⁷ González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Segunda edición. *Óp. Cit.*, p. 212.

³²⁸ Cremades, Bernardo M. “Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral”. *Óp. Cit.*, p. 665.

simplicidad³²⁹. Además, al ser un método ideal para resolver controversias mercantiles³³⁰, el procedimiento debe ser flexible y eficiente para que los conflictos se solucionen de una manera más ágil y rápida y los comerciantes puedan seguir desarrollando sus actividades y asegurarse el fin del litigio.

Esto permite que las partes y el tribunal adecuen el procedimiento, aprovechen de mejor manera los hechos y leyes aplicables y tengan las herramientas necesarias para que el procedimiento sea más eficaz y los árbitros puedan dictar laudos más eficientemente.

Respecto de la prueba en los juicios ordinarios, hay quienes consideran que se da más importancia al formalismo que a las pruebas, las cuales quedan relegadas al segundo plano, por dos razones específicamente³³¹. En primer lugar, porque el procedimiento civil con sus lapsos y formalismos puede ocasionar que “las pruebas queden fuera del expediente por años, y en algunos casos los hechos que se pretendía demostrar desaparecen o cambian”³³² o que los litigantes se concentren más en cumplir las formalidades que demostrar que el hecho que se alega está fundamentado en la prueba; y, en segundo lugar, porque “los métodos tradicionales se han vuelto ineficaces y anacrónicos”³³³ por lo que la prueba se ha convertido en un vehículo ineficaz que no llega a demostrar la verdad procesal³³⁴.

En cambio, en el arbitraje, la flexibilidad se manifiesta en los medios admitidos y en la práctica de ésta. Por ejemplo, es común que en procedimientos arbitrales se utilicen los sistemas electrónico e informático para que la presentación de la prueba documental y pericial sea en

³²⁹ Macchia, Valeria. “Arbitraje Comercial Internacional en Argentina: marco legal y jurisprudencia”. *Óp. Cit.*, p. 133.

Cfr. Guevara, Ramiro. “Arbitraje Comercial Internacional en Bolivia: marco legal y jurisprudencia”. *Óp. Cit.*, p. 167.

Wallis, Bernardo. “Las pruebas en el procedimiento arbitral”. En: *Legal Report*. CEDCA: Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. 2010, p. 74.

³³⁰ González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Tercera Edición. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 1.

³³¹ Wallis, Bernardo. “Las pruebas en el procedimiento arbitral”. *Óp. Cit.*, p. 74.

³³² *Ibíd.*

³³³ *Ibíd.*

³³⁴ *Ibíd.*

formato electrónico a través de CD's o dispositivos USB, o que los interrogatorios se efectúen mediante videoconferencias por medio del Internet³³⁵. Al respecto, MACCHIA considera que

predomina una tendencia a la amplia admisibilidad probatoria, en cuanto a sus medios y en cuanto a su producción. [...] Es decir, el tribunal arbitral cuenta con importantes facultades que no necesariamente encuentran su límite en las reglamentaciones procesales, sino más bien en la obligación de medios que tienen los árbitros de emitir un laudo que sea conforme a la verdad real y finalmente 'ejecutable'³³⁶.

De donde, la flexibilidad del procedimiento arbitral tiene su origen en la autonomía de la voluntad de los contratantes³³⁷. Ésta busca establecer estándares más globalizados y evitar consideraciones puramente locales y se ha logrado a través de instrumentos *soft law*, como las REGLAS IBA que regulan a la prueba³³⁸. Adicionalmente es una ventaja del arbitraje y debe ser considerada por las partes al someterse a este mecanismo, la posibilidad de utilizar nuevos y distintos mecanismos probatorios, puesto que permite tanto a las partes como a los árbitros conocer el fondo de las controversias³³⁹.

Además, se podría concluir que la flexibilidad es consecuencia directa de la obligación de medios de los árbitros. Ellos se obligan a dirigir el procedimiento y emplear su conocimiento y experiencia para así solucionar el problema. Según GARCÍA, las obligaciones de medio son aquellas en donde el deudor se compromete “a realizar una actividad o *prestar sus servicios con*

³³⁵ Cremades, Bernardo M. “Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral”. *Óp. Cit.*, p. 666.

Vid. Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana. Artículos 47, 54.

Codificación del Reglamento para el funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Artículo 54.

³³⁶ Macchia, Valeria. “Arbitraje Comercial Internacional en Argentina: marco legal y jurisprudencia”. *Óp. Cit.*, p. 132.

³³⁷ Gonzalo Quiroga, Marta. “Guía práctica de un procedimiento arbitral conforme al sistema español”. En: *Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia.* No. 10. Universidad San Francisco de Quito, 2007, p. 113.

Cfr. Cremades Bernardo M. “Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral”. *Óp. Cit.*, p. 665.

³³⁸ Cremades, Bernardo M. “Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral”. *Óp. Cit.*, p. 666.

³³⁹ Wallis, Bernardo. “Las pruebas en el procedimiento arbitral”. *Óp. Cit.*, p. 73.

la diligencia usual o profesional ordinarias en orden a conseguir un fin [...] pero no promete el fin en sí”³⁴⁰ [énfasis original]. Al respecto, el DOCTOR PARRAGUEZ sostiene que el deudor

se obliga a emplear el máximo de dedicación, la más sabia aplicación de las normas técnicas de su profesión, la debida y necesaria diligencia; en fin, todo aquello razonablemente necesario para que el acreedor pueda alcanzar, como consecuencia eventual, esa finalidad no prestacional que tenía en mente cuando contrató. Como corolario, la obligación queda satisfecha cuando se verifica la conducta del obligado con las cualidades mencionadas³⁴¹.

De la relación contractual entre las partes y los árbitros, nacen como obligaciones de medio el deber de los árbitros de prestar sus servicios y actuar con la diligencia profesional característica, poniendo a disposición de las partes sus conocimientos y experiencias. No aseguran a las partes ningún resultado de la controversia, sino cumplir fielmente su cargo. Es por esto que en nuestra ley, los árbitros son responsables si incumplen con el deber de cumplir su cargo³⁴².

En consecuencia, dado que deben cumplir con su obligación de medio, los árbitros deben guiar el procedimiento y están facultados, por las partes, para conducir la etapa probatoria de la manera más eficiente posible. Entonces, la flexibilidad analizada es parte del cumplimiento de la obligación de medio del árbitro.

En definitiva, el arbitraje es un método que busca simplicidad, adaptabilidad, evita el formalismo y el ritualismo, características que lo distinguen de la justicia ordinaria en el cual las partes y los jueces están sometidos expresamente a lo que la ley manda y la autonomía de la voluntad no tiene cabida³⁴³ [§1.2.2]. Por otro lado, la flexibilidad del procedimiento arbitral nace de la voluntad privada que rige al arbitraje y permite a las partes y a los árbitros adecuar el procedimiento para así satisfacer de mejor manera sus necesidades y cumplir sus obligaciones, respectivamente. Específicamente, respecto de las normas que rijan a la prueba, si se ajustan los

³⁴⁰ García Amigo, Manuel. *Lecciones de Derecho Civil II: Teoría General de las Obligaciones y Contratos*. Madrid: McGraw Hill, 1995, p. 483.

³⁴¹ Parraguez Ruíz, Luis. *Manual de Derecho Civil ecuatoriano: Libro Cuarto: Teoría general de las Obligaciones*. Primera edición. Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, p. 401.

³⁴² *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 18.

³⁴³ Las normas procesales de la justicia ordinaria son de orden público y por lo mismo no están sujetas al arbitrio de las partes o del juez. Éstas ordenan a las partes qué se debe hacer, cómo se lo debe hacer, qué no se debe hacer durante todo el procedimiento. Análisis de los casos ENCALADA MORA C. ENCALADA MORA, COMPAÑÍA GARIJASA Y OTROS; CAICEDO CEDEÑO C. BANCO DEL PICHINCHA C. A; Y, y CADENA VITERI C. FARAH R. Ver notas 46, 56.

medios probatorios a las circunstancias del caso concreto y se practican de manera que, evitando formalismos, brinden un mayor conocimiento al tribunal, se obtendrá una verdad procesal más parecida a la realidad natural³⁴⁴. En consecuencia, los árbitros tendrán mayores herramientas para dictar el laudo.

En definitiva, la flexibilidad del procedimiento arbitral demuestra que las normas procesales de este mecanismo, a pesar de ser de derecho público³⁴⁵ [§1.1], son dispositivas y no de orden público como lo son las de la justicia ordinaria³⁴⁶ [§1.2.2]. Sin embargo, las partes y los árbitros siempre deben respetar las garantías del debido proceso y no pueden menoscabarlas. Es decir, existen límites a la autonomía de la voluntad que deben ser respetados, tema que será estudiado a continuación.

2.5 Conclusiones del Capítulo II

En este capítulo se analizó a la autonomía de la voluntad como fuente del arbitraje. Para ello, se estudiaron las tesis sobre los efectos de la autonomía privada (como fuente de normas jurídicas y como presupuesto de relaciones jurídicas reguladas previamente por un ordenamiento) y por considerarlas extremas, se optó por la postura híbrida. Ésta sostiene que este principio está compuesto por la voluntad que crea los efectos del negocio jurídico y por su reconocimiento en el ordenamiento jurídico vigente, pues los particulares pueden hacer todo lo que no esté prohibido por la ley.

Además se determinó que con base en los fundamentos de la autonomía privada, libertad de contratación y de configuración interna, los particulares pueden contratar con quien deseen y determinar el contenido de cada cláusula contractual. Es decir, pueden autorregular sus intereses y satisfacer sus necesidades a través de la concertación de negocios jurídicos, como lo son el acuerdo arbitral y el contrato de dación y recepción del arbitraje.

³⁴⁴ Wallis, Bernardo. “Las pruebas en el procedimiento arbitral”. *Óp. Cit.*, p. 75.

³⁴⁵ Se determinó en el Capítulo I que no son sinónimos derecho público y orden público con base en el análisis jurisprudencial del caso FIGUEROA POLO Y MENDIETA RIOFRÍO C. BEJARANO MENDIETA Y OTROS. Ver nota 49.

³⁴⁶ En el Capítulo I se estableció que las normas procesales de los juicios ordinarios son de orden público y de obligado cumplimiento para los litigantes y jueces. Se utilizó el caso CAICEDO CEDEÑO C. BANCO DEL PICHINCHA C. A. Ver nota 55.

Adicionalmente, las partes contractuales al celebrar contratos quedan obligadas a ellos pues la autonomía de la voluntad manifestada en ellos tiene fuerza normativa. Es por esto que el CC prescribe que los contratos son ley para las partes y que estos se celebran para cumplirse.

En consecuencia, se concluyó que la voluntad privada realiza funciones creadoras, manifestadas en la libertad de contratación; reguladoras, exteriorizadas a través de la libertad de configuración interna; y normativas, al poseer fuerza de ley.

También se determinó que la cláusula arbitral es la base para acudir a arbitraje porque recoge la voluntad de las partes de someterse a este mecanismo para solucionar sus controversias. Además, se estableció que esta voluntad debe constar por escrito, según la LAM, para así tener una prueba de la decisión de las partes y para poder excluir a los jueces de conocer el asunto.

Para las partes, esta cláusula tiene como efectos renunciar al derecho de ventilar la causa por vía ordinaria (efecto negativo) y otorgar una facultad jurisdiccional especial y exclusiva a los árbitros para que la resuelvan (efecto negativo).

Se concluyó que el acuerdo arbitral es el presupuesto material y procesal del arbitraje por ser necesario para someterse a este mecanismo y por otorgar jurisdicción a los árbitros para conocer y dirimir el conflicto.

A continuación, se determinó que el *receptum arbitrii* es el contrato que nace entre las partes y los árbitros designados por ellas; cuya naturaleza es *sui generis*; se perfecciona con la aceptación al cargo, una vez que las partes han notificado a los árbitros; y, tiene como objeto la determinación de los derechos, obligaciones y facultades del tribunal arbitral.

En definitiva, la libertad de configuración que tienen las partes les permite especificar el contenido de cada una de las cláusulas ya sea del acuerdo arbitral o del *receptum arbitrii*. De esta manera, podrán pactar las condiciones del arbitraje, sus normas procedimentales y los derechos, obligaciones y facultades de los árbitros.

Asimismo, al estudiar el arbitraje CHAPARRO C. ECUADOR, se concluyó que si las partes pueden decidir qué normas procesales aplicar al procedimiento arbitral, ya sea que las redactan ellas mismo o se someten a unas preexistentes distintas a las de la LAM o CPC, son dispositivas y, en consecuencia, no son de orden público ni de obligado cumplimiento pues están sujetas a

la voluntad privada. Además, al ser determinadas con base en la libertad de configuración del arbitraje, dado su naturaleza contractual, estas normas tienen carácter negocial.

En el arbitraje estudiado, las partes decidieron regular a la práctica de la prueba con las REGLAS IBA y no con el CPC. Estas reglas permitieron un rol más activo y eficiente de los árbitros durante la etapa probatoria, lo que les permitió tener mayor conocimiento sobre los hechos sucedidos y así poder dictar el laudo respectivo.

La manera como se practicaron los peritajes permitió al tribunal comprender y determinar el porcentaje de pérdidas que sufrió la empresa del actor. Se considera que si las partes se hubieran sometido al CPC y hubieran realizado los peritajes como este cuerpo manda, no se hubiera logrado un resultado tan exacto y, en consecuencia, el actor no hubiera podido ser reparado en una manera íntegra.

Finalmente, se analizó que esta facultad que tienen las partes de determinar las normas procesales y de “armar” al arbitraje según las circunstancias de cada caso, así como la obligación de medios de los árbitros permite la flexibilidad del procedimiento arbitral. Es decir, la flexibilidad nace de la autonomía de la voluntad que permite a las partes configurar libremente el negocio jurídico, en el caso del arbitraje, la cláusula arbitral y de la obligación de los árbitros de cumplir fielmente el encargo de manera eficiente.

El arbitraje es un proceso simple y adaptable que evita el formalismo y ritualismo de la justicia ordinaria, para así poder resolver los conflictos de manera más ágil y rápida. Su naturaleza contractual permite la flexibilidad del procedimiento, cuestión que debe ser considerada como una ventaja más por las personas que deseen someterse a este mecanismo alternativo de solución de controversias.

CAPÍTULO III:

3 Límites a la flexibilidad del proceso arbitral con respecto a la práctica de la prueba

Este capítulo tratará sobre los límites a la autonomía de la voluntad que tienen las partes en un arbitraje al momento de reglar las normas procedimentales, especialmente aquellas respecto de la práctica de la prueba. El principio de la autonomía privada que ha sido analizado a lo largo de esta tesina no es absoluto. Por lo tanto, si las partes son libres para pactar y determinar el contenido de la cláusula arbitral y del *receptum arbitrii* [§2.2], deberán hacerlo siempre dentro de los límites permitidos por la ley.

La voluntad privada no puede ser absoluta porque las partes al tener la facultad legislativa, delegada por el Estado para la autorregulación de sus intereses, “deben considerarse órganos del ordenamiento jurídico, y no creadores de un ordenamiento separado o distinto del estatal”.³⁴⁷ Es por esto, que el Estado, a través del ordenamiento jurídico, impone límites a la autonomía de la voluntad. Al respecto, FERRI manifiesta que

[l]a autonomía privada no es un poder originario o una libertad natural, sino un poder conferido por el Estado, es decir, por el ordenamiento, el cual puede someterlo, por tanto, a cargas y límites de naturaleza formal y sustancial. La autonomía privada es estructural y sustancialmente limitada³⁴⁸.

Así, el Estado, para evitar que los particulares celebren negocios jurídicos contrarios al ordenamiento jurídico y desestabilicen el orden y el equilibrio de la sociedad, necesarios para vivir en comunidad, impone ciertos límites a la autonomía de la voluntad. En el mismo sentido BEJARANO SÁNCHEZ escribe que

el ser humano no debe hacer mal uso de su libertad de contratar ejerciéndola en sentido opuesto a lo prescrito por la norma de derecho; tanto las prestaciones creadas por el contrato como el fin que induce a la celebración del mismo deben ser congruentes con ella, y cuando son incompatibles, cuando tienen un contenido antijurídico, el contrato es inválido.

Ninguna conducta o finalidad que viole la ley prohibitiva, o imperativa, tendrá la protección del orden jurídico; por el contrario, suscitará la repulsa y represión del mismo.

³⁴⁷ Ferri, Luigi. *Lecciones sobre el contrato: Curso de Derecho Civil. Óp. Cit.*, p. liv.

³⁴⁸ *Id.*, p. liii.

Esta razón evidente es la que explica y confiere sentido lógico a la sanción de nulidad que sigue a todo contrato con un objeto y motivo o fin ilícitos [...] ³⁴⁹.

Por lo tanto, si bien los particulares tiene libertad para contratar y determinar el contenido de los negocios jurídicos que celebran, deben hacerlo dentro de los límites que el Estado impone para así tener valor jurídico. Estos límites son la ley, el orden público y las buenas costumbres ³⁵⁰.

En este capítulo se analizarán estos tres limitantes que tienen las partes, como consecuencia de la autonomía privada, al momento de determinar las reglas que regirán el procedimiento arbitral. En primer lugar, se estudiará a la ley como límite [3.1]; en segundo lugar, a los componentes del orden público cuando éste está relacionado al proceso [3.2]; y, en tercer lugar, a las buenas costumbres que caracterizan a una sociedad determinada [3.3]. Posteriormente, se analizará si en el arbitraje CHAPARRO C. ECUADOR se respetaron estos límites durante el procedimiento arbitral [3.4]. En caso de que las partes quebranten estos límites al establecer las reglas adjetivas, la sanción al contrato en donde las pactaron, adolecerán de objeto ilícito y, en consecuencia, serán anulables, tema que será tratado en la última sección de esta tesina [3.5].

3.1 La ley como límite a la voluntad privada dentro del tema analizado

En el ámbito individual, la limitación legal implica que los particulares no pueden violar la ley ni hacer caso omiso de los derechos que ésta prescribe como irrenunciables ³⁵¹, puesto “que pueden renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia” ³⁵². Al respecto, en el caso LÓPEZ CISNEROS C. FINANLAW S.A., la CNJ estableció que el acuerdo de las partes de someterse a arbitraje era nulo porque la relación jurídica entre ellas era de carácter laboral,

³⁴⁹ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*. México D.F.: Oxford UP, 1999, p. 93.

³⁵⁰ Alessandri R., Arturo y Manuel Somarriva U. *Derecho civil: Parte preliminar y parte general*. *Óp. Cit.*, p. 155.

Cfr. Maluquer de Motes, Carlos. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. *Óp. Cit.*, p. 234.

Ducci Claro, Carlos. *Derecho Civil: Parte General*. Cuarta edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995, pp. 26-27.

³⁵¹ *Id.*, p. 26.

³⁵² *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 11.- Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.

los derechos de los trabajadores son irrenunciables³⁵³ y la transacción es válida siempre y cuando no se renuncien estos derechos³⁵⁴. En consecuencia, la cláusula arbitral contravenía la ley ya que el acudir a arbitraje implica una renuncia de los derechos laborales, pues los jueces de la materia son los competentes para resolver los conflictos de esta naturaleza³⁵⁵.

Adicionalmente, ALESSANDRI establece que la ley limita a la autonomía de la voluntad para resguardar los intereses privados, para que así sus actos contengan una voluntad sana, libre y meditada³⁵⁶. De esta manera, cuando la ley deja un margen para que la voluntad privada determine el contenido de un negocio jurídico, ésta debe desarrollarse dentro del escenario de lo lícito, pues en caso contrario el ordenamiento jurídico no lo reconocerá ni protegerá³⁵⁷.

Por otro lado, en el ámbito colectivo, existen otros límites que están plasmados en la ley. Por ejemplo, CARIOTA considera que el límite natural de este principio son los intereses de terceros, puesto que de no ser así “chocaría con la barrera de la igual autonomía del otro sujeto”³⁵⁸. Siguiendo esta línea de pensamiento, la CNJ en los casos SOLÍS ALVARADO C. VALLEJO GARCÍA DE PAREDES y OLMEDO ESPEJO C. ARTEAGA VERA estableció que

[I]os límites intrínsecos resultan de su función misma, porque siendo la autonomía la potestad reconocida por el ordenamiento jurídico a los particulares para regular sus

³⁵³ *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.

Cfr. Código del Trabajo. Registro Oficial Suplemento No. 167 de 16 de diciembre de 2005. Artículo 4.- Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario.

³⁵⁴ *Id.* Artículo 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:

11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.

³⁵⁵ “[C]uando del análisis efectuado a este caso, se ha declarado la comprobación, conforme a derecho, de que la vinculación jurídica entre las partes es de carácter laboral, premisa que genera la obligatoriedad de aplicar los principios constitucionales contenidos en los numerales 4 y 5 del artículo 35, de que los derechos del trabajador son irrenunciables y de que la transacción es válida siempre que no implique renuncia de esos derechos, volviéndose evidente que el sometimiento de las controversias producidas en una vinculación laboral a una jurisdicción diferente de la del Juez laboral, si implica renuncia de derechos del trabajador”. Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Diego López Cisneros c. Finanlaw S.A.* Recurso de casación interpuesto por el demandado. Registro Oficial Suplemento No. 78 de 1 de diciembre de 2009.

³⁵⁶ Alessandri R., Arturo y Manuel Somarriva U. *Derecho civil: Parte preliminar y parte general*. Óp. Cit., p. 156.

³⁵⁷ *Id.*, p. 157.

³⁵⁸ Cariota Ferrara, Luigi. *El negocio jurídico*. Óp. Cit., p. 44.

intereses por sí solos, el límite de vigencia de la autonomía termina cuando se ha alcanzado la regulación de tales intereses y no alcanza, por regla general, a los intereses de terceros³⁵⁹.

Esta limitación está contenida en la ley porque es su deber “armonizar los intereses privados con los de terceros y con el interés de la comunidad”³⁶⁰. En el mismo sentido, JEQUER LEHUEDE sostiene que

[c]uando el interés comprometido en la norma jurídica es colectivo o, en otros términos, si la norma apunta a la tutela del interés de la colectividad, aquella debe imponerse necesariamente a los particulares en todo su ámbito y consecuencias, sin espacio alguno para la discrecionalidad individual³⁶¹.

Asimismo, en palabras de DUCCI “[l]a autonomía de la libertad siempre ha tenido límites, precisamente porque el derecho es un freno a la libertad individual en garantía de la libertad de todos”³⁶². De donde, la ley limita a la autonomía privada para así poder garantizar y proteger la libertad, intereses y derechos de terceros y de esta manera, poder vivir en comunidad.

En definitiva, la ley es un límite a la autonomía de la voluntad tanto en el ámbito individual como colectivo ya que evita que los particulares renuncien a los derechos que el ordenamiento los considera irrenunciables; protege a los intereses privados y busca que sus actos tengan valor jurídico; armoniza estos intereses con los de terceros y los de la comunidad; y, garantiza la libertad de las personas que conviven en sociedad.

De donde, se podría concluir que las partes, al momento de pactar las reglas procedimentales del arbitraje, con base a la libertad de configuración interna, pueden hacer todo aquello que no está prohibido por la ley. Por ejemplo, no podrían someterse a arbitraje aquellas personas, naturales o jurídicas, que no tengan capacidad para transigir, ni podrá una entidad pública resolver sus conflictos por esta vía si se trata de una materia no contractual, tampoco se podría pactar que solamente una de las partes pruebe lo que alega. Además de

³⁵⁹ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Pablo Luis Olmedo Espejo c. Nancy Marlene Arteaga Vera*. Recurso de casación interpuesto por la demandada. Registro Oficial No. 352 de 9 de junio de 2004.

Cfr. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Héctor Solís Alvarado c. Ana Vallejo García de Paredes*. Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial No. 574 de 13 de mayo de 2002.

³⁶⁰ Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General del Acto Jurídico*. *Óp. Cit.*, p. 22.

³⁶¹ Jequer Lehuède, Eduardo. “El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)”. *Óp. Cit.*, p. 458.

³⁶² Ducci Claro, Carlos. *Derecho Civil: Parte General*. *Óp. Cit.*, p. 25.

este límite, las partes deberán tener en cuenta el orden público y las buenas costumbres que serán analizados a continuación.

3.2 Implicaciones del orden público como límite a la autonomía privada respecto de las normas procedimentales en el arbitraje

A lo largo de esta tesina se ha especificado el concepto de orden público [§1.2.1], se calificó como tales a las normas procesales que rigen los juicios ordinarios [§1.2.2] y, en cambio, se estableció que las normas adjetivas del procedimiento arbitral no son de orden público ni de obligado cumplimiento para las partes, sino que son dispositivas [§2.4]. Sin embargo, en esta sección se lo pretende estudiar como límite a la autonomía privada al momento de determinar las reglas procedimentales del arbitraje.

La CNJ determinó que el límite extrínseco del principio analizado es el orden público, por lo tanto “la voluntad particular, al concertar negocios jurídicos, no puede sustituir, modificar ni renunciar las normas que interesan al orden público”³⁶³. Éste tiene “un papel limitante de la autonomía privada, la que no puede traspasar los límites que el mismo señala”³⁶⁴. Dentro del tema analizado, según SILVA ROMERO, el orden público concierne al debido proceso³⁶⁵. La CCE ha determinado que el derecho al debido proceso

no trata solamente de cumplir un trámite cualquiera o dar la apariencia ordenada y simplista de procedimientos reglados, donde importa más la forma que el contenido, sino de garantizar que no se prive a ningún individuo de la oportuna tutela de sus derechos constitucionales y que la sentencia o auto definitivo que se dicte, en base a un proceso, sea fundada y en fiel cumplimiento de los principios supremos que caracterizan a un Estado de derechos³⁶⁶.

³⁶³ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Pablo Luis Olmedo Espejo c. Nancy Marlene Arteaga Vera*. Recurso de casación interpuesto por la demandada. Registro Oficial No. 352 de 9 de junio de 2004.

Cfr. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Héctor Solís Alvarado c. Ana Vallejo García de Paredes. Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial No. 574 de 13 de mayo de 2002.

³⁶⁴ *Ibíd.*

³⁶⁵ Silva Romero, Eduardo. "Breves observaciones sobre los métodos de definición del contrato de arbitraje". En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. 47.

Cfr. En el mismo sentido, el debido proceso como límite a la autonomía de la voluntad. Giuffra, Carolina. *Teoría y Práctica del Proceso Arbitral en el Código General del Proceso*. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 2007, p. 68.

³⁶⁶ Corte Constitucional del Ecuador. *Sutecsa S. A., c. Paúl Pástor Chica*. Acción de protección. Registro Oficial Suplemento No. 42 de 23 de julio de 2013.

Asimismo, ha establecido que se compone por “un conjunto de garantías que permiten tramitar adecuadamente cada procedimiento, asegurando la defensa”³⁶⁷. Estas garantías son obligatorias y esenciales durante todo el proceso³⁶⁸ y son exigibles para los jueces y todo aquel que ejerza funciones jurisdiccionales³⁶⁹, como lo son los árbitros [§2.2.1]. Por estas razones, la CCE considera a

este derecho constitucional como el eje articulador de la validez procesal cuya vulneración constituye un atentado grave, no solo a los derechos de las personas en una causa, sino que representa una vulneración al Estado y a su seguridad jurídica, puesto que precisamente estas normas del debido proceso son las que establecen los lineamientos que aseguran que una causa se ventile en apego al respeto de derechos constitucionales y a máxima garantistas, como el acceso a los órganos jurisdiccionales y el respeto a los principios, valores y garantías constitucionales(...)³⁷⁰.

En el mismo sentido, la CNJ ha sostenido que las normas adjetivas son “una aplicación real y efectiva del principio del debido proceso y de una efectiva, imparcial y expedita tutela de los derechos e intereses de los litigantes”³⁷¹. Es por esto, que las normas que regulan las garantías del debido proceso son una manifestación del orden público, ya que protegen intereses sociales como la administración de justicia, la validez de los procesos para que las personas puedan exigir la tutela de sus derechos y la seguridad jurídica.

El derecho al debido proceso está compuesto por tres principios que no se pueden desconocer en un procedimiento arbitral, so pena de anulación del laudo³⁷². Estos principios son el de contradicción, derecho de defensa e igualdad de las partes durante el

³⁶⁷ *Ibíd.*

³⁶⁸ “Estas condiciones mínimas son obligatorias y esenciales, desde el inicio de un proceso hasta la resolución judicial, manteniéndose inviolables durante toda la tramitación”. *Ibíd.*

³⁶⁹ “La aplicación de las garantías del debido proceso no solo es exigible a nivel de las diferentes instancias que integran la función judicial, sino que debe ser respetada por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional”. Corte Constitucional del Ecuador. *Cratel C. A. c. la sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dentro de la acción de protección No. 320-2012-CV*. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 374 de 13 de noviembre de 2014.

³⁷⁰ Corte Constitucional del Ecuador. *Sutecsa S. A., c. Paúl Pástor Chica*. Acción de protección. Registro Oficial Suplemento No. 42 de 23 de julio de 2013.

³⁷¹ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Ing. Edgar Alberto Caicedo Cedeño c. Banco del Pichincha C. A.* Recurso de casación interpuesto por el Banco de Pichincha. Registro Oficial Suplemento No. 580 de 29 de abril de 2009.

³⁷² Silva Romero, Eduardo. “Breves observaciones sobre los métodos de definición del contrato de arbitraje”. *Óp. Cit.*, p. 47.

Cfr. Giuffra, Carolina. *Teoría y Práctica del Proceso Arbitral en el Código General del Proceso*. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 2007, p. 68.

procedimiento³⁷³. En el mismo sentido, GONZÁLEZ DE COSSÍO establece que “[e]sto implica que las partes no pueden por adelantado renunciar a su derecho a que se siga un procedimiento en forma contraria al debido proceso”³⁷⁴, y añade, “[s]in embargo, las partes pueden darle un contenido específico al mismo”³⁷⁵. Por lo tanto, el orden público materializado a través de estos principios, recogidos en la Constitución como garantías del debido proceso³⁷⁶, constituye un límite para las partes al momento de dictar las normas que regularán el procedimiento arbitral. A continuación, se analizarán los derechos a la defensa, igualdad y contradicción como derechos esenciales en un procedimiento.

3.2.1 Derecho a la defensa

La CCE al desarrollar este derecho ha establecido que “a más de ser una regla constitucional, es un principio general de la administración de justicia”³⁷⁷, que “a través de

³⁷³ *Ibíd.*, p. 47.

Cfr. Hinojosa Segovia, Rafael. “Arbitraje Comercial Internacional en España: marco legal y jurisprudencial”. *Óp. Cit.*, p. 434.

Coronel Jones, César. “Presente y Futuro del Arbitraje Comercial en el Ecuador: Hacia una nueva ley”. *Óp. Cit.*, p. 383.

³⁷⁴ González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Segunda edición. *Óp. Cit.*, p. 219.

³⁷⁵ *Ibíd.*, p. 219.

³⁷⁶ *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Vid. “Y entre esos derechos humanos que el Estado considera como uno de sus más altos deberes de respetar y hacer respetar está el consignado en el Art. 23, numeral 27 de la Constitución, mediante el cual se garantiza el ‘derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones’. Y, con el objeto de hacer realidad el debido proceso, la Constitución, en el Art. 24, establece las garantías básicas que a más de su carácter declarativo, forman parte e integran el ordenamiento jurídico interno con otras normas constantes en leyes orgánicas, leyes y decretos que desarrollan sus principios y establecen las reglas para su aplicación”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Arq. Alberto Santoro Williams c. Banco Ecuatoriano de la Vivienda*. Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial No. 39 de 02 de octubre de 2009.

Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *José Wilson Quiñonez Becerra c. Gerente General del Banco Nacional de Fomento*. Recurso de casación interpuesto por el demandado. Registro Oficial Suplemento No. 92 de 21 de diciembre de 2009.

Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Manuel Jesús Mayancela Dután c. María Rosario Lema Dután*. Recurso de hecho propuesto por el actor ante la inadmisión del recurso de casación. Registro Oficial Suplemento No. 580 de 29 de abril de 2009.

“En efecto, el debido proceso constituye un derecho tutelado y garantizado por la Constitución y Convenios Internacionales de Derechos Humanos”. Tercera Sala de la Corte Constitucional del Ecuador. *Faisal Misle Zaidán c. Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, jueces de la Primera Sala de lo Civil de la Corte provincial de Quito y jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia*. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 159 de 26 de marzo de 2010.

³⁷⁷ Corte Constitucional del Ecuador. *Cadena Ecuatoriana de Televisión TC c. auto del 28 de febrero de 2011, dictado por el juez vigésimo cuarto de garantías penales del Guayas, dentro de la querrela privada por*

este derecho se procura garantizar que las personas cuenten con los medios adecuados y oportunos para la defensa de sus intereses³⁷⁸ y que es “el eje central del debido proceso”³⁷⁹ mediante el cual se busca “el establecimiento de condiciones mínimas para salvaguardar la vigencia de [los] derechos”³⁸⁰. Sobre este último tema, ha manifestado que se trata de

un mínimo de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un procedimiento y asegurar condiciones mínimas para la defensa, constituyendo además una concreta disposición desde el ingreso al proceso y durante el transcurso de toda la instancia, para concluir con una decisión adecuadamente motivada que encuentre concreción en la ejecución de lo dispuesto por los jueces³⁸¹.

Así, la CCE ha determinado que solamente garantizando estas condiciones mínimas y permitiendo el ejercicio del derecho a la defensa se podrá impedir la arbitrariedad en las decisiones y las condenas injustas³⁸².

Asimismo, ha considerado que el derecho a la defensa se constituye por varios principios³⁸³ como el deber de motivar las resoluciones³⁸⁴, presentar pruebas y rebatir las de

injurias N.º 1960-2010. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 423 de 23 de enero de 2015.

³⁷⁸ *Ibíd.*

³⁷⁹ *Ibíd.*

³⁸⁰ *Ibíd.*

³⁸¹ Corte Constitucional del Ecuador. *Rosa María Ludeña Jimbo y Carlos Patricio Quezada Ludeña c. autos del 12 de junio de 2012 a las 15h34 y 09 de febrero de 2012 a las 10h30, dictados por el juez Séptimo de Garantías Penales de Pichincha*. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 423 de 23 de enero de 2015.

³⁸² “Su importancia en el contexto de las garantías procesales radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado”. Corte Constitucional del Ecuador. *Consulta de constitucionalidad del tercer inciso del artículo 168 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre realizada por el Juez Temporal del Juzgado Segundo Provincial de Tránsito de Loja*. Registro Oficial Suplemento 294 de 06 de octubre de 2010.

³⁸³ “Para solventar ese problema determinaremos que el núcleo duro del derecho supuestamente vulnerado es el derecho a la defensa, y respecto a aquel nos encontraremos con una serie de derechos subsidiarios que se derivan del mismo [...]”. Corte Constitucional del Ecuador. *Consulta de constitucionalidad del artículo 889 del Código de Procedimiento Civil realizada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo*. Registro Oficial Suplemento No. 159 de 26 de marzo de 2010.

Cfr. “Dentro de esta serie de garantías establecidas en el artículo 76 de la Constitución, las cuales conforman el debido proceso, encontramos en el numeral 7 el derecho a la defensa, el cual incluye un amplio catálogo de principios [...]”. Corte Constitucional del Ecuador. *Danny William Enrique Guerrero Criollo c. sentencia del 07 de octubre de 2011, dictada por los jueces de la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la acción de protección N.º 1156-2011-3*. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 423 de 23 de enero de 2015.

³⁸⁴ “[...] entre los cuales tenemos el deber de motivar toda resolución que emane de los poderes públicos y en caso de no estar debidamente motivadas dichas resoluciones, serán consideradas nulas”. Corte Constitucional del Ecuador. *Danny William Enrique Guerrero Criollo c. sentencia del 07 de octubre de 2011, dictada por los jueces de la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de*

la otra parte³⁸⁵, informar oportunamente a la persona de lo que se le demanda o acusa para que tenga el tiempo necesario de prepararse³⁸⁶, contar con la asistencia de un abogado³⁸⁷, recurrir el fallo cuando la ley lo permita³⁸⁸, entre otros. Al respecto, en la acción extraordinaria de protección propuesta por LUDEÑA JIMBO Y QUEZADA LUDEÑA, la CCE dictaminó que el derecho a la defensa pretende que el litigio

Justicia del Guayas, dentro de la acción de protección N.º 1156-2011-3. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 423 de 23 de enero de 2015.

Cfr. “[...] para concluir con una decisión adecuadamente motivada que encuentre concreción en la ejecución de lo dispuesto por los jueces (...)”. Corte Constitucional del Ecuador. *Rosa María Ludeña Jimbo y Carlos Patricio Quezada Ludeña c. autos del 12 de junio de 2012 a las 15h34 y 09 de febrero de 2012 a las 10h30, dictados por el juez Séptimo de Garantías Penales de Pichincha. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 423 de 23 de enero de 2015.*

Vid. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 76 numeral 7 literal (I).

³⁸⁵ “[...] características en las cuales se encuentra la de presentar pruebas, que [...] están orientadas a la demostración de determinado comportamiento que se reflejará en el resultado de la sentencia a ser dictada, y mediante las cuales se aportan elementos de juicio sobre la forma en que ocurrieron los hechos, objeto de investigación, y al mismo tiempo el poder rebatirlas por quien se crea asistido a ello, ya que los cuestionamientos tienden a ser necesarios para el esclarecimiento de la verdad y permiten posicionar a las partes en igualdad de condiciones, respetando el fin irrenunciable, como es el de la defensa”. Corte Constitucional del Ecuador. *Consulta de constitucionalidad del segundo inciso del artículo 581 del Código del Trabajo propuesta por la Jueza Décimo Sexto de lo Civil de Pichincha. Registro Oficial Suplemento No. 372 de 27 de enero de 2011.*

Cfr. “Para ello, toda persona se encuentra facultada para acudir ante los organismos jurisdiccionales competentes a efectos de presentar las pruebas pertinentes, debatirlas y contradecirlas”. Corte Constitucional del Ecuador. *Cadena Ecuatoriana de Televisión TC c. auto del 28 de febrero de 2011, dictado por el juez vigésimo cuarto de garantías penales del Guayas, dentro de la querrela privada por injurias N.º 1960-2010. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 423 de 23 de enero de 2015.*

³⁸⁶ “Parámetro que se basa en el deber que tiene la administración de justicia de informar de forma oportuna a la persona de la cual se presume haya cometido un delito, ya sea por acciones u omisiones, a fin de que la persona tenga un tiempo prudencial de preparar su defensa o la realice a través de su defensor, o el que le otorgue el Estado”. Corte Constitucional del Ecuador. *Consulta de constitucionalidad del tercer inciso del artículo 168 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre realizada por el Juez Temporal del Juzgado Segundo Provincial de Tránsito de Loja. Registro Oficial Suplemento 294 de 06 de octubre de 2010.*

³⁸⁷ “El derecho a la defensa consta de las siguientes partes esenciales: [...] El derecho del inculpado a defenderse por sí mismo o a través de un defensor de su elección o nombrado por el Estado”. *Ibid.*

³⁸⁸ “Dentro de las garantías básicas del debido proceso se encuentra el derecho a la defensa, que a su vez contiene a la garantía en virtud de la cual se puede recurrir del fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre derechos, de conformidad con el artículo 76 numeral 7 literal m de la Constitución [y e]n idéntico sentido, el artículo 8 numeral 2 literal h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...]”. Corte Constitucional del Ecuador. *Amparo Elvira María Cedeño Zambrano c. autos emitidos el 25 de abril de 2012 a las 12:09, y el 31 de mayo de 2012 a las 10:05, por la Sala de Conjueces de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio signado con el No. 021-2012. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 406 de 30 de diciembre de 2014.*

Cfr. “Se debe destacar que el derecho a recurrir las resoluciones judiciales se encuentra directamente relacionado con el derecho a la defensa dentro de un proceso”. Corte Constitucional del Ecuador. *Consulta de constitucionalidad del artículo 889 del Código de Procedimiento Civil realizada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo. Registro Oficial Suplemento No. 159 de 26 de marzo de 2010.*

‘[...] contenga un adecuado elemento de contradicción que brinde al juez un cabal conocimiento de la realidad esto es escuchar a las partes y permitirles probar sus asertos, considerando sus afirmaciones y elementos probatorios’, garantizando a las partes procesales el ser asistidas por un abogado defensor particular o designado por el Estado; el derecho a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, el que les permita ofrecer, reproducir las pruebas pertinentes antes de dictar el fallo; que la decisión judicial sea fundamentada en mérito de las principales cuestiones planteadas³⁸⁹.

En el mismo sentido, la CCE en una consulta de constitucionalidad del artículo 168 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre determinó que el derecho estudiado es

la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga³⁹⁰.

Finalmente, la CCE en la consulta de constitucionalidad del artículo 581 del Código del Trabajo, citando al Doctor GARCÍA FALCONÍ, manifestó que el derecho a la defensa

garantiza lo siguiente: "1.- Posibilidad de recurrir al proceso; 2.-Hacerse parte del mismo; 3.- Defenderse; 4.- Presentar alegatos; y, 5.- Presentar pruebas. Esto es: a) Ejercer el derecho de contradicción; b) Ejercer el derecho a la defensa técnica; c) Debe ser gratuita; d) Debe existir aunque sea en ausencia del procesado; y, e) Debe ser eficiente"³⁹¹.

De los criterios expuestos por la CCE y tal como lo reconoce la Constitución, se puede concluir que el derecho a la defensa es un principio general de la administración de justicia y el eje central del debido proceso. Otorga a las partes procesales los medios adecuados³⁹² y las condiciones mínimas para que puedan defenderse durante todo el procedimiento³⁹³ y evita decisiones arbitrarias y condenas injustas.

³⁸⁹ Corte Constitucional del Ecuador. *Rosa María Ludeña Jimbo y Carlos Patricio Quezada Ludeña c. autos del 12 de junio de 2012 a las 15h34 y 09 de febrero de 2012 a las 10h30, dictados por el juez Séptimo de Garantías Penales de Pichincha*. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 423 de 23 de enero de 2015.

³⁹⁰ Corte Constitucional del Ecuador. *Consulta de constitucionalidad del tercer inciso del artículo 168 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre realizada por el Juez Temporal del Juzgado Segundo Provincial de Tránsito de Loja*. Registro Oficial Suplemento 294 de 06 de octubre de 2010.

³⁹¹ Corte Constitucional del Ecuador. *Consulta de constitucionalidad del segundo inciso del artículo 581 del Código del Trabajo propuesta por la Jueza Décimo Sexto de lo Civil de Pichincha*. Registro Oficial Suplemento No. 372 de 27 de enero de 2011.

³⁹² *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 76 numeral 7 literal (b).

³⁹³ *Id.* Artículo 76 numeral 7 literal (a).

Vid. “Por tanto, en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se debe asegurar el derecho al debido proceso, que incluye el derecho de las personas a la defensa; consecuentemente nadie puede ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, conforme establece en el artículo 76 numeral 7 literal a de la Constitución de la República”. Corte Constitucional del Ecuador. *Sociedad de estudiantes de la Biblia, Testigos de Jehová c. sentencia*

Además, el derecho a la defensa se compone de otros derechos como el de motivación en las resoluciones; presentar y solicitar que se practiquen las pruebas que le favorezcan³⁹⁴, así como rebatir o contradecir las de la otra parte; estar informado oportunamente de lo que se le acusa, de las actuaciones de la otra parte y estar debidamente notificado de las distintas etapas procesales³⁹⁵; tener acceso a los documentos y actuaciones del procedimiento³⁹⁶; contar con el tiempo adecuado para la defensa³⁹⁷; ser asistido por un abogado³⁹⁸ y por un traductor, en caso de no hablar el idioma en el que sustancie el proceso³⁹⁹; ser escuchado y hacer valer sus argumentos⁴⁰⁰; plantear los recursos admitidos por ley⁴⁰¹; y, poder acceder a la justicia que deberá ser administrada eficientemente.

Sobre el derecho analizado, QUINTERO escribe que

[I]a enunciación que históricamente corresponde al derecho de defensa es la siguiente: nadie puede ser condenado sin haber sido oído. [...] Es la garantía del individuo a la inviolabilidad de su defensa en proceso, pero claro está, que se define desde el punto de vista de la bilateralidad esencial del proceso, de la que pregona que el proceso se desenvuelve entre partes contrapuestas, ubicadas en perfecta igualdad de condiciones y por ante un sujeto supraordenado, el juez⁴⁰².

expedida el 22 de febrero de 2011, por el Juez Octavo de lo Civil de Pichincha, dentro del juicio ordinario de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio N.º 1184-2008. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 423 de 23 de enero de 2015.

³⁹⁴ Hinojosa Segovia, Rafael. “Arbitraje Comercial Internacional en España: marco legal y jurisprudencial”. *Óp. Cit.*, p. 434.

³⁹⁵ Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría general del Derecho Procesal. Óp. Cit.*, p. 569.

³⁹⁶ *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 76 numeral 7 literal (d).

³⁹⁷ *Id.* Artículo 76 numeral 7 literal (b).

³⁹⁸ Gozaíni, Osvaldo A. *Tratado de Derecho Procesal Civil: Garantías, principios y reglas del proceso civil. Actuaciones procesales. Óp. Cit.*, p. 197.

Vid. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 76 numeral 7 literal (g).

³⁹⁹ *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 76 numeral 7 literal (f).

⁴⁰⁰ Hinojosa Segovia, Rafael. “Arbitraje Comercial Internacional en España: marco legal y jurisprudencial”. *Óp. Cit.*, p. 434.

Vid. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 76 numeral 7 literal (c).

⁴⁰¹ *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 76 numeral 7 literal (m).

⁴⁰² Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría general del Derecho Procesal. Óp. Cit.*, p. 568.

Por lo tanto, el derecho a la defensa garantiza a los litigantes que no van a ser condenados sin haber sido oídos, expresar sus argumentos, presentar pruebas, contradecirlas, estar asistido por un abogado y en general defenderse de lo que se le acusa.

Adicionalmente, se puede establecer que los derechos a la defensa, igualdad y contradicción están relacionados pues el primero se lo ejerce con base a la igualdad procesal de las partes y la bilateralidad del proceso. Así, se podrá garantizar la defensa de las partes si tienen igualdad de armas durante todo el procedimiento y pueden contradecir cualquier acto de su contraparte.

En definitiva, al ser una garantía del debido proceso y al evitar su indefensión, las partes no pueden renunciar a este derecho⁴⁰³. Entonces, en un arbitraje en el cual las partes determinen las reglas procedimentales, tendrán como límite su derecho a la defensa y por lo mismo carecerá de valor jurídico cualquier pacto que pretenda menoscabarlo. Por ejemplo, no podrían obligar a una parte que el proceso se siga en un idioma que no comprende, si es que no se le asiste un traductor, ni se podría prohibir que una de las partes contradiga las pruebas presentadas, pues de esta manera no podría ejercer este derecho y estaría indefenso.

3.2.2 Derecho de igualdad

El derecho de igualdad pretende evitar que una de las partes esté en inferioridad jurídica⁴⁰⁴, por lo que los árbitros deben conceder a ambas las mismas oportunidades de ataque y defensa⁴⁰⁵. Por esta razón, la Constitución prescribe que las partes tienen derecho a ser oídas en igualdad de condiciones⁴⁰⁶. Al respecto, la CCE en la acción extraordinaria de protección propuesta por la SOCIEDAD DE ESTUDIANTES DE LA BIBLIA, TESTIGOS DE JEHOVÁ determinó que

[d]octrinariamente hablando, uno de los ejes del derecho procesal es el de la igualdad de las partes ante la ley procesal, por lo que en el curso del proceso las partes gozan de iguales oportunidades para su defensa, lo cual tiene fundamento en la máxima *audiator et altera pars*, que equivale a la igualdad de las personas ante la ley⁴⁰⁷. [Énfasis original]

⁴⁰³ Gozaíni, Osvaldo A. *Tratado de Derecho Procesal Civil: Garantías, principios y reglas del proceso civil. Actuaciones procesales. Óp. Cit.*, p. 197.

⁴⁰⁴ *Id.*, p. 34.

⁴⁰⁵ Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría general del Derecho Procesal. Óp. Cit.*, p. 135.

⁴⁰⁶ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 76 numeral 7 literal (c).

⁴⁰⁷ Corte Constitucional del Ecuador. *Sociedad de estudiantes de la Biblia, Testigos de Jehová c. sentencia expedida el 22 de febrero de 2011, por el Juez Octavo de lo Civil de Pichincha, dentro del juicio ordinario de*

Asimismo, en otros casos, la CCE ha considerado que el derecho a la igualdad en los procesos significa que cada parte pueda exponer su caso y que ninguna se encuentre en condiciones menos ventajosas que las de la otra⁴⁰⁸, les otorga a las partes igualdad de oportunidades y procura mantener el equilibrio procesal concediéndoles los mismos derechos y facultades⁴⁰⁹.

Para la CCE, la citación es una manifestación del derecho a la igualdad pues permite a la parte que ha sido demandada exponer sus argumentos y ser escuchada, tal como lo hizo el sujeto activo, es decir garantiza que las partes sean tratadas en igualdad de condiciones⁴¹⁰.

Adicionalmente, en el caso PLAZA VIVEROS C. COMPAÑÍA STANDARD FRUIT COMPANY O UNIÓN DE BANANEROS ECUATORIANOS S. A. el actor no presentó las pruebas en la etapa procesal oportuna y decidió hacerlo al momento de apelar la sentencia de primera instancia⁴¹¹. En casación, la CNJ determinó que

las actuaciones judiciales deben cumplirse en el tiempo determinado y así establecido por la ley, la misma que regula en forma obligatoria a las partes del litigio, por lo que bien

prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio N.º 1184-2008. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 423 de 23 de enero de 2015.

⁴⁰⁸ “En el mismo sentido, el principio de igualdad en los procesos jurisdiccionales, o principio de igualdad de armas, reconoce el mandato según el cual cada parte del proceso debe poder presentar su caso bajo condiciones que no representen una posición sustancialmente desventajosa frente a la otra parte”. Corte Constitucional del Ecuador. *Consulta de constitucionalidad del tercer inciso del artículo 168 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre realizada por el Juez Temporal del Juzgado Segundo Provincial de Tránsito de Loja*. Registro Oficial Suplemento 294 de 06 de octubre de 2010.

Vid. González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Segunda edición. *Óp. Cit.*, p. 216.

⁴⁰⁹ “[R]eflejado en el desarrollo de todo proceso judicial con la igualdad de oportunidades tanto del demandante como del demandado, logrando mantener equilibrio procesal en igualdad de derechos y facultades”. Corte Constitucional del Ecuador. *Consulta de constitucionalidad del segundo inciso del artículo 581 del Código del Trabajo propuesta por la Jueza Décimo Sexto de lo Civil de Pichincha*. Registro Oficial Suplemento No. 372 de 27 de enero de 2011.

⁴¹⁰ “La citación es la aplicación del precepto *auitatur* [sic] *altera pars*, que significa escuchar a la otra parte, lo cual efectivamente y como bien enseña la doctrina es una garantía constitucional básica que se encuentra consagrada en el artículo 76 numeral 7 literales a y c que establece: ‘Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento’, ‘Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones’, respectivamente”. [Énfasis original]. *Ibíd.*

⁴¹¹ “Del proceso consta a fjs. 6 del cuaderno de primer nivel la audiencia de conciliación dentro de la cual el Juez abre la causa a prueba por el término de seis días; mas, se observa que dentro del término probatorio no existe prueba del actor, quien la presenta dentro del cuaderno de segundo nivel, es decir cuando ya había terminado y con exceso el término de prueba”. Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Lucas Plaza Viveros c. Compañía Standard Fruit Company o Unión de Bananeros Ecuatorianos S. A.* Recurso de casación deducido por el actor. Registro Oficial No. 237 de 27 de marzo de 2006.

hizo el Tribunal de alzada al desestimar la demanda ya que la prueba no debía presentarse en esta fase del proceso, pues se estaría quebrantando el principio de igualdad procesal⁴¹².

De donde, para la jurisprudencia ecuatoriana, el derecho de igualdad implica otorgar a las partes igualdad de armas⁴¹³ para que se puedan defender y contradecir las actuaciones de su contraparte. Según ANDREW y KEREN TWEEDDALE, las partes tendrán *equality of arms* siempre que los árbitros actúen con justicia, imparcialidad y equidad⁴¹⁴.

Se debe hacer hincapié en que la igualdad de tratamiento se desenvuelve bajo la condición de la igualdad de circunstancias⁴¹⁵. En el mismo sentido, la CCE ha dictaminado que este derecho “no solo exige que se requiera tratar igual a quienes se encuentren en situaciones similares, sino también de forma desigual a los sujetos que se hallen en situaciones diferentes”⁴¹⁶. Por ejemplo, en la LAM se contempla que si el demandado vive en un lugar distinto al de la sede del arbitraje, tendrá un término de 20 días para contestar la demanda⁴¹⁷. Es decir, el doble del término ordinario⁴¹⁸. De esta manera, la ley crea una desigualdad para lograr la igualdad de las partes, ya que no es lo mismo el tiempo que se demora una persona que vive en el mismo lugar del arbitraje en ser citado con la demanda y contestarla, que el tiempo que le toma a aquella que se encuentra en un lugar distinto. Por lo tanto, si un demandado vive en otro lugar de la sede del arbitraje no podrá ser tratado de la misma manera que el que si vive en el mismo lugar.

⁴¹² *Ibíd.*

⁴¹³ “A este principio se le denomina igualdad de armas (*equality of arms*)”. [Énfasis añadido]. Corte Constitucional del Ecuador. *Sociedad de estudiantes de la Biblia, Testigos de Jehová c. sentencia expedida el 22 de febrero de 2011, por el Juez Octavo de lo Civil de Pichincha, dentro del juicio ordinario de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio N.º 1184-2008*. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 423 de 23 de enero de 2015.

⁴¹⁴ Tweeddale, Andrew y Keren Tweeddale. *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*. *Óp. Cit.*, p. 149.

Vid. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 76 numeral 7 literal (k).

⁴¹⁵ Díaz, Clemente A. *Instituciones de derecho procesal*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1968, p. 218. Citado en: Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría general del Derecho Procesal*. *Óp. Cit.*, pp. 135-136.

⁴¹⁶ Corte Constitucional del Ecuador. *Consulta de constitucionalidad del segundo inciso del artículo 581 del Código del Trabajo propuesta por la Jueza Décimo Sexto de lo Civil de Pichincha*. Registro Oficial Suplemento No. 372 de 27 de enero de 2011.

⁴¹⁷ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 12 primer inciso.- Si el demandado tuviere su domicilio fuera del lugar de arbitraje, se le concederá un término extraordinario para que conteste la demanda, el que no podrá exceder del doble del ordinario.

⁴¹⁸ *Id.* Artículo 11.

En definitiva, este derecho se traduce en el aforismo *non debet actore licere quod reo non permittitur*⁴¹⁹ pues las partes deben estar en la misma situación, sin que una de ellas se encuentre más favorecida, deben tener las mismas oportunidades de ataque y de defensa, deben ser oídas en igualdad de condiciones, deben poder exponer su caso al igual que la contraparte y se debe mantener el equilibrio procesal entre los derechos y facultades de cada una.

Por ejemplo, el derecho a la igualdad se vería menoscabado si es que las partes en un arbitraje, determinan como una regla procesal el que una de ellas presente una prueba que no se le permita a la otra, que a una se le otorgue un plazo más amplio sin justa causa o que a una se le permita alegar y a la otra no⁴²⁰. En conclusión, no puede uno de los litigantes recibir un trato diferente al otro.

3.2.3 Derecho de contradicción

Como se determinó anteriormente, los derechos a la defensa, igualdad y contradicción están relacionados⁴²¹ [§3.2.1]. Por esta razón, se puede entender al último como el derecho de las partes a ejercer el derecho a la defensa, contando con las mismas oportunidades para alegar y contradecir⁴²², en un escenario en donde existe un tratamiento igualitario de los litigantes. Al respecto, la CCE reconoce que

[e]l principio de contradicción, conforme se ha indicado, se encuentra directamente vinculado con la mayoría de los principios y garantías procesales, por esto tiende a ser un requisito de obligatoria observancia para la efectiva garantía del debido proceso, ya que su inobservancia origina un desequilibrio en cuanto a la posición de las partes, limitándose el derecho de defensa de una de las mismas⁴²³.

Por lo tanto, el derecho de contradicción es aquél que permite a las partes oponerse a las pretensiones y actuaciones de la otra parte y del tribunal. Así, tiene derecho a exponer sus

⁴¹⁹ Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría general del Derecho Procesal*. Óp. Cit., p. 133.

⁴²⁰ González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Segunda edición. Óp. Cit., p. 216.

⁴²¹ Gozaíni, Osvaldo A. *Tratado de Derecho Procesal Civil: Garantías, principios y reglas del proceso civil. Actuaciones procesales*. Óp. Cit., pp. 584-585.

⁴²² Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría general del Derecho Procesal*. Óp. Cit., p. 133.

Cfr. Gozaíni, Osvaldo A. *Tratado de Derecho Procesal Civil: Garantías, principios y reglas del proceso civil. Actuaciones procesales*. Óp. Cit., p. 585.

González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Segunda edición. Óp. Cit., p. 216.

⁴²³ Corte Constitucional del Ecuador. *Consulta de constitucionalidad del segundo inciso del artículo 581 del Código del Trabajo propuesta por la Jueza Décimo Sexto de lo Civil de Pichincha*. Registro Oficial Suplemento No. 372 de 27 de enero de 2011.

argumentos y rebatir los de la contraparte, o derecho a presentar las pruebas que le favorezcan y contradecir aquellas que no lo hagan⁴²⁴. De esta manera, si a una de ellas no se le permite replicar un argumento de la otra parte y a ésta sí, existirá una violación al derecho estudiado⁴²⁵ pero además, al no contar con igualdad de armas y al no poder contestar esa alegación, también serán violentados sus derechos a la igualdad y a la defensa.

En la acción extraordinaria de protección propuesta por SOCIEDAD DE ESTUDIANTES DE LA BIBLIA, TESTIGOS DE JEHOVÁ, la CCE consideró que la citación de la demanda tiene por objeto precautar el derecho a la contradicción pues permite al demandado defenderse ya que nadie puede ser condenado sin haber sido oído⁴²⁶. Este ejemplo permite demostrar la relación entre los derechos que componen al orden público, puesto que como se citó anteriormente, para la CCE la citación es una manifestación del derecho a la igualdad procesal⁴²⁷ [§3.2.2] y, como se determinó en este momento, del derecho a la contradicción ya que si una parte presenta una demanda contra la otra, ésta debe tener las mismas oportunidades para prepararse y para exponer sus argumentos, de esta manera poder contradecir de lo que se le acusa y, en consecuencia, poder ejercer el derecho a la defensa.

Asimismo, la CNJ en el caso MÁRMOL DE LA TORRE C. NOBOA OROZCO Y SORIA SILVA determinó que las excepciones del demandado en la contestación a la demanda representan el ejercicio de su derecho de contradicción⁴²⁸.

⁴²⁴ *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Artículo 76 numeral 7 literal (h).

⁴²⁵ Gozáni, Osvaldo A. *Tratado de Derecho Procesal Civil: Garantías, principios y reglas del proceso civil. Actuaciones procesales*. Óp. Cit., p. 586.

⁴²⁶ “La citación es un acto mediante el cual se pone en conocimiento del demandado, y excepcionalmente a terceros con interés en la causa, el contenido de la demanda judicial, cuyo objeto primordial es asegurar la vigencia del principio de contradicción y establecer un punto de partida para la organización del proceso; su importancia se hace radical, pues atiende el principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído”. Corte Constitucional del Ecuador. *Sociedad de estudiantes de la Biblia, Testigos de Jehová c. sentencia expedida el 22 de febrero de 2011, por el Juez Octavo de lo Civil de Pichincha, dentro del juicio ordinario de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio N.º 1184-2008*. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 423 de 23 de enero de 2015.

⁴²⁷ Ver nota 411.

⁴²⁸ “En un proceso, se trata la litis entre la pretensión y pretensiones del actor, en el ejercicio del derecho de acción y la excepción o excepciones del demandado en la contestación a la demanda, en el ejercicio de su derecho de contradicción”. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *José Mármol de la Torre c. Roberto Noboa Orozco y Norma Soria Silva*. Recurso de casación deducido por el actor. Registro Oficial No. 257 de 18 de agosto de 1999.

De los ejemplos propuestos, se puede concluir que el derecho estudiado busca que el “procedimiento se configur[e] en torno a una dualidad de posiciones enfrentadas”⁴²⁹, para que así las partes puedan defenderse y se mantenga el equilibrio procesal.

En materia de arbitraje, según GONZÁLEZ DE COSSÍO, la aplicación práctica de este derecho se refleja en el deber de los árbitros de recibir los escritos de las partes, siempre que sea la etapa oportuna; de dejar que presenten pruebas y demás medios de defensa y que sean practicadas antes del laudo; de escuchar los alegatos de las partes y permitirles exponer su defensa; de asegurarse que ambas tengan acceso a la información presentada por la otra al tribunal; y, de no limitar el derecho para probar o alegar, excepto cuando sean peticiones inconducentes o pretendan retrasar el procedimiento⁴³⁰.

En consecuencia, las partes al momento de determinar las reglas procedimentales no podrán menoscabar el derecho de contradicción de una de ellas e impedirle que replique los argumentos o que objete las pruebas.

En definitiva, el derecho de contradicción busca que el proceso oscile entre posiciones opuestas pero enfrentadas donde las partes tengan las mismas oportunidades de ataque y defensa.

En conclusión, los derechos de defensa, igualdad y contradicción limitan a la autonomía privada, en el caso estudiado a la determinación de las reglas procedimentales, ya que son garantías básicas del debido proceso. Estas garantías responden a un interés general, pues no solo a las partes o árbitros les incumbe, sino que el Estado debe velar por su cumplimiento. Es por esto que son consideradas componentes del orden público y en consecuencia de obligatorio cumplimiento. Además, al estar recogidas en nuestra Constitución, no se pueden pasar por alto porque, en palabras de BADENI, “carecen de validez las leyes procesales que las desconozcan o restrinjan irrazonablemente su envergadura”⁴³¹. Por lo tanto, si las partes y el tribunal arbitral dictan para sí mismos normas procesales deben estar en conformidad con lo que manda la Norma Suprema para así ser eficaces.

⁴²⁹ Hinojosa Segovia, Rafael. “Arbitraje Comercial Internacional en España: marco legal y jurisprudencial”. *Óp. Cit.*, p. 434.

⁴³⁰ González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Segunda edición. *Óp. Cit.*, pp. 219-220.

⁴³¹ Badeni, Gregorio. *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2011, p. 680.

3.3 Autonomía privada limitada por las buenas costumbres

Las buenas costumbres es otro concepto jurídico indeterminado⁴³², así como el de orden público [§1.2.1]. De igual manera, es variable ya que depende de la sociedad y del tiempo⁴³³ en el que se pretenda establecer su significado.

Han sido consideradas como “aquellos usos y costumbres que la sociedad considera en un momento dado como normas básicas de convivencia social”⁴³⁴. También se las ha definido como las

reglas morales a que deben ajustarse todas las personas y que no pueden ser derogadas convencionalmente, no pudiendo desconocerse que a todo sistema legal subyacen axiomas y valoraciones morales que reflejan las concepciones filosóficas e ideologías vigentes en la sociedad en que esté inmerso⁴³⁵.

De donde, las buenas costumbres son las reglas morales características de una sociedad, comunes a todos los individuos parte de ella, necesarias para la convivencia. Son un límite a la autonomía privada pues, dado que recogen los valores y principios característicos de una sociedad, el Estado los protege e impide que los particulares los trasgredan a través de sus actos.

3.4 Cumplimiento de estos límites en el arbitraje CHAPARRO C.

ECUADOR

En el caso CHAPARRO C. ECUADOR, las partes al convenir las reglas procedimentales, junto con el tribunal arbitral, respetaron los límites a la autonomía de la voluntad. Ninguna regla fue contraria a la ley, orden público o buenas costumbres y aun así acordaron que antes de dictar el laudo verificarían la validez del proceso⁴³⁶.

⁴³² Ver nota 32.

⁴³³ Ducci Claro, Carlos. *Derecho Civil: Parte General. Óp. Cit.*, p. 27.

⁴³⁴ *Ibíd.*

⁴³⁵ Pérez Solft, Iván. “¿Orden Público Internacional Vs Orden Público Interno y Buenas Costumbres?” En: *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*. No. 4. Año II. Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2012, p. 15.

⁴³⁶ “Caso Chaparro c. Ecuador: Laudo final y Recusación de Santiago Cuesta”. En: *Gaceta Arbitral No. 1 2013*. Coordinado y editado por: Hugo García. Coedición de Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana (AMCHAM) y Universidad San Francisco de Quito. Quito: 2013, ¶121.

De esta manera, el tribunal “dispuso que las partes en el término de cinco días enuncien las posibles causales, que a su criterio, pudieran viciar de nulidad el presente arbitraje”⁴³⁷. Es interesante esta etapa procesal puesto que permite a los árbitros cumplir con la obligación de medio de dictar un laudo ejecutable y por lo mismo no anulable [§2.4].

El tribunal menciona que no es obligación exclusiva del tribunal, sino que también es obligación de las partes cooperar con los árbitros y velar para la sustanciación de un arbitraje válido. Continúa el análisis:

es parte del principio de buena fe y lealtad procesal, el que las partes evidencien cualquier causal de nulidad que se genere dentro de un proceso, desde el momento mismo en el cual la causal haya tenido lugar, pues de existir tal evidencia, el Tribunal tendría la posibilidad de corregir y enderezar oportunamente el proceso. [...] Es atentatorio a la buena fe y lealtad procesal, y no es ético, el que una parte, a sabiendas de la existencia de una posible causal de nulidad procesal, no la revele y continúe el litigio sabiendo que el laudo será ineficaz⁴³⁸.

De donde, es obligación de las partes y del tribunal que el procedimiento se lleve a cabo según las garantías del debido proceso, para así asegurar un proceso válido y un laudo ejecutable.

En el arbitraje estudiado, no se pactó ninguna regla contraria a la ley en la que una de las partes renuncie a derechos irrenunciables, se protegieron los intereses de ambas, no se trasgredieron derechos de terceros ni de la comunidad; tampoco se violó el orden público pues ambas partes pudieron ejercer sus derechos a la defensa, igualdad y contradicción al exponer sus argumentos durante la audiencia de sustanciación⁴³⁹ y en la de alegatos⁴⁴⁰, al presentar sus pruebas⁴⁴¹ y contradecir a las de la contraparte⁴⁴²; ni se vulneraron las buenas costumbres pues en ninguna etapa del procedimiento arbitral se contravinieron las reglas morales características de nuestra sociedad.

En el Capítulo II, se mencionó que la libertad que tienen las partes y el tribunal para dictar otras normas procesales que se adecuen más al caso concreto, les permite tener procedimientos más eficaces y decisiones más eficientes [§2.4]. Con esta última etapa

⁴³⁷ *Ibíd.*

⁴³⁸ *Ibíd.*

⁴³⁹ *Id.*, ¶43, 49.

⁴⁴⁰ *Id.*, ¶92, 106.

⁴⁴¹ *Id.*, ¶57.

⁴⁴² *Id.*, ¶92, 106.

procesal pactada por CHAPARRO, ECUADOR y los árbitros demuestran esta afirmación, pues no solamente queda en manos del tribunal el velar por el debido proceso sino que es una obligación de las partes que en caso de que ocurra una violación, deben dar aviso al tribunal, para que antes de que se dicte el laudo, se la subsane y así el proceso sea válido y el laudo ejecutable. De esta manera, además, las partes disminuyen costos y tiempo de litigio al evitar una posible acción de nulidad.

En resumen, si bien el arbitraje es un mecanismo que se basa en la voluntad privada, al Estado le interesa la manera en cómo se conduce el arbitraje⁴⁴³ y exige que se cumplan ciertas garantías que son de interés general y es por esto, que existen límites a la autonomía de la voluntad.

3.5 ¿Qué sucede si las partes no respetan estos límites?

Como se ha analizado a lo largo de esta tesina, las partes, en uso de la libertad de configuración interna, pueden determinar el contenido de las cláusulas de los contratos [§2.1.2], y dado el carácter contractual del arbitraje, pueden establecer las normas que regularán al procedimiento [§2.2].

No obstante de lo cual la autonomía privada no es absoluta y se deben respetar sus límites. Pero, ¿qué sucede si las partes no los respetan y, por ejemplo, pactan que solamente una parte podrá presentar prueba testimonial y la otra renuncia anticipadamente a hacerlo? Esta disposición claramente es contraria a los derechos de defensa e igualdad que tienen los litigantes y por lo mismo, contraviene al orden público. En consecuencia, adolecerá de nulidad absoluta por objeto ilícito⁴⁴⁴.

Ahora bien, existen distintas posiciones sobre qué consiste el objeto del negocio jurídico. Así, por ejemplo, hay quienes consideran que el contrato no tiene un objeto sino las

⁴⁴³ Bergsten, Eric E. "5.1 International Commercial Arbitration". En: United Nations Conference on Trade and Development. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2005, p. 7.

⁴⁴⁴ *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 2005. Artículo 1698.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

obligaciones y que éste consiste en la cosa que el deudor debe dar, hacer o no hacer⁴⁴⁵. Sin embargo, concluyen que se podría atribuir un objeto al contrato por medio de una elipsis⁴⁴⁶. Así, consideran que

el contrato es un acto jurídico que tiene *efectos*, y éstos [sic] efectos consisten en la producción de *diversas obligaciones*; las obligaciones son las que tienen un *objeto*, y por una especie de abreviación se atribuye directamente este objeto al contrato mismo. Así, cuando se habla del objeto del contrato, se refiere uno a la cosa o hecho sobre el cual se ponen de acuerdo las partes, y que forma, como dice el art. 1106, ‘la materia de la obligación (engagement)’⁴⁴⁷. [Énfasis original]

De donde, establecen que las obligaciones son los efectos del contrato pero no su objeto y, si es que se habla del objeto de éste, se está refiriendo a la cosa o hecho sobre la cual pactaron las partes que es el objeto de la obligación.

Por otro lado, hay quienes sostienen que las obligaciones son el objeto del negocio jurídico⁴⁴⁸ y lo definen como el contenido jurídico de estos negocios, es decir “los efectos de dicha índole que están llamados a producirse, bien sea en razón de la voluntad de los agentes, o bien por ministerio de la ley”⁴⁴⁹. La CNJ ha sostenido esta tesis en el caso SIGÜENZA TAPIA Y OTROS C. GUAMBAÑA ORDÓÑEZ Y OTROS, así como en el caso SUÁREZ SUÁREZ C. COLOMA LARA Y OTROS en donde ha determinado que

[a]hora bien, existe una diferencia conceptual entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación. El objeto del contrato es la relación jurídica tutelada por el ordenamiento legal que los contratantes se proponen establecer mediante un negocio jurídico concreto y determinado. En el contrato de compraventa, el objeto es dar nacimiento a determinadas obligaciones a cargo de los dos contratantes, o sea el deber jurídicamente exigible de dar una cosa, de parte del vendedor, y el deber jurídicamente exigible de pagar un precio en

⁴⁴⁵ Partidarios de esta tesis son COLÍN y CAPITANT. Azúa Reyes, Sergio T. *Teoría General de las Obligaciones*. México: Editorial Porrúa, 1997, p. 69.

Cfr. Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo V. Traducido por: José M. Cajica Jr. México D.F.: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1984, p. 32.

⁴⁴⁶ Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo V. Traducido por: José M. Cajica Jr. México D.F.: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1984, p. 32.

Cfr. Azúa Reyes, Sergio T. *Teoría General de las Obligaciones*. *Óp. Cit.*, p. 69.

⁴⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁴⁸ AZÚA utiliza como ejemplo la postura de CASTÁN TOBEÑAS. Azúa Reyes, Sergio T. *Teoría General de las Obligaciones*. *Óp. Cit.*, p. 69.

⁴⁴⁹ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. *Óp. Cit.*, pp. 237-238.

dinero, de parte del comprador. [...] El objeto del contrato es el nacimiento de deberes correspondientes a cargo de la compradora y de los vendedores⁴⁵⁰.

En los casos mencionados, la CNJ dictaminó, en primer lugar, que el contrato sí tiene un objeto, no efectos como lo afirma la primera tesis; y, en segundo lugar que el objeto de los negocios jurídicos son las obligaciones.

Asimismo, ha existido debate sobre si el objeto de las obligaciones son las prestaciones⁴⁵¹ o las cosas o hechos que el deudor debe dar, hacer o abstenerse de hacer⁴⁵². Al respecto, el DOCTOR PARRAGUEZ ha manifestado que

[h]asta hace algún tiempo no era poco frecuente encontrar afirmaciones en el sentido de que el objeto de la obligación está constituido por la cosa o cosas que el deudor debe dar, hacer o no hacer en virtud del vínculo que lo constriñe. Si se trataba, por ejemplo, de la obligación de pagar una suma de dinero, o de pintar un cuadro, la opinión aludida veía como objeto de tales obligaciones la suma de dinero o el cuadro [...].

Hoy día esa tesis carece casi por completo de sostenedores. El objeto de la obligación es *la prestación*; es decir, la conducta determinada que debe observar el deudor y que puede consistir en dar, hacer o hacer alguna cosa⁴⁵³. [Énfasis original]

Por lo tanto, el objeto del negocio jurídico es la obligación, cuyo objeto es la prestación. La cosa o hecho que se debe es, a su vez, el objeto de la prestación⁴⁵⁴.

Para determinar si existe objeto ilícito en el ejemplo propuesto, se debe analizar las distintas hipótesis contempladas en el CC. Así, por ejemplo, el artículo 1480 prescribe que hay objeto ilícito cuando se enajenan cosas que no están en el comercio, derechos o privilegios que no pueden ser transferidos a otra persona y cosas embargadas por decreto judicial⁴⁵⁵. Otra hipótesis es la del artículo 1482 que señala que hay ilicitud de objeto en todo

⁴⁵⁰ Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Rómulo Enrique Sigüenza Tapia y otros c. Luís Alfonso Guambaña Ordóñez y otros*. Recurso de casación interpuesto por los actores. Registro Oficial No. 190 de 15 de octubre de 2003.

Cfr. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Bertha Fabiola Suárez Suárez c. Manuel de Jesús Coloma Lara y otros*. Recurso de casación interpuesto por la actora. Registro Oficial 39 de 15 de junio de 2005.

⁴⁵¹ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*. *Óp. Cit.*, p. 91.

Cfr. Martínez Alarcón, Javier. *Teoría General de las Obligaciones*. México D.F.: Oxford UP, 2000, p. 60. Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. *Óp. Cit.*, p. 287.

⁴⁵² Azúa Reyes, Sergio T. *Teoría General de las Obligaciones*. *Óp. Cit.*, pp. 69-70.

Cfr. Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. *Óp. Cit.*, p. 32.

⁴⁵³ Parraguez Ruíz, Luis. *Manual de Derecho Civil ecuatoriano: Libro Cuarto: Teoría general de las Obligaciones*. *Óp. Cit.*, pp. 31-32.

⁴⁵⁴ *Id.*, p. 32.

⁴⁵⁵ *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

contrato prohibido por las leyes⁴⁵⁶. Finalmente, el artículo 1478 establece que “[h]ay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano”⁴⁵⁷.

Sobre la última hipótesis, la CNJ determinó que es contrario al Derecho público ecuatoriano “todo lo que va contra la legislación nacional vigente o contraria a las buenas costumbres y al orden público”⁴⁵⁸. De donde, si las estipulaciones de las partes violan el orden público, por trasgredir las garantías del debido proceso contempladas en la Constitución, adolecerían de objeto ilícito. Las garantías del debido proceso son de Derecho público y de orden público porque resguardan intereses generales y satisfacen necesidades sociales tales como la correcta aplicación del Derecho, la debida administración de justicia y preservan la armonía y la paz de la comunidad.

Así también lo ha contemplado la doctrina, al establecer que “[m]erece el calificativo de *ilícito* todo acto que se proponga una transgresión de las leyes de *orden público* o las *buenas costumbres*”⁴⁵⁹ [énfasis original], *contrario sensu* para ser lícitas, deben ser “conformes a la ley, la moral, las buenas costumbres y el orden público”⁴⁶⁰. Al respecto, BEJARANO SÁNCHEZ escribe que

para que el contrato sea válido es indispensable que tanto a lo que se obligó el deudor como el porqué de su proceder sean lícitos, es decir, no contrarios a lo dispuesto por las leyes de interés público (que no quebranten una prohibición o mandamiento legal). El contenido de las cláusulas contractuales y el propósito de las mismas deben respetar las normas legales, pues en su acatamiento se sustentan el orden jurídico y la paz social; es por

⁴⁵⁶ *Id.* Artículo 1482.- Hay asimismo objeto ilícito en las deudas contraídas en juego de azar, en la venta de libros cuya circulación está prohibida por autoridad competente, de láminas, pinturas, estatuas, telecomunicaciones, audiovisuales obscenos, y de impresos condenados como abusivos de la libertad de opinión y expresión; y generalmente, en todo contrato prohibido por las leyes.

⁴⁵⁷ *Id.* Artículo 1478.

⁴⁵⁸ Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Sergio Floresmilo Freire Silva c. Blanca Estela Narváez Orellana y Edgar Espinoza Luna*. Recurso de casación interpuesto por el actor. Gaceta Judicial. Año C. Serie XVII. No. 2 de 21 de octubre de 1999.

⁴⁵⁹ Márquez González, José Antonio. *Teoría General de las Nulidades*. Segunda edición actualizada. México D.F.: Editorial Porrúa, 1996, p. 259.

Cfr. Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. *Óp. Cit.*, p. 35.

Azúa Reyes, Sergio T. *Teoría General de las Obligaciones*. *Óp. Cit.*, p. 73.

⁴⁶⁰ Parraguez Ruíz, Luis. *Manual de Derecho Civil ecuatoriano: Libro Cuarto: Teoría general de las Obligaciones*. *Óp. Cit.*, p. 71.

Cfr. Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. *Óp. Cit.*, p. 296.

Martínez Alarcón, Javier. *Teoría General de las Obligaciones*. *Óp. Cit.*, p. 60.

ello que un contrato contradictorio de lo establecido en las leyes no habrá de tener validez, será nulo⁴⁶¹.

Por lo tanto, en el ejemplo propuesto al inicio de esta sección, el acuerdo entre las partes sería sancionado con nulidad absoluta⁴⁶² por adolecer de objeto ilícito ya que contraviene el Derecho público ecuatoriano. Pero, ¿el efecto de la nulidad alcanza a toda la cláusula arbitral o solamente a la estipulación que vulnera el orden público?, es decir, ¿cabría nulidad parcial?

La nulidad puede ser total o parcial⁴⁶³. Es total cuando afecta a los efectos jurídicos de todo el negocio y le quita su eficacia⁴⁶⁴; es parcial si solamente comprende determinados efectos y los restantes siguen estando vigentes⁴⁶⁵. Si sólo una de las partes del contrato, o una de sus cláusulas, excede los límites de la autonomía privada, podrá la nulidad recaer solamente sobre ésta y se podrá conservar el resto de las cláusulas, en aplicación del principio de conservación de la voluntad negocial⁴⁶⁶. Cabe advertir que la nulidad parcial puede ser admitida siempre y cuando los efectos del negocio puedan separarse⁴⁶⁷ y cuando no se trate de una cláusula esencial del contrato⁴⁶⁸.

⁴⁶¹ Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles. Óp. Cit.*, p. 92.

⁴⁶² *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 1698.

⁴⁶³ Parraguez, Luis. “Negocio Jurídico: I Parte”. *Óp. Cit.*, p. 283.

Cfr. Torres Vásquez, Aníbal. *Teoría General del Contrato*. Tomo II. Lima: Pacífico editores, 2012, p. 1087.

⁴⁶⁴ *Ibíd.*

⁴⁶⁵ *Ibíd.*

⁴⁶⁶ Lacruz Berdejo José Luis *et al. Elementos de Derecho Civil*. Volumen Segundo: Teoría General del Contrato. Segunda edición. Barcelona: Bosch, 1987, p. 373.

Cfr. Torres Vásquez, Aníbal. *Teoría General del Contrato. Óp. Cit.*, p. 1087.

Parraguez, Luis. “Negocio Jurídico: I Parte”. *Óp. Cit.*, p. 284.

⁴⁶⁷ Torres Vásquez, Aníbal. *Teoría General del Contrato. Óp. Cit.*, p. 1087.

Según PARRAGUEZ, “[a]sí ocurre en nuestro medio tratándose de las asignaciones testamentarias sujetas a una condición que consiste en un hecho presente o pasado. En este caso, dispone el artículo 1099 [CC], solamente es ineficaz la condición (*se mira como no escrita*) y en [sic] el resto de la asignación es válida”. [Énfasis original] Parraguez, Luis. “Negocio Jurídico: I Parte”. *Óp. Cit.*, p. 284.

Otro ejemplo podría ser el de la cláusula penal cuya nulidad no acarrea la nulidad del negocio. *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 1552.

⁴⁶⁸ Torres Vásquez, Aníbal. *Teoría General del Contrato. Óp. Cit.*, p. 1088.

Vid. “Al respecto, esta Sala observa que tanto la doctrina foránea, como la jurisprudencia ecuatoriana, contemplan la posibilidad de la nulidad de una cláusula del contrato, siempre y cuando ésta no sea de la esencia del mismo, ya que en tal caso acarrearía la nulidad íntegra del contrato”. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Teresa Pinos Mogrovejo c. Ana Lucía Pinos Urgilés y Daniel Patricio Astudillo Astudillo*. Recurso de casación interpuesto por la actora. Registro Oficial Suplemento No. 542 de 06 de marzo de 2009.

Sobre este tema, en el caso PINOS MOGROVEJO C. PINOS URGILÉS Y ASTUDILLO ASTUDILLO, la CNJ aceptó la nulidad parcial y la declaró únicamente sobre la cláusula cuarta del contrato de compraventa. Para llegar a esta conclusión, la CNJ manifestó que

la jurisprudencia ecuatoriana, aceptando el 1 criterio de que ésta sí se puede dar, se ha expresado de la siguiente manera: "...y si bien dicha cláusula es nula, ...por contener un pacto usurario, ... esa nulidad no acarrea la del contrato principal."⁴⁶⁹ (Gaceta Judicial, Año XXXII, Serie V, No. 100, pág. 2452); "Es nula la cláusula que crea la obligación del mutuario ...; pero esta nulidad parcial no afecta con nulidad al contrato de mutuo."⁴⁷⁰ [...] (Gaceta Judicial, Año XXXI, Serie V, No. 86, pág. 2032)⁴⁷¹.

Además, adoptó el criterio de ARTURO ALESSANDRI y de la jurisprudencia chilena⁴⁷² que aceptan que la nulidad parcial cabe en los contratos "especialmente en aquellos que consten de diversas cláusulas, una de las cuales puede adolecer de nulidad, sin que ello afecte a las demás [...] conservando el resto del contrato todo su valor jurídico"⁴⁷³. Finalmente y dado que la actora reconocía y no impugnaba el contrato en su totalidad sino solamente la falsedad de la cláusula cuarta, pues de haber sido verdadera no hubiera celebrado la compraventa⁴⁷⁴,

⁴⁶⁹ "La estipulación constante en el documento con el cual se dedujo la presente acción ejecutiva, de que, para el caso de mora los depositarios pagarán, en concepto de multa, la suma, de diez sucres mensuales, implica una pena, establecida por el retardo en el cumplimiento de la obligación principal; y si bien dicha cláusula es nula, en lo que excede del rédito legal, por contener un pacto usurario, ya que, en forma de pena, se ha estipulado simuladamente, un interés superior al permitido por la Ley, esa nulidad no acarrea la del contrato principal, por lo prescrito expresamente en el Art. 1526 del Código Civil". Corte Suprema de Justicia. *Amalia M. de Ayerve c. César Ruata*. Tercera instancia. Gaceta Judicial. Año XXXII. Serie V. Nro. 100 de 13 de Marzo de 1934.

Este caso trata sobre la nulidad de una cláusula penal. Ver nota 467.

⁴⁷⁰ "Es nula la cláusula de que crea la obligación del mutuario de pagar el impuesto a la renta del mutuante, con motivo del mutuo; pero esta nulidad parcial no afecta con nulidad al contrato de mutuo [...] es evidente que el convenio en virtud del cual Ripalda Pozo se obligó a pagar los impuestos establecidos y que se establecieron, inclusive el de la renta no vicia de nulidad a todo el contrato, el que se halla en pleno vigor en lo que el mutuo e intereses se refiere". Corte Suprema de Justicia de Quito. *César Segundo Rivadeneira c. Álvaro Ripalda Pozo*. Tercera instancia. Gaceta Judicial. Año XXXI. Serie V. Nro. 86 de 27 de julio de 1933.

⁴⁷¹ Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Teresa Pinos Mogrovejo c. Ana Lucía Pinos Urgilés y Daniel Patricio Astudillo Astudillo*. Recurso de casación interpuesto por la actora. Registro Oficial Suplemento No. 542 de 06 de marzo de 2009.

⁴⁷² "[...] Los Tribunales de Justicia, en numerosas sentencias, han reconocido la posibilidad de que un contrato sea nulo sólo parcialmente, subsistiendo el resto con pleno valor; ... lo que significa que el Tribunal se ha puesto en el caso, y ha reconocido expresamente la posibilidad, que sólo una determinada cláusula de un contrato sea nula, y no todo el contrato' (Arturo Alessandri Besa, 'La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno', Tomo I, 2a. Edición, EDIAR EDITORES LTDA, Santiago, Chile, pág. 82)". *Ibid.*

⁴⁷³ Citado de: Arturo Alessandri Besa, 'La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno', Tomo I, 2a. Edición, EDIAR EDITORES LTDA, Santiago, Chile, pág. 82. *Ibid.*

⁴⁷⁴ "Es decir, la demandante no tiene reparo en cuanto a la compraventa de inmueble celebrada con los vendedores Alicia Loza Loza, Jorge, César y Miriam Vázquez Loza, sino, y únicamente, en cuanto a que ella, por medio de tal compraventa, haya adquirido sólo el usufructo, uso y habitación del inmueble vendido, respecto de lo cual alega falsedad imputable a su sobrina, la demandada Ana Lucía Pinos Urgilés que origina un error que habría viciado su consentimiento". *Ibid.*

dictaminó la nulidad parcial del contrato, reconociendo los efectos jurídicos del negocio, excepto aquellos de la cláusula mencionada.

Otro fue el criterio de la CNJ en el caso TAMAYO C. TAMAYO JARAMILLO, en donde no admite la nulidad de la cláusula tercera de la escritura pública pues considera que este instrumento no es indivisible⁴⁷⁵. Afirma que la “[l]a nulidad de una cláusula contractual conlleva la nulidad de todo el contrato”⁴⁷⁶ y añade “[e]l contrato es indivisible en cuanto a su existencia o valor; no hay media existencia ni medio valor”⁴⁷⁷. Adicionalmente, cita el criterio de la jurisprudencia chilena que ha establecido que

‘[...] [n]o existe inconveniente legal alguno para que, a petición de parte o de oficio, en los casos previstos por la ley, se declaren nulas algunas cláusulas contenidas en un determinado contrato y se estimen válidas las demás, cuando unas y otras pueden subsistir independientemente.’ (Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Libro Cuarto, p. 135)⁴⁷⁸.

Posteriormente, sostiene que no es nula la cláusula porque la mandataria se reservó el derecho de uso, usufructo y habitación a favor de la mandante, cuestión permitida por el CC⁴⁷⁹. De donde, es posible concluir que la CNJ se contradice en su argumentación, pues por un lado sostiene que el contrato no es divisible y por lo mismo la nulidad de una cláusula afecta a todo el contrato; y por otro, al citar la jurisprudencia chilena, deja a salvo la posibilidad de admitir la nulidad parcial cuando las cláusulas del contrato puedan subsistir independientemente. Si bien la CNJ no declaró la nulidad parcial, no se puede afirmar que

⁴⁷⁵ "En el caso que nos ocupa se demanda la nulidad únicamente de la cláusula tercera de la escritura pública que consta de fs. 1 a la 14, es decir, que se pide de (sic) la nulidad de una parte de esa escritura, lo que podría decirse que se pide nulidad parcial, que como bien se señala la escritura pública es indivisible". Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. *Lourdes Mariana del Carmen Tamayo c. Sandra Catalina Tamayo Jaramillo*. Recurso de hecho deducido por la actora. Registro Oficial No. 25 de 25 de mayo de 2005.

⁴⁷⁶ *Ibíd.*

⁴⁷⁷ *Ibíd.*

⁴⁷⁸ *Ibíd.*

⁴⁷⁹ “El autor de la impugnación considera infringido el Art. 798 del Código Civil, que trata de las formas de constituir el usufructo, pero si hemos de darle valor al que se reserva en la respectiva escritura, no se puede hablar de que se lo haya infringido, porque en el ordinal tercero se dice: "Por donación, venta u otro acto entre vivos, y el usufructo de que se trata fue constituido en el contrato de venta. [...] Desde luego, una cosa es constituir usufructo y otra, distinta, es reservarse. Y esto último sólo puede hacerlo el propietario del inmueble materia de la compraventa. [...] El siguiente artículo dice: "El usufructo que haya de recaer sobre inmuebles, por acto entre vivos, no valdrá si no se otorgare por instrumento público escrito.", en el caso, precisamente es por instrumento público escrito como se lo ha reservado. Precisa aclarar que se reserva el que lo tiene y no piensa transmitirlo. El Art. 2062 prescribe: "El mandatario se ceñirá rigurosamente a los términos del mandato, fuera de los casos en que las leyes le autoricen para obrar de otro modo". Respecto de esta norma, la Sala es de la opinión de que cuando el mandatario se reservó el usufructo, lo hizo a favor de su mandante; por eso no habla de CONSTITUCION sino de RESERVA. Entender de otra forma sería inaceptable”. *Ibíd.*

niega la posibilidad de su existencia, pues se desecha la demanda al no encontrar ningún vicio que invalidaba a la cláusula.

Por lo tanto, se considera que es posible demandar la nulidad parcial de una parte o cláusula si es que los efectos jurídicos del negocio se pueden separar, las cláusulas subsisten independientemente, no es una cláusula esencial, su nulidad no afecta al resto del contrato y si es que, aun escindiendo esa parte del negocio, se conserva la voluntad de las partes de haberlo convenido.

Dado que el CC no contempla disposición alguna sobre el tema estudiado⁴⁸⁰, según el DOCTOR PARRAGUEZ, se debe “evaluar la relevancia de la parte afectada por la nulidad, y concluir que los efectos son separables cuando a pesar de la invalidación de uno de ellos el negocio igualmente se habría celebrado”⁴⁸¹. Para ello, se debe indagar la intención real de las partes⁴⁸² y procurar la validez del negocio jurídico⁴⁸³. En palabras de LACRUZ BERDEJO

si la finalidad de la norma de la que deriva la invalidez queda salvada amputando al contrato alguna parte o cláusula, o recortando sus efectos respecto de los indicados como queridos por las partes, no hay inconveniente, por este lado, en la conservación del resto del contrato. Pero, para que puedan mantenerse los efectos del contrato, así rectificado y reducido, como expresión de la autonomía privada, es necesario que puedan imputarse todavía a la voluntad de las partes. Ya que no a la voluntad real como se manifestó en su momento, al menos a una voluntad presunta o hipotética, de modo que pueda decirse ahora que las partes habrían querido también el contrato aun sin las partes o cláusulas ineficaces⁴⁸⁴.

En definitiva, si las partes igual hubieran celebrado el contrato sin la parte afectada, se debería declarar la nulidad parcial, y no la total, pues el contrato sigue proporcionando los efectos jurídicos que se pretendían con su celebración⁴⁸⁵. Este tipo de nulidad procura salvar el negocio celebrado por las partes y que su voluntad no quede del todo frustrada⁴⁸⁶.

Entonces en el ejemplo propuesto, cabría declarar la nulidad parcial solamente respecto de la estipulación de las partes sobre las reglas procedimentales, al estar viciada por ilicitud de objeto. Bajo esta hipótesis, el convenio arbitral seguiría surtiendo efectos, la voluntad de

⁴⁸⁰ Parraguez, Luis. “Negocio Jurídico: I Parte”. *Óp. Cit.*, p. 284.

⁴⁸¹ *Ibíd.*

⁴⁸² Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 1576.

⁴⁸³ Parraguez, Luis. “Negocio Jurídico: I Parte”. *Óp. Cit.*, p. 284.

⁴⁸⁴ Lacruz Berdejo José Luis *et al. Elementos de Derecho Civil. Óp. Cit.*, p. 374.

⁴⁸⁵ Torres Vásquez, Aníbal. *Teoría General del Contrato. Óp. Cit.*, p. 1087.

⁴⁸⁶ Lacruz Berdejo José Luis *et al. Elementos de Derecho Civil. Óp. Cit.*, p. 374.

las partes de acudir a arbitraje no se vería menoscabada y, en todo caso, la LAM supliría la falta de acuerdo sobre la regulación del procedimiento arbitral⁴⁸⁷.

Si “[e]l deber de arbitrar y la competencia de un tribunal arbitral es el resultado de un acuerdo arbitral *válido*”⁴⁸⁸ [énfasis original] y si el convenio, en el ejemplo propuesto, sigue produciendo sus efectos jurídicos, a pesar de la cláusula o estipulación contraria al orden público, son los árbitros quienes deben declarar la nulidad parcial. Esto bajo el argumento de que los jueces deben abstenerse de conocer una causa si es que existe un convenio arbitral⁴⁸⁹, bajo el principio de *compétence-compétence*⁴⁹⁰ y el principio *favor arbitralis*⁴⁹¹.

En conclusión, si las partes pactan que solamente una podrá presentar prueba testimonial y la otra renuncia anticipadamente a hacerlo, los árbitros deberán declarar la nulidad absoluta de este acuerdo, más no de la cláusula arbitral, pues ésta sigue siendo válida.

Se afirma que la nulidad declarada debe ser la absoluta por ser “el acto [...] contrario a normas de orden público o imperativas, o a la moral y a las buenas costumbres, o bien afecta al interés general”⁴⁹². Esta sanción se estatuye para privar de los efectos jurídicos al acto ilícito, por lo tanto, la nulidad opera retroactivamente⁴⁹³. Es decir, esta estipulación de las partes se tendrá por no escrita y la LAM deberá suplir este vacío.

⁴⁸⁷ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 38.

⁴⁸⁸ González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Segunda edición. *Óp. Cit.*, p. 133.

Cfr. Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional*. *Óp. Cit.*, p. 202.

Salcedo Verduga, Ernesto. *Arbitraje*. *Óp. Cit.*, p. 150.

⁴⁸⁹ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 7.

⁴⁹⁰ “El principio que la autoridad competente para decidir sobre la competencia de un tribunal arbitral es el tribunal mismo es uno de los principios (125) fundamentales de derecho arbitral”. González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Segunda edición. *Óp. Cit.*, pp. 125-126.

⁴⁹¹ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 7 segundo inciso.- [...] En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje [...].

Vid. Salcedo Verduga, Ernesto. *Arbitraje*. *Óp. Cit.*, p. 139.

⁴⁹² Compagnucci de Caso, Rubén H. *El negocio jurídico*. *Óp. Cit.*, p. 534.

Vid. Márquez González, José Antonio. *Teoría General de las Nulidades*. *Óp. Cit.*, p. 255.

⁴⁹³ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. *Óp. Cit.*, p. 358.

En el Ecuador, la nulidad debe ser declarada en sentencia⁴⁹⁴, ya que no existe la nulidad de pleno derecho, por el principio de eficacia de los negocios jurídicos⁴⁹⁵, para evitar la justicia por mano propia y porque habrá casos en los que sea necesaria una etapa probatoria⁴⁹⁶ antes de que el juez resuelva y declare al negocio como nulo. Por lo tanto, dado que el laudo tiene efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada⁴⁹⁷, los árbitros deberán declarar en éste la nulidad del convenio arbitral, sea total o parcial.

Asimismo, se caracteriza porque no puede ser subsanada⁴⁹⁸; porque la persona afectada por el acto puede pedir la declaratoria de nulidad⁴⁹⁹; porque las partes que conocían del vicio no tienen legitimación para iniciar una acción⁵⁰⁰; y, porque puede ser declarada de oficio por el juez⁵⁰¹.

Otra característica, según algunos doctrinarios, es que la nulidad absoluta del negocio no prescribe⁵⁰², puesto que “el tiempo no puede convalidar el acto, sigue siendo nulo y la razón es evidente. Lo ilícito jamás puede convertirse en lícito por el transcurso del tiempo”⁵⁰³. No obstante de lo cual, el CC establece un plazo de quince años dentro del cual el negocio jurídico no podrá ser subsanado⁵⁰⁴, pero transcurrido éste, ya no existirá el vicio que lo invalidaba, en palabras de GUILLERMO y EDUARDO OSPINA,

⁴⁹⁴ *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 1699.

⁴⁹⁵ Sobre este tema, el Doctor PARRAGUEZ escribe que “[e]ste principio de eficacia del negocio tiene particular fortaleza en nuestro derecho civil que no distingue entre actos nulos y actos anulables, como ocurre en otras legislaciones. Para nosotros todos los actos viciados son *anulables*, de manera que aun en las hipótesis más graves de nulidad, el negocio se tiene por válido mientras el juez no lo declare nulo” y añade que este principio se desprende de los artículos 1699, 1700 y 1704 del CC. Parraguez, Luis. “Negocio Jurídico: I Parte”. *Óp. Cit.*, p. 58.

⁴⁹⁶ Márquez González, José Antonio. *Teoría General de las Nulidades*. *Óp. Cit.*, pp. 255-256.

⁴⁹⁷ *Ley de Arbitraje y Mediación*. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006. Artículo 32 tercer inciso.- Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada [...].

⁴⁹⁸ Compagnucci de Caso, Rubén H. *El negocio jurídico*. *Óp. Cit.*, p. 535.

Vid. Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 1699.

⁴⁹⁹ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. *Óp. Cit.*, p. 358.

Vid. Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 1699.

⁵⁰⁰ Compagnucci de Caso, Rubén H. *El negocio jurídico*. *Óp. Cit.*, p. 535.

Vid. Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 1699.

⁵⁰¹ *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 1699.

⁵⁰² Compagnucci de Caso, Rubén H. *El negocio jurídico*. *Óp. Cit.*, p. 535.

⁵⁰³ Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. *Óp. Cit.*, p. 358.

⁵⁰⁴ *Código Civil*. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005. Artículo 1699.

[e]ntonces, cumplido el término de la prescripción extraordinaria, veinte años [en nuestro país son quince], el juez queda despojado de su poder legal para negarle eficacia al acto ilícito, bien sea de oficio o bien a instancia de parte legítima. Ese acto violatorio del orden público queda totalmente purgado de su pecado original y quienes fueron sus agentes reciben un indulto plenario que también cohonesta sus pretensiones para obtener el lucro de su conducta antisocial; y ni el juez puede tampoco declarar de oficio la *nulidad* por la misma razón: porque el contrato ya quedó saneado por la prescripción de la sanción legal⁵⁰⁵. [Énfasis original]

En consecuencia, si la cláusula es declarada nula por objeto ilícito, no surtirá efectos jurídicos, por lo que el procedimiento se regulará según lo establecido en la LAM.

En conclusión, el principio de la autonomía de la voluntad inspira al arbitraje, y al tener un origen contractual, las partes haciendo uso de la libertad de configuración interna pueden regular las cláusulas contractuales, y teniendo en cuenta que el artículo 38 de la LAM lo permite, las partes pueden regular el procedimiento arbitral. Sin embargo, este principio no es absoluto. En general, como se ha visto, las partes pueden realizar todo aquello que no está prohibido por la ley ni sea contrario al orden público o a las buenas costumbres, pues en caso de que lo sean, carecerán de valor jurídico y adolecerán de nulidad absoluta. Finalmente, esta nulidad puede ser total o parcial dependiendo de la relevancia de la parte afectada, la separabilidad de los efectos jurídicos, la naturaleza de la cláusula y la preservación de la voluntad de las partes.

3.6 Conclusiones del Capítulo III

En este último capítulo de la tesina se demostró que el principio de la autonomía de la voluntad, que inspira al arbitraje, no es absoluto pues al ser una facultad delegada por el Estado, éste para mantener el orden y la convivencia social puede establecer límites a los particulares al momento de autorregular sus intereses. Estos límites se encuentran plasmados en el ordenamiento jurídico de cada Estado, en el Ecuador son la ley, el orden público y las buenas costumbres.

En primer lugar, se estableció que la ley es un límite a la autonomía privada tanto en el ámbito individual como colectivo pues evita que los particulares renuncien a derechos que el ordenamiento los considera irrenunciables; protege los intereses privados para que estos

⁵⁰⁵ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Óp. Cit.*, p. 449.

puedan surtir efectos jurídicos; armoniza estos intereses con los de terceros y los de la comunidad; y, garantiza la libertad de todas las personas que conviven en una sociedad.

En segundo lugar, se analizó al orden público como límite a la autonomía de la voluntad. En materia arbitral, específicamente en cuanto a la determinación de las reglas procedimentales, el orden público está constituido por el derecho a la defensa, igualdad y contradicción, derechos que son garantías del debido, de obligado cumplimiento y responden a intereses de carácter general como la justicia y la convivencia social.

Sobre el derecho a la defensa se concluyó que es un principio general de la administración de justicia y el eje central del debido proceso; garantiza a las partes los medios adecuados y las condiciones mínimas para que puedan defenderse en el proceso; y se compone de otros derechos como el de motivación, presentar pruebas, exponer argumentos, etc.

Asimismo, se estableció que el derecho a la igualdad procesal procura que las partes estén en la misma situación para atacar y defenderse; que el equilibrio procesal entre los derechos y facultades de cada una se conserve; y, en ocasiones significa dar un trato desigual para lograr la igualdad de las partes como se analizó con los ejemplos de la citación al demandado que no vive en el mismo lugar de la sede del arbitraje o respecto del plazo que tienen las entidades públicas para contestar a la demanda.

De igual manera se definió al derecho a la contradicción como aquél derecho que tienen las partes de defenderse, en un escenario de igualdad, en donde puedan alegar y contradecir los actos procesales. Este derecho busca que todo el procedimiento se lleve a cabo mediante la contraposición de posiciones.

Finalmente, se determinó que estos tres derechos están ligados ya que para que uno de ellos sea garantizado se deben cumplir los otros. Así, por ejemplo, se podrá garantizar la defensa de las partes si tienen igualdad de armas durante todo el procedimiento y pueden contradecir cualquier acto procesal.

En tercer lugar, se estudió a las buenas costumbres como límite a la autonomía privada y, al igual que el orden público, es un concepto jurídico indeterminado, cuyo significado varía según el tiempo y la sociedad. Son reglas morales, básicas para la convivencia, que no pueden ser derogadas convencionalmente y que el Estado las protege para asegurar la paz y la tranquilidad social.

Posteriormente, se comprobó que estos limitantes fueron respetados en el arbitraje CHAPARRO C. ECUADOR por las partes y los árbitros al convenir las reglas procedimentales y, en general, a lo largo de todo el procedimiento arbitral. Ninguna regla fue contraria a la ley ya que las partes no renunciaron a derechos irrenunciables, se protegieron sus intereses y no se trasgredieron derechos de terceros ni de la comunidad; tampoco se violó el orden público porque ambas partes ejercieron sus derechos a la defensa, igualdad y contradicción al haber sido escuchadas, presentar sus pruebas y objetar las de su contraparte; ni se vulneraron las buenas costumbres puesto que las reglas morales de nuestra sociedad fueron respetadas.

Si alguna de las cláusulas contractuales adolece de objeto ilícito por exceder los límites a la autonomía privada y, en consecuencia, contrariar el Derecho público ecuatoriano, podrá ser sancionada con nulidad absoluta. En esta tesina, se considera que cabría la nulidad parcial si es que los efectos del negocio pueden ser separados, si no se trata de una cláusula esencial, si la cláusula nula no afecta a todo el negocio y si es que aun sin esta cláusula, se mantiene la voluntad de los contratantes de que el negocio surta efectos jurídicos por el principio de conservación de los negocios. En el caso de que se trate de una parte o cláusula del convenio arbitral, y siempre que se cumplan las condiciones descritas, los árbitros deberán ser quienes declaren la nulidad absoluta de la cláusula viciada ya que los jueces deben inhibirse de conocer cualquier asunto si existe un acuerdo arbitral y bajo los principios de *compétence-compétence* y *favor arbitralis*.

En definitiva, se concluyó que si bien la autonomía de la voluntad inspira al arbitraje y permite a las partes regular la flexibilidad de su procedimiento, éstas no pueden trasgredir los límites que el ordenamiento jurídico prescribe para este principio (ley, orden público y buenas costumbres). Si los respetan sus actos jurídicos podrán surtir efectos, en caso contrario serán sancionados con la nulidad y en consecuencia no poseerán validez jurídica.

Conclusiones generales de la tesina

Esta tesina demostró que la flexibilidad del procedimiento arbitral tiene como límites a la ley, orden público y buenas costumbres, límites que corresponden al principio de la autonomía de la voluntad. Esto tiene su razón de ser en que la máxima expresión de este principio es la libertad negocial por medio de la cual los particulares tienen libertad de contratación y libertad de configuración interna de los negocios que celebran. Dado que el arbitraje tiene como base un convenio celebrado entre las partes, los límites al que se enfrenta son aquellos respecto al principio que lo inspira y permite su concertación y especificación del contenido.

Las consecuencias de que el arbitraje tenga como fundamento a la autonomía privada es que las partes y el tribunal tienen la mayor flexibilidad para diseñar el procedimiento que más se adecue a las necesidades del caso concreto. Así, pueden determinar las reglas que regirán al arbitraje, sin importar si son creadas por las partes o preexistentes. De donde, se concluyó que las normas adjetivas en el arbitraje no son de orden público sino que son dispositivas, tal como lo reconoce el artículo 38 de la LAM.

No obstante de lo cual, si las partes dictan para sí mismos las reglas procesales deberán tener en cuenta los límites impuestos por la ley, el orden público y las buenas costumbres ya que, al tratarse de un interés general como lo es la administración de justicia, al Estado le interesa que se cumplan y respeten unas condiciones mínimas para así poder evitar la justicia por mano propia, la seguridad jurídica y la convivencia pacífica en sociedad.

Para poder concluir lo anterior, en el primer capítulo se tuvo que demostrar que en los juicios ordinarios las normas procesales son de Derecho y orden público para que, en el segundo capítulo, se las pueda comparar con aquellas que rigen el procedimiento arbitral y establecer que no son de orden público ni de obligado cumplimiento. Así, se demostró que esto permite la flexibilidad del procedimiento arbitral y, en consecuencia, procesos eficientes y laudos eficaces. Finalmente, en el tercer capítulo se analizaron los límites a los que se encuentra sometida la flexibilidad del procedimiento y la sanción legal en caso de

incumplirlas. A continuación se presentarán con más detalle las conclusiones de cada capítulo.

A lo largo del Capítulo I se estableció que las normas adjetivas que regulan a los juicios ordinarios son de Derecho público tanto en su aspecto subjetivo como objetivo. El primero porque el administrar justicia involucra a una de las funciones estatales, como lo es la Función Judicial, y en consecuencia nace una relación jurídica entre el Estado-juez y los litigantes. Esto no significa por ningún motivo que el Estado se convierte en una parte procesal por administrar justicia.

Dentro del aspecto subjetivo, se evidencia su carácter público porque sus servidores se rigen por el principio de legalidad, por lo que sus actuaciones están limitadas por el ordenamiento jurídico vigente. Es decir, solamente pueden hacer aquello que la ley les permita.

En cuanto a su aspecto objetivo, las normas adjetivas de los juicios ordinarios son de Derecho público porque la Función Judicial es una organización del poder del Estado y ejerce soberanía estatal. Adicionalmente, la materia que regula comprende intereses de carácter general, como la administración de justicia y la seguridad jurídica, y satisface necesidades sociales, como la correcta aplicación del Derecho, el acceso a una justicia sin dilaciones, la garantía y tutela de los derechos de los particulares y la armonía en la convivencia.

Posteriormente se demostró que, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia ecuatoriana, las normas procesales que regulan a los juicios ordinarios son de orden público. Se definió al orden público⁵⁰⁶ como un concepto jurídico indeterminado que precautela los intereses generales fundamentales para una sociedad determinada; son normas que protegen valores respecto de la justicia, orden social, poder, derechos, deberes, regimentación económica y otros principios fundamentales de la sociedad; son de obligatorio cumplimiento y un límite a la autonomía de la voluntad.

Por lo tanto, si las normas adjetivas de los juicios ordinarios tienen como objetivo garantizar la tutela de los derechos a través de decisiones definitivas de los órganos judiciales y la realización de la justicia, reglamentan la sustanciación de los procesos, evitan la justicia

⁵⁰⁶ Para efectos de esta tesina se utilizó el concepto de orden público interno.

por mano propia y procuran el cumplimiento de las garantías del debido proceso, no se puede entender sino que sean de orden público.

Consecuentemente, ni las partes ni los jueces pueden alterar las normas que rigen a los juicios y deben cumplir los trámites según lo prescribe la ley. Por ejemplo, respecto de las pruebas, en la justicia ordinaria los únicos medios probatorios admitidos y la forma cómo se presentan y practican las pruebas son aquellos contemplados en el CPC y no pueden ser alteradas por la voluntad privada.

A diferencia de estas normas, aquellas que regulan el procedimiento arbitral no responden a la misma lógica y, si bien protegen las mismas finalidades que las primeras, no son de orden público, ya que al provenir de la voluntad privada son de orden negocial y de carácter dispositivo para las partes.

En el Capítulo II se analizó a la autonomía de la voluntad como fuente del arbitraje, ya que este mecanismo surge como consecuencia del consenso *inter partes* para solucionar sus conflictos por medio de esta vía, a través de la cláusula arbitral. Asimismo, basados en la libertad negocial, las partes pueden celebrar un contrato con los árbitros, llamado *receptum arbitrii*, para determinar los derechos, facultades y obligaciones del tribunal durante el procedimiento arbitral.

El principio de la autonomía privada está compuesto por (a) la voluntad que crea los efectos del negocio jurídico y (b) el reconocimiento que el ordenamiento jurídico le brinda a esa voluntad ya que, si bien el Estado delega una facultad legislativa a los particulares para que satisfagan sus necesidades a través de la libertad de contratación y de configuración interna, deben ejercerla siempre como órganos del ordenamiento jurídico y no como creadores de uno distinto.

Además, el ordenamiento otorga a la voluntad fuerza normativa para que las partes contractuales queden obligadas a los negocios que celebran y los cumplan de buena fe. Por lo tanto, los contratantes deben autorregular sus intereses con base en el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta las prohibiciones, para que sus negocios sean válidos, tengan fuerza de ley y produzcan los efectos jurídicos que desean. Es por esta razón que las partes en un arbitraje al regular el procedimiento arbitral, si bien pueden dejar de aplicar las normas de la LAM, del CPC o de los Reglamentos de los centros, deben pactar cuestiones permitidas por ley y no contrarias al orden público ni buenas costumbres.

En el arbitraje estudiado durante esta tesina, CHAPARRO C. ECUADOR, se demostró que las partes y los árbitros pueden convenir en las reglas procedimentales del arbitraje por el principio de la autonomía privada y de esta manera se evidenció el carácter dispositivo de las normas adjetivas en este mecanismo y su diferencia con las de la justicia ordinaria, ya que no son de orden público ni de obligado cumplimiento.

CHAPARRO, el ESTADO y los árbitros decidieron que la práctica de la prueba se regularía con base en las REGLAS IBA y no en el CPC. Estas reglas y la permisibilidad de adecuarlas a las circunstancias del caso, permitieron un rol más activo y eficiente de los árbitros para poder obtener mayor y mejor información sobre los hechos sucedidos, especialmente pudieron comprender un tema tan complejo como lo fue la determinación del porcentaje de pérdidas que sufrió la empresa del actor. De esta manera, pudieron dictar un laudo más eficiente, no solamente por procurar que ese laudo sea ejecutable y no anulable sino porque pudieron compensar debidamente a la víctima.

Sin embargo, en el Capítulo III, se sostuvo que las partes no deben exceder los límites que el ordenamiento consagra para el principio analizado al momento de configurar libremente el contenido del negocio. Así al pactar las reglas procesales, los árbitros ni las partes, pueden contravenir la ley, el orden público (compuesto por las garantías del debido proceso: derecho a la defensa, igualdad y contradicción), ni las buenas costumbres.

En el arbitraje CHAPARRO C. ECUADOR estos límites fueron respetados por las partes y los árbitros al convenir las reglas procedimentales. Ninguna regla fue contraria a la ley ya que las partes no renunciaron a derechos irrenunciables, se protegieron sus intereses y no se trasgredieron derechos de terceros ni de la comunidad; tampoco se violó el orden público porque ambas partes ejercieron sus derechos a la defensa, igualdad y contradicción al haber sido escuchadas, presentar sus pruebas y objetar las de su contraparte; ni se vulneraron las buenas costumbres puesto que las reglas morales de nuestra sociedad fueron respetadas.

A pesar de no haber sucedido en el arbitraje analizado, se estableció que si las partes violan estos límites al convenir un negocio, entonces éste adolecerá de nulidad absoluta por contravenir el Derecho público ecuatoriano. Sin embargo, si es que el contrato es válido pero sólo una de sus cláusulas está afectada por la nulidad, se consideró que cabría la nulidad parcial, siempre y cuando los efectos del negocio pueden ser separados, si no se trata de una cláusula esencial, si la cláusula nula no afecta a todo el negocio y si es que aun sin esta

cláusula, se mantiene la voluntad de los contratantes de que el negocio surta efectos jurídicos por el principio de conservación de los negocios.

Esta nulidad parcial deberá ser declarada por los árbitros puesto que los jueces deben inhibirse de conocer cualquier asunto si existe un acuerdo arbitral y bajo los principios de *compétence-compétence* y *favor arbitralis*.

En definitiva, se concluyó que la naturaleza contractual del arbitraje permite la flexibilidad del procedimiento ya que la voluntad privada será la que “arme” al arbitraje según las circunstancias de cada caso y determine cómo, cuándo y dónde se llevara a cabo. En consecuencia, se determinó que las normas adjetivas del arbitraje no son de orden público como lo son las de la justicia ordinaria, pero están limitadas por este concepto. Es por esto que, así las partes puedan estipular las reglas procesales, no podrán violar las garantías del debido proceso ya que son de orden público. Tampoco serán válidos los acuerdos que trasgredan la ley o las buenas costumbres.

Tabla de Autoridades

Libros

- Abeliuk Manasevic, René. "El Arbitraje y las obligaciones de las partes y del árbitro". En: *Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. Coordinador académico profesor Eduardo Picand Albónico. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- Alessandri R., Arturo y Manuel Somarriva U. *Derecho civil: Parte preliminar y parte general*. Compilado/Editado por: Antonio Vodanovic H. Tomo segundo. Quinta edición. Santiago: Ediar Conosur Ltda, 1991.
- Álvarez Julia, Luis. "La prueba en particular". En: *Actos del juez y prueba civil. Estudios de derecho procesal civil*. Primera edición. Compilado por: Fernando Quiceno Álvarez. Bogotá: Editorial Jurídica bolivariana, 2001.
- Asencio Mellado, José María. "La prueba en el proceso civil". En: *Actos del juez y prueba civil. Estudios de derecho procesal civil*. Primera edición. Compilado por: Fernando Quiceno Álvarez. Bogotá: Editorial Jurídica bolivariana, 2001.
- Ashford, Peter. *The IBA Rules on Taking Evidence in International Arbitration: A Guide*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Ávila Santamaría, Ramiro et al. *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Editado por: Ramiro Ávila Santamaría. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Azúa Reyes, Sergio T. *Teoría General de las Obligaciones*. México: Editorial Porrúa, 1997.
- Badeni, Gregorio. *Manual de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 2011.
- Barragán Arango, Luis Alfredo e Irma Isabel Rivera Ramírez. "Arbitraje Comercial Internacional en Colombia: marco legal y jurisprudencial". En: *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: marco legal y jurisprudencia*. Dirigido por: Antonio Hierro y Cristian Conejero. Segunda edición. 2012.
- Bejarano Sánchez, Manuel. *Obligaciones Civiles*. México D.F.: Oxford UP, 1999.
- Bergsten, Eric E. "5.1 International Commercial Arbitration". En: United Nations Conference on Trade and Development. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2005.
- Betti, Emilio. *Teoría general del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

- Blackaby, Nigel, Constantine Partasides, Alan Redfern y Martin Hunter. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Quinta Edición. Oxford: Oxford UP, 2009
- Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Decimaséptima edición actualizada. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2008.
- Borja, Rodrigo. "Orden público". *Enciclopedia De La Política*. México, D.F.: Fondo De Cultura Económica, 2002.
- Caivano, Roque. "5.2 The Arbitration Agreement". En: United Nations Conference on Trade and Development. *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration*. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2005.
- Camacho, Azula. *Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo I: Teoría General del Proceso*. Cuarta edición. Santafé de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1993.
- Cariota Ferrara, Luigi. *El negocio jurídico*. Traducido por Manuel Albaladejo. Madrid: Aguilar, 1956
- Chocrón Giráldez, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: José María Bosch Editor, 2000.
- Compagnucci de Caso, Rubén H. *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1992.
- Cordón Moreno, Faustino. *Manual De Derecho Procesal Civil: Apuntes De Cátedra*. Volumen 1. Pamplona: Ulzama, 2004.
- Cornejo, Abel. *Asociación ilícita y delitos contra el orden público*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2001.
- Cremades, Bernardo M. Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral". En: Soto Coaguila, Carlos Alberto (Director). *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*. Tomo I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Grupo Editorial Ibañez, Instituto Peruano De Arbitraje, 2011.
- De Vergottini, Giuseppe. "Orden público". En: *Diccionario de política*. Bobbio, Norberto, Matteucci, Nicola y Pasquino, Gianfranco. México D.F.: Siglo Veintiuno Editores, 1991.
- Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal: Teoría General del Proceso*. Tomo I. Decimocuarta edición. Santafé de Bogotá: Editorial ABC, 1996.
- Díaz, Clemente A. *Instituciones de derecho procesal*. Tomo I. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1968, p. 218. Citado en: Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría general del Derecho Procesal*. Cuarta edición. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008.
- Ducci Claro, Carlos. *Derecho Civil: Parte General*. Cuarta edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995.

- Fernández Barreiro, Alejandrino y Julio García Camiñas. “Arbitraje y justicia ordinaria: Los arbitrajes compromisarios en Derecho Romano”. En: *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de Coruña*. Coruña: Universidade de Coruña, 2011.
- Ferri, Luigi. *Lecciones sobre el contrato: Curso de Derecho Civil*. Ediciones Andrés Bello, 2006.
- Flores Dapkevicius, Rubén. *Manual de Derecho Público. Tomo I. Derecho Constitucional*. Montevideo: Editorial B de F Ltda., 2007.
- Flórez Ruíz, José Rodrigo. *Pruebas judiciales*. Primera edición. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 2002.
- Fouchard, Philippe, Emmanuel Gaillard, Berthold Goldman y John Savage. *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- García Amigo, Manuel. *Lecciones de Derecho Civil II: Teoría General de las Obligaciones y Contratos*. Madrid: McGraw Hill, 1995.
- García de Enterría, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. Madrid: Civitas, 1983.
- Garibotto, Juan Carlos. *Teoría General Del Acto Jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991.
- Gherzi, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial: figuras contractuales modernas*. Tomo I. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.
- Gil Echeverry, Jorge Hernán. *Curso práctico de Arbitraje*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1993.
- Giuffra, Carolina. *Teoría y Práctica del Proceso Arbitral en el Código General del Proceso*. Montevideo: Fundación de cultura universitaria, 2007.
- González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Segunda edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 2008.
- González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. Tercera Edición. México: Editorial Porrúa, 2008.
- Gozaíni, Osvaldo A. *Tratado de Derecho Procesal Civil: Garantías, principios y reglas del proceso civil. Actuaciones procesales*. Tomo II. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- Guasp, Jaime. “De la prueba en general”. En: *Actos del juez y prueba civil. Estudios de derecho procesal civil*. Primera edición. Compilado por: Fernando Quiceno Álvarez. Bogotá: Editorial Jurídica bolivariana, 2001.

- Guevara, Ramiro. “Arbitraje Comercial Internacional en Bolivia: marco legal y jurisprudencial”. En: *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: marco legal y jurisprudencia*. Dirigido por: Antonio Hierro y Cristian Conejero. Segunda edición. 2012.
- Guzmán Villalobos, Andrés Felipe. *El arbitraje de equidad en el derecho colombiano*. Pontificia Universidad Javeriana, facultad de ciencias jurídicas, departamento de derecho procesal, Bogotá D.C., 2003.
- Hinojosa Segovia, Rafael. “Arbitraje Comercial Internacional en España: marco legal y jurisprudencial”. En: *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: marco legal y jurisprudencia*. Dirigido por: Antonio Hierro y Cristian Conejero. Segunda edición. 2012.
- Jequer Lehuède, Eduardo. “El arbitraje forzoso en Chile (Un examen de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico chileno)”. En: *Estudios Constitucionales*, Año 9, No. 2, 2011, pp. 453-498. Centro de Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca.
- Lacruz Berdejo José Luis *et al.* *Elementos de Derecho Civil*. Volumen Segundo: Teoría General del Contrato. Segunda edición. Barcelona: Bosch, 1987.
- Macchia, Valeria. Arbitraje Comercial Internacional en Argentina: marco legal y jurisprudencia”. En: *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: marco legal y jurisprudencia*. Dirigido por: Antonio Hierro y Cristian Conejero. Segunda edición. 2012.
- Maluquer de Motes, Carlos. *Derecho de la persona y negocio jurídico*. Barcelona: BOSCH Casa editorial S.A., 1993.
- Marchán, Juan Manuel y Xavier Andrade Cadena. “El Arbitraje Comercial Internacional en Ecuador: marco legal y jurisprudencial”. En: *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica: marco legal y jurisprudencia*. Dirigido por: Antonio Hierro y Cristian Conejero. Segunda edición. 2012.
- Márquez González, José Antonio. *Teoría General de las Nulidades*. Segunda edición actualizada. México D.F.: Editorial Porrúa, 1996.
- Márquez González, José Antonio. *Teoría General de las Nulidades*. Segunda edición actualizada. México D.F.: Editorial Porrúa, 1996.
- Martínez Alarcón, Javier. *Teoría General de las Obligaciones*. México D.F.: Oxford UP, 2000.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional*. Segunda edición. Bogotá: Legis, 1998.
- Moron Palomino, Manuel. “La prueba procesal”. En: *Actos del juez y prueba civil. Estudios de derecho procesal civil*. Primera edición. Compilado por: Fernando Quiceno Álvarez. Bogotá: Editorial Jurídica bolivariana, 2001.

- Onyema, Emilia. *International Commercial Arbitration and the Arbitrator's Contract*. Londres: Routledge, 2010.
- Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Ed. Temis, 2000.
- Palacio, Lino Enrique. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Decimocuarta edición actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- Pareja Vélez, Ignacio. *Decisiones de inversión: Enfocado a la valoración de empresas*. Bogotá: Centro Editorial Javeriano, 2001.
- Parejo Alfonso, Luciano y Roberto Dromi. *Seguridad pública y Derecho Administrativo*. Buenos Aires/Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2001.
- Parra Benítez, Jorge. *Manual de Derecho Civil: personas, familia y derecho de menores*. Bogotá: Editorial Temis S.A., 1997.
- Parraguez Ruíz, Luis. *Manual de Derecho Civil ecuatoriano: Libro Cuarto: Teoría general de las Obligaciones*. Volumen I. Primera edición. Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000.
- Parraguez, Luis. "Negocio Jurídico: I Parte". En: *Compendio de clase Jur 311*. Primer semestre del período 2011-2012.
- Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Tomo V. Traducido por: José M. Cajica Jr. México D.F.: Cárdenas Editor y Distribuidor, 1984.
- Quintero, Beatriz y Eugenio Prieto. *Teoría general del Derecho Procesal*. Cuarta edición. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2008.
- Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo I. Novena edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 1999.
- Rojina Villegas, Rafael. *Derecho Civil Mexicano*. Tomo V. Volumen I. Séptima edición. México D.F.: Editorial Porrúa, 1998.
- Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. Segunda edición actualizada. Guayaquil: Distrilib, 2007.
- Silva Romero, Eduardo. "Breves observaciones sobre los métodos de definición del contrato de arbitraje". En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005.
- Suescún Melo, Jorge. *Derecho Privado: Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*. Tomo II. Segunda edición. Bogotá: Legis S.A., 2004.
- Torres Vásquez, Aníbal. *Teoría General del Contrato*. Tomo II. Lima: Pacífico editores, 2012.

- Tweeddale, Andrew y Keren Tweeddale. *Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Vasco V., Miguel A. *Diccionario de Derecho Internacional*. Primera edición. Quito: Nueva Editorial Casa de la Cultura Ecuatoriana “Benjamín Carrión”, 1986.
- Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Segunda edición actualizada. Bogotá: Ed. Temis, 2006.
- Vidal Ramírez, Fernando. *El Acto Jurídico*. Séptima edición revisada actualizada. Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2007.
- Vigo, Rodolfo L. *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

Artículos de Revista

- Alcover, Santi. “Metodología del descuento de flujos de caja (DCF). Aplicación a una empresa de distribución minorista”. En: *Valoración de empresas: Bases conceptuales y aplicaciones prácticas*. Revista de la Comisión de Valoración de Empresas de la ACCID. Barcelona: Profit Editorial, 2009.
- Bastidas Méndez, Carmen A. “EBITDA, ¿Es un indicador financiero contable de agregación de valor?”. En: *CAPIV Review*. Vol. No. 5, 2007.
- Chaires Zaragoza, Jorge. “La independencia del poder judicial”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Vol. XXXVII, No. 110, mayo-agosto. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- Coronel Jones, César. “Presente y Futuro del Arbitraje Comercial en el Ecuador: Hacia una nueva ley”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje 2010*. Dirigida por: Juan Manuel Marchán. Quito: Cevallos editora jurídica, 2011.
- García Larriva, Hugo. “Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. 2012.
- Gonzalo Quiroga, Marta. “Guía práctica de un procedimiento arbitral conforme al sistema español”. En: *Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia*. No. 10. Universidad San Francisco de Quito, 2007.
- Hernández Fraga, Katiuska y Danay Guerra Cosme. “El Principio de Autonomía de la Voluntad Contractual Civil. Sus límites y limitaciones”. En: *REJIE: Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*. N°. 6, 2012.
- Kingsbury, Benedict. “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law”. En: *The European Journal of International Law*. Vol. 20, No. 1, 2009.

Pérez Solft, Iván. “¿Orden Público Internacional Vs Orden Público Interno y Buenas Costumbres?” En: *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*. No. 4. Año II. Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, 2012.

Rodríguez, Mónica Sofía. “El principio de la autonomía de la voluntad y el Derecho Internacional Privado: asimetrías en su reconocimiento y necesidad de armonización legislativa en el Mercosur”. En: *Revista Científica UCES*. Vol. XV No. 1, 2011.

Szászy, István. “Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards”. En: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 14, No. 4 (Autumn, 1965). Publicado por: American Society of Comparative Law.

Wallis, Bernardo. “Las pruebas en el procedimiento arbitral”. En: *Legal Report*. CEDCA: Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. 2010.

Documentos Web

González de Cossío, Francisco. *Hacia una definición mexicana de “orden público”*. Obtenido de: [http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/Definicion%20de%20Orden%20Publico.pdf]. Fecha de investigación: 24 de marzo de 2014.

Plexo Normativo

Codificación del Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Cámara de Comercio de Quito.

Código Civil. Registro Oficial Suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Código de Ética para mediadores, árbitros, secretarios y peritos del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Cámara de Comercio de Quito. 2000.

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

Código del Trabajo. Registro Oficial Suplemento No. 167 de 16 de diciembre 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.

Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Registro Oficial No. 6 de 28 de abril de 2005.

Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto San José). Registro Oficial No. 801 de 6 de agosto de 1984.

Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

Ley del Futbolista Profesional. Registro Oficial Suplemento No. 462 de 15 de junio de 1994.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Nueva York: Naciones Unidas, 2008.

Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Cámara de Comercio de Guayaquil. 2007.

Reglamento General del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Cámara de Comercio de Guayaquil.

Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana. Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana. 2010.

Reglas IBA sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional. Adoptadas el 1 de junio de 1999 por Resolución del Consejo de la IBA. International Bar Association. Reimpresión 2006.

Jurisprudencia nacional

Alberto Feliciano Cadena Viteri c. Estéfano Farah R. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por el actor. Gaceta Judicial. Año LXXXII. Serie XIII. No. 13 de 13 de noviembre de 1981.

Álvarez Barba S. A. c. Compañía Renault S. A. Primera sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial No. 553 de 29 de marzo de 2005.

Amalia M. de Ayerve c. César Ruata. Corte Suprema de Justicia. Tercera instancia. Gaceta Judicial. Año XXXII. Serie V. Nro. 100 de 13 de Marzo de 1934.

Amparo Elvira María Cedeño Zambrano c. autos emitidos el 25 de abril de 2012 a las 12:09, y el 31 de mayo de 2012 a las 10:05, por la Sala de Conjuces de lo

- Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio signado con el No. 021-2012.* Corte Constitucional del Ecuador. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 406 de 30 de diciembre de 2014.
- Arq. Alberto Santoro Williams c. Banco Ecuatoriano de la Vivienda.* Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial No. 39 de 02 de octubre de 2009.
- Asociación de Productores de Fibra "Monterrey" c. Compañía Furukawa del Ecuador C.A.* Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial Suplemento No. 423 de 11 de septiembre de 2008.
- Bertha Fabiola Suárez Suárez c. Manuel de Jesús Coloma Lara y otros.* Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por la actora. Registro Oficial 39 de 15 de junio de 2005.
- Bertha Fabiola Suárez Suárez c. Manuel de Jesús Coloma Lara y otros.* Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por la actora. Registro Oficial 39 de 15 de junio de 2005.
- Cadena Ecuatoriana de Televisión TC c. auto del 28 de febrero de 2011, dictado por el juez vigésimo cuarto de garantías penales del Guayas, dentro de la querrela privada por injurias N.º 1960-2010.* Corte Constitucional del Ecuador. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 423 de 23 de enero de 2015.
- César Segundo Rivadeneira c. Álvaro Ripalda Pozo.* Corte Suprema de Justicia de Quito. Tercera instancia. Gaceta Judicial. Año XXXI. Serie V. Nro. 86 de 27 de julio de 1933.
- Compañía Constructora Gapsa S.A. c. Ing. José Luis Valle Andrade.* Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Gaceta Judicial. Año CI. Serie XVII. No. 3 de 25 de febrero de 2000.
- Compañía Inversiones Daher S.A. c. Ilepal Cia. Ltda.* Segunda sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por el demandado. Registro Oficial No. 36 de 29 de septiembre de 1998.
- Consulta de constitucionalidad del artículo 889 del Código de Procedimiento Civil realizada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo.* Corte Constitucional del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 159 de 26 de marzo de 2010.
- Consulta de constitucionalidad del segundo inciso del artículo 581 del Código del Trabajo propuesta por la Jueza Décimo Sexto de lo Civil de Pichincha.* Corte Constitucional del Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 372 de 27 de enero de 2011.

Consulta de constitucionalidad del tercer inciso del artículo 168 de la Ley Orgánica de Transporte Terrestre realizada por el Juez Temporal del Juzgado Segundo Provincial de Tránsito de Loja. Corte Constitucional del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 294 de 06 de octubre de 2010.

Cratel C. A. c. sentencia dictada por la Primera Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dentro de la acción de protección No. 320-2012-CV. Corte Constitucional del Ecuador. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 374 de 13 de noviembre de 2014.

Danny William Enrique Guerrero Criollo c. sentencia del 07 de octubre de 2011, dictada por los jueces de la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, dentro de la acción de protección N.º 1156-2011-3. Corte Constitucional del Ecuador. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 423 de 23 de enero de 2015.

Diego Fernando López Cisneros c. Finanlaw S. A. Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por el demandado. Registro Oficial Suplemento No. 78 de 01 de diciembre de 2009.

Faisal Misle Zaidán c. Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, jueces de la Primera Sala de lo Civil de la Corte provincial de Quito y jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia. Tercera Sala de la Corte Constitucional del Ecuador. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 159 de 26 de marzo de 2010.

Galo Núñez del Arco c. Edison Pon Chon Lon Véliz. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por el demandado. Registro Oficial No. 594 de 20 de mayo de 2009.

Gustavo Tagle Sánchez y otros c. Eudoviges Alvarado Soriano de León y otros. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por Gustavo Tagle Sánchez. Registro Oficial No. 595 de 21 de mayo de 2009.

Héctor Solís Alvarado c. Ana Vallejo García de Paredes. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial No. 574 de 13 de mayo de 2002.

Ing. Edgar Alberto Caicedo Cedeño c. Banco del Pichincha C. A. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por el Banco de Pichincha. Registro Oficial Suplemento No. 580 de 29 de abril de 2009.

José Luis Orellana Salcedo c. Bolívar Compañía de Seguros del Ecuador S.A. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial No. 262 de 29 de enero de 2004.

José Mármol de la Torre c. Roberto Noboa Orozco y Norma Soria Silva. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación deducido por el actor. Registro Oficial No. 257 de 18 de agosto de 1999.

José Wilson Quiñónez Becerra c. Banco Nacional de Fomento. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por el Banco Nacional de Fomento. Registro Oficial Suplemento No. 92 de 21 de diciembre de 2009.

Laura Concepción Jiménez Valdéz y otras c. María Beatriz Jiménez Jurado y otros. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por los demandados. Registro Oficial No. 335 de 9 de diciembre de 1999.

Lourdes Mariana del Carmen Tamayo c. Sandra Catalina Tamayo Jaramillo. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de hecho deducido por la actora. Registro Oficial No. 25 de 25 de mayo de 2005.

Lucas Antonio Molina Astudillo c. Compañía de Economía mixta Austrogas. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por el actor. Gaceta Judicial. Año CIV. Serie XVII. No. 13 de 28 de agosto de 2003.

Lucas Plaza Viveros c. Compañía Standard Fruit Company o Unión de Bananeros Ecuatorianos S. A. Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación deducido por el actor. Registro Oficial No. 237 de 27 de marzo de 2006.

Luis Crecencio Tejada Estrada c. María Concepción Pita Arreaga y otros. Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Recurso de casación propuesto por el actor. Registro Oficial No. 124 de 14 de julio de 2003.

Luis Enrique Figueroa Polo y Carmen Enriqueta Mendieta Riofrío c. Manuel Ignacio, Milton Gonzalo y Graciela Guillermina Bejarano Mendieta. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por los actores. Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 10 de 29 de agosto de 2002.

Luis Ernesto Martínez Cobo c. Faisal Misle Zaidán y otros. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación deducido por Faisal Misle Zaidán. Registro Oficial Suplemento No. 224 de 29 de junio de 2010.

Luis Segundo Valverde Cuero c. Ministerio del Ambiente. Tribunal Constitucional. Resolución No. 8. Caso No. 008-2003-AA: Demanda de inconstitucionalidad de acto administrativo Registro Oficial No. 206 de 7 de Noviembre de 2003.

Manuel Jesús Mayancela Dután c. María Rosario Lema Dután. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial Suplemento No. 580 de 29 de abril de 2009.

- María Emperatriz Ávila Delgado y otros c. Justina Emergilda Ávila y otros.* Primera sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por los actores. Registro Oficial Suplemento No. 373 de 3 de julio del 2008.
- Miguel Encalada Mora c. José Encalada Mora, Compañía. Garijasa, Ganadera Agrícola Río Jagua S. A., y otros.* Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por José Encalada Mora y Compañía Garijasa. Registro Oficial No. 553 de 29 de marzo de 2005.
- Municipalidad de Machala c. Segundo Alfredo Cedillo Mora y Eugenio Odilon Rivas Sánchez.* Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por Segundo Alfredo Cedillo Mora. Registro Oficial Suplemento No. 122 de 03 de febrero de 2010.
- Pablo Luis Olmedo Espejo c. Nancy Marlene Arteaga Vera.* Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por la demandada. Registro Oficial No. 352 de 9 de junio de 2004.
- Rómulo Enrique Sigüenza Tapia y otros c. Luís Alfonso Guambaña Ordóñez y otros.* Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por los actores. Registro Oficial No. 190 de 15 de octubre de 2003.
- Rómulo Enrique Sigüenza Tapia y otros c. Luís Alfonso Guambaña Ordóñez y otros.* Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por los actores. Registro Oficial No. 190 de 15 de octubre de 2003.
- Rosa María Ludeña Jimbo y Carlos Patricio Quezada Ludeña c. autos del 12 de junio de 2012 a las 15h34 y 09 de febrero de 2012 a las 10h30, dictados por el juez Séptimo de Garantías Penales de Pichincha.* Corte Constitucional del Ecuador. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 423 de 23 de enero de 2015.
- Segundo Rodolfo Durán Segovia c. Manuel Eliberto Guayllasaca Delgado y Julia Imelda Guamán Merchán.* Primera sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por el actor. Registro Oficial Suplemento No. 373 de 3 de julio del 2008.
- Sergio Floresmilo Freire Silva c. Blanca Estela Narváez Orellana y Edgar Espinoza Luna.* Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por el actor. Gaceta Judicial. Año C. Serie XVII. No. 2 de 21 de octubre de 1999.
- Sergio Romero González c. Sociedad en Predios Rústicos "Naranjo".* Corte Suprema de Justicia de Quito. Tercera instancia. Gaceta Judicial. Año LXXVII. Serie XII. No. 13 de 3 de septiembre de 1976.

Sociedad de estudiantes de la Biblia, Testigos de Jehová c. sentencia expedida el 22 de febrero de 2011, por el Juez Octavo de lo Civil de Pichincha, dentro del juicio ordinario de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio N.º 1184-2008. Corte Constitucional del Ecuador. Acción extraordinaria de protección. Registro Oficial Suplemento No. 423 de 23 de enero de 2015.

Sutecsa S. A., c. Paúl Pástor Chica. Corte Constitucional del Ecuador. Acción de protección. Registro Oficial Suplemento No. 42 de 23 de julio de 2013.

Teresa Pinos Mogrovejo c. Ana Lucía Pinos Urgilés y Daniel Patricio Astudillo Astudillo. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia de Quito. Recurso de casación interpuesto por la actora. Registro Oficial Suplemento No. 542 de 06 de marzo de 2009.

Jurisprudencia internacional

Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíiguez c. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia de 21 de noviembre de 2007.

Laudos

“Caso Chaparro c. Ecuador: Laudo final y Recusación de Santiago Cuesta”. En: *Gaceta Arbitral No. 1 2013*. Coordinado y editado por: Hugo García. Coedición de Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana (AMCHAM) y Universidad San Francisco de Quito. Quito: 2013.