

Universidad San Francisco de Quito

Colegio de Jurisprudencia

**Arbitrabilidad del daño extracontractual en la legislación
ecuatoriana**

Jimmy Rodríguez Villamar

Juan Manuel Marchán, Doctor, Director de Tesis

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

Quito, octubre de 2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Arbitrabilidad del daño extracontractual en la legislación ecuatoriana”



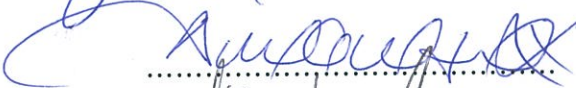
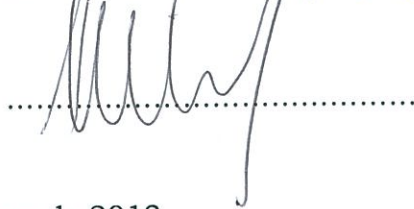
Jimmy Rodríguez Villamar

Dr. Xavier Andrade Cadena
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Juan Manuel Marchan
Director de Tesis

Dr. Hugo García
Delegado del Decano e Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia


.....

.....

.....

.....

Quito, 24 de Enero de 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: LA ARBITRABILIDAD DEL DAÑO EXTRA CONTRACTUAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

ALUMNO: JIMMY RODRIGUEZ

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El problema presentado por el disertante es importancia ya que la arbitrabilidad de controversias extra-contractuales es un asunto que ha sido tratado por varios tribunales arbitrales y ha sido sujeto de discusiones en los foros académicos más importantes. La arbitrabilidad de disputas extra-contractuales o de daño moral son hechos que se discuten diariamente en las universidad y en los foros internacionales.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada por el estudiante la considero trascendente, porque hace una clara aproximación al problema y plantea la necesidad de reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación para solucionar este problema.

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

Considero que la investigación es una buena mezcla de una abundante doctrina de derecho civil sobre la responsabilidad extra-contractual y sobre la arbitrabilidad de este tipo de disputas. El disertante emplea varios de los más reputados autores para sustentar sus posiciones y darle sustancia a la investigación.

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

Considero que la disertación contiene argumentos sólidos y correctamente sustentados, no solo justifica la hipótesis planteada sino que también logra hacer una reforma que iría en beneficio del arbitraje y sus instituciones.

FIRMA DIRECTOR:



© 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:

C. I.:

Fecha:



Jimmy Rodriguez

171709319-8

24-01-2013.

© Derechos de Autor

Jimmy Darío Rodríguez Villamar

2012

*Sin duda a mis padres,
a mis hermanos por ser mi paz sin ellos haberse dado cuenta,
a mis amigos, a mis profesores
y a ti por ser mi compañera.*

Resumen

Esta tesina es un estudio de la posibilidad de someter controversias en las que se discuta sobre un daño extracontractual a la decisión de un tribunal de arbitraje de acuerdo a la legislación ecuatoriana. Basado en la investigación de la legislación nacional y comparada, la jurisprudencia y la doctrina, el presente trabajo realiza un estudio acerca de la posibilidad de que el daño extracontractual sea susceptible sometimiento a la jurisdicción arbitral. Si bien la Ley de Arbitraje y Mediación permite la arbitrabilidad del daño extracontractual con ciertos requisitos especiales la conclusión de esta tesis es que para aumentar el espectro de arbitrabilidad en esta materia es necesaria una reforma de dicha ley.

Abstract

This dissertation is a study on the possibility to submit controversies seeking compensation for non-contractual damages under an arbitration tribunal, pursuant to Ecuadorian law. According to this investigation, local and foreign statutory provisions, case law, and doctrine, this study analyzes the possibility to submit non contractual damages to a Arbitral Tribunal. The local Law on Arbitration and Mediation allows such arbitration abiding under certain specific requisites. This dissertation concludes that in order to expand the scope of arbitration under local law, and ammendment to certain provions is necessary.

ÍNDICE

CONTENIDO	PÁGINA
Portada	
Introducción	1
CAPÍTULO I.	4
1. DEFINICIÓN DE ARBITRAJE	4
1.1 La cláusula arbitral	7
1.1.1. La voluntad de las partes. El consentimiento	10
1.1.2. ¿Negocio jurídico o negocio procesal?	12
1.2. La competencia del tribunal arbitral	14
1.2.1. Principio Kompetenz – Kompetenz	17
CAPÍTULO II.	21
2. DAÑO CIVIL	21
2.1 Requisitos	23
2.1.1 Hecho	24
• Responsabilidad por un hecho propio	24
• Responsabilidad por hecho ajenos	24
• Responsabilidad por daños causados por animales y por las cosas	25
i. Perjuicio o daño	26
ii. Perjuicio o daño material	26
iii. Perjuicio o daño moral	26
2.2 Daño contractual	26
2.3 Daño extracontractual	31
2.4 División de la culpa en el Código Civil	36
CAPÍTULO III.	35
3. EL DAÑO Y LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN	35
3.1. La capacidad del Artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación	41
3.2. Arbitrabilidad del daño contractual y arbitrabilidad del daño extracontractual	46
3.2.1 Arbitrabilidad del daño contractual	46
3.2.2 Arbitrabilidad del daño extracontractual	48
3.3. Diferencias y requisitos especiales	49
3.4. Las cláusulas “paraguas”	53
CAPÍTULO IV.	58
4. EL COMPROMISO ARBITRAL COMO MEDIO VIABLE DE SOLUCIÓN DE LOS DAÑOS EXTRACONTRACTUALES	58
4.1. Procedimiento del daño extracontractual de conformidad con el compromiso arbitral declarado entre las partes	64
4.2 Legislación comparada de la arbitrabilidad del daño extracontractual	70

CAPÍTULO V.	78
5. ANÁLISIS JURÍDICO Y PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 5 Y DEL ARTÍCULO 31 DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN	78
5.1 Requisitos	81
• Capacidad para transigir	81
• Pactar un compromiso arbitral	81
• La responsabilidad debe ser de carácter extracontractual	81
• El compromiso será de carácter contractual	81
• Sanción por incumplimiento	81
• Clausula sancionatoria	82
5.1. Celeridad procesal	83
5.2. La identidad objetiva y subjetiva de la responsabilidad	84
CAPÍTULO VI.	91
6.1 Conclusiones	91
6.2 Recomendaciones	92
Bibliografía	93
Anexos	88
ÍNDICE DE GRÁFICO	
Gráfico No 1. Flujo del proceso arbitral	69

Introducción

El arbitraje es hoy en día, uno de los métodos alternativos para la solución de controversias más utilizado. La incapacidad de la que ha dado muestras en los últimos años la justicia ordinaria ha tenido mucha responsabilidad en este crecimiento, sin embargo, en general en nuestro país, este método apenas empieza a emplearse a fondo, por lo que todavía es largo el camino que queda por recorrer para lograr su amplia difusión y su completa aceptación, como ya sucede en otros países.

En el Ecuador a pesar de que el proceso de arbitraje propicia que los tramites sean más flexibles, rápidos y especializados para solucionar los desacuerdos en el ámbito civil, aún se lo mira con cierta desconfianza, tanto es así que nuestros legisladores aún no han contemplado la modificación de la Ley de Arbitraje y Mediación vigente, encaminándola a dotarle de la facultad de entrar a conocer sobre ciertas responsabilidades extracontractuales que sean susceptibles de transacción.

Al respecto, nuestra Constitución reconoce al arbitraje como un procedimiento alternativo de resolución de conflictos en materias en que por su naturaleza se pueda transigir, complementando este mandato supremo con la existencia dentro de nuestra normativa interna de la Ley de Arbitraje y Mediación, la cual tiene por objeto regular las actuaciones de las partes, de los árbitros y de las instituciones de arbitraje. Esta ley es bastante completa, sin embargo, existen aspectos que no han sido abarcados adecuadamente y que por ende pueden afectar a las partes e incluso dejarlas en indefensión como por ejemplo frente a daños extracontractuales susceptibles de poder solucionarlos a través de un acuerdo entre las partes afectadas.

Por tanto, esta tesis pretende contribuir al impulso que el escenario jurídico ecuatoriano necesita y en particular el ámbito del proceso arbitral, mediante la implementación de una propuesta jurídica que proceda a reformar la Ley de Arbitraje Y Mediación vigente, en el sentido de incluirle facultades para resolver ciertos casos de responsabilidad extracontractual que en la actualidad son de exclusivo conocimiento de la justicia ordinaria, que como ya sabemos puede a veces resultar inoperante, lenta y desconfiable en algunas de las facetas de su accionar.

De este modo la presente investigación tiene como fuentes básicas las Normas Jurídicas referentes al arbitraje tanto nacional como internacional, la Ley de Arbitraje y Mediación vigente dentro de nuestro territorio, el Código Civil que es el complemento del procedimiento arbitral, así como un número importante de Tratados, Protocolos y Convenciones especialmente de nivel regional que conforman el entramado jurídico de la solución de controversias en árbitros, el cual adquiere cada vez mayor incidencia sobre el derecho positivo de los Estados.

Para poder obtener de forma práctica los objetivos planteados en esta investigación, se recurrirá a la utilización de métodos y técnicas de investigación que nos abrirán un camino expedito para acceder a la información jurídica necesaria que configure la materialización del problema encontrado, así como la solución que expondremos a manera de propuesta jurídica desde nuestro punto de vista académico y profesional como futuro Abogado de la República.

Finalmente, además de la insistente lucha por que nuestro ordenamiento jurídico arbitral contemple admitir a trámite la responsabilidad extracontractual de manera más amplia, las principales motivaciones por la que se realizó este trabajo radicó en el hecho de que día a día muchos casos de responsabilidad extracontractual que están en la justicia ordinaria, quedan en la indefensión total, cuando a consecuencia de la lentitud, el excesivo costo y la injusticia que imparten los supuestos jueces de garantías que operan dentro de ella, acaban con las expectativas de los usuarios que al contrario de haber alcanzado la reparación del daño que se les ocasionó muchas veces terminan más afectados que al principio, en este sentido el presente trabajo se ha dividido en cinco capítulos, además de las conclusiones, recomendaciones para proponer una solución al problema identificado, que se encuentran estructurados de la siguiente forma:

Dentro de este contexto esta investigación es de carácter bibliográfico documental que se apoyó para su construcción teórica en la información que poseen las bibliotecas de algunos centros académicos de la ciudad de Quito y en técnicas como la observación y sobretodo lo aprendido en las clases especializadas recibidas en la Universidad.

Capítulo I.- Comenzará por definir el arbitraje, la cláusula arbitral, la intervención de la voluntad de las partes es decir el consentimiento, luego se hará un análisis de si el arbitraje es un negocio jurídico o negocio procesal, se revisará la competencia del tribunal arbitral en base al principio Kompetenz – Kompetenz.

Capítulo II.- En esta sección se tratará sobre el daño civil que se divide en daño contractual y daño extracontractual, para finalizar estudiando la división de la culpa civil en el Código Civil.

Capítulo III.- En esta parte del trabajo se estudiara el daño dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación, la capacidad de la que habla el Artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, la arbitrabilidad del daño contractual y arbitrabilidad del daño extracontractual, las diferencias y requisitos especiales que las configuran y las cláusulas “paraguas”.

Capítulo IV.- Dentro de este acápite se revisará el compromiso arbitral como medio viable de solución de los daños extracontractuales, el procedimiento del daño extracontractual de conformidad con el compromiso arbitral declarado entre las partes y la legislación comparada de la arbitrabilidad del daño extracontractual.

Capítulo V.- Aquí se hará el análisis jurídico y la propuesta de reforma del artículo 5 de la ley de arbitraje y mediación para alcanzar el objetivo trazado de esta investigación, exponiendo la forma en que se accederá a la celeridad procesal dentro del proceso arbitral para culminar diferenciando entre la identidad objetiva y subjetiva.

Finalmente se establecerán algunas conclusiones a las que llegaremos luego de terminar esta investigación y de la misma forma plantaremos nuestras recomendaciones en un intento valido por solucionar este vacío identificado en la ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador.

CAPÍTULO I

1. DEFINICIÓN DE ARBITRAJE

En el campo del derecho existe una potestad que es ejercida por el Estado a través de la Función Judicial y recibe el nombre de jurisdicción, que según la definición que nos da el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil (CPC) radica en “el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes”¹.

El CPC , contiene varios tipos de jurisdicción, pero hay que diferenciar claramente entre los dos tipos de jurisdicción que le interesan al tema de esta investigación, esto es, entre la legal y la convencional, siendo la primera la ejercida por los jueces y tribunales que conforman el órgano judicial del Estado, mientras que el segundo tipo de esta potestad, nace del compromiso de las partes, en los casos permitidos y con los requisitos establecidos en la ley; al respecto el tratadista ecuatoriano Alejandro Ponce, en su obra Derecho Procesal Orgánico nos hace la siguiente distinción entre la jurisdicción legal y la convencional cuando dice:

Aparentemente contraría el principio de legalidad, en cuanto a la jurisdicción, la existencia de la denominada jurisdicción convencional, esto es aquella que no surge de la ley sino del compromiso de las partes. Sin embargo esta contradicción solamente es aparente, puesto que es la misma ley la que permite, en los casos y con las condiciones y requisitos por ella preceptuados, el que las partes se sometan a la jurisdicción de árbitros incluso designados por ellas, árbitros que, de otro lado, carecen de la facultad de imperium, esto es de hacer ejecutar lo juzgado, ya que tal atribución es inmanente a la soberanía estatal, pues implica recurrir a medios coercitivos y coactivos para que se lleve a ejecución lo juzgado².

Entendiéndose de este modo que dentro de la jurisdicción convencional existe un sistema de administración de justicia que recibe el nombre de arbitraje, en donde las partes de mutuo acuerdo deciden someter las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por un árbitro, en este sentido es necesario

¹Código de Procedimiento Civil del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial No. 46, de 24 de junio del 2005.

² PONCE MARTÍNEZ, Alejandro. *Derecho Procesal Orgánico*. Editorial Mendieta. Quito. 1991.p. 80.

señalar que la legitimidad del sistema arbitral que acabamos de identificar, se encuentra puntualizado en la sección octava de medios alternativos de solución de conflictos de la Constitución de la República del Ecuador, que en su artículo 190 inciso 1, dice: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”³.

De este modo y una vez identificada la institución del arbitraje, corresponde ahora estudiar de forma concisa que es o como está definido y conceptualizado el arbitraje en la legislación ecuatoriana y en la doctrina del derecho. Así pues, comencemos por decir que existe una ley específica que regula la actividad arbitral en el Ecuador, denominada Ley de Arbitraje Mediación y Mediación ,(LAM) la misma que en su redacción define a esta institución jurídica diciendo:

Art. 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.⁴

Por otro lado, diversos tratadistas se han dado el trabajo de esgrimir algunas definiciones como las que revisaremos a continuación:

Patricio Aylwin Azócar, en su obra “El Juicio arbitral”, define al arbitraje como “aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones”⁵.

Las autoras Sara L. Feldstein de Cárdenas y Hebe M. Leonardi de Herbón, dicen: “El Arbitraje es un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas

³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 190. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

⁴ Ley de Mediación y Arbitraje del Ecuador. Artículo 1. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre del 2006.

⁵ AYLWIN AZÓCAR, Patricio. “*El juicio arbitral*”. Editorial Jurídica de Chile. Quinta edición actualizada y completada. Santiago. 2009. p. 5.

ocasiones, la ley permite a las partes sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales”⁶.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, define al Arbitraje de la siguiente manera: “arbitraje: la acción o facultad de arbitrar y el juicio arbitral. Toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o un asunto. Integra un sistema de obtener justicia sin recurrir a las medidas extremas, pero ateniéndose a derecho o justicia.”⁷

El Diccionario Jurídico “Anbar” define de la siguiente manera el arbitraje, diciendo:

Procedimiento que tiende a resolver pacíficamente un litigio entre personas o entidades, con sometimiento a un árbitro cuya decisión se tiene como obligatoria por las partes en conflicto. En Derecho Civil y Mercantil es enteramente voluntario, pues de lo contrario las autoridades o tribunales carecerían de competencia. Por cierto existen ciertas cuestiones que, por su misma naturaleza, jamás pueden someterse al arbitraje, así por ejemplo la filiación, la paternidad y en general todas las que versen sobre el estado civil y condición de las personas. Tampoco es dable el arbitraje en asuntos donde tiene que intervenir el Ministerio Público y mucho menos en contratos con la Administración Pública. Indudablemente uno de los campos en que se aplica el arbitraje de manera más amplia y con gran trascendencia es en Derecho Internacional, tan invocado por las naciones en casos de conflicto que por este medio han obtenido resultados muy positivos de beneficio y paz para las naciones litigantes⁸.

El libro informativo del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana, define al arbitraje de la siguiente forma:

El proceso arbitral es un mecanismo muy ágil, serio y correcto, donde los árbitros designados o escogidos de mutuo acuerdo, entre las partes, son profesionales conocedores de la materia y respetados en sus jurisdicciones: El Estado Ecuatoriano también tiene la facultad de someter sus controversias tanto al arbitraje nacional como al internacional.

El arbitraje es un proceso, que se da normalmente cuando las partes no han podido conciliar un acuerdo. Una de las partes presenta su demanda arbitral a un Centro de Arbitraje especializado y no a la Justicia Ordinaria, en estos casos el proceso se denomina Juicio Arbitral.

El Arbitraje tiene que ser pactado obligatoriamente por las partes en un contrato, a través de una Cláusula Arbitral, la que determina el procedimiento que deberán seguir tanto las

⁶ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y DE HERBÓN HEBE M, Leonardo, “*El Arbitraje*”, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 12

⁷ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo I. Editorial Heliasta, S.R.L., 16 Edición. p. 349.

⁸ Diccionario Jurídico “ANBAR”, Tomo I. Heliasta. Buenos Aires. p. 333

partes como los árbitros para pronunciarse finalmente en el Laudo Arbitral. El Tribunal Arbitral normalmente está conformado por tres árbitros, pero las partes tienen la facultad de establecer en el Convenio Arbitral que sea un solo árbitro y adicionalmente las demás condiciones de acuerdo a la naturaleza del contrato⁹.

Atendiendo a las definiciones que hemos destacado, se ha de concluir que todas consideran al arbitraje como un mecanismo alternativo o sistema de solución de conflictos de jurisdicción privada, instituido por la voluntad de las partes, dictado por un tercero que se encuentre plenamente facultado, y sobre todo sin recurrir a la justicia ordinaria, convirtiéndolo por tanto en ágil, dinámico, accesible, confidencial, consensual y especializado que esté acorde con las necesidades del mundo globalizado de la economía que permita la realización de contratación e intercambio de bienes y servicios tanto a nivel nacional como internacional, para lo cual es necesario la regulación de estas actividades y la solución de conflictos en caso de controversia o daños contractuales así como extracontractuales.

1.1. La cláusula arbitral

Esta cláusula a lo largo del tiempo ha recibido distintas denominaciones, así en el artículo 5 de la LAM se refiere a ella como el convenio arbitral y lo hace de la siguiente forma:

Art. 5.- 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.

El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje.

La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral¹⁰.

⁹ Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Libro informativo, Quito- Ecuador. p. 9.

¹⁰ Ley de Mediación y Arbitraje. *Óp. cit.* artículo 5.

Algunos tratadistas como el colombiano Julio Benetti se refiere a ella denominándola compromisoria, es decir por medio de la cual las partes que intervienen contractualmente aceptan el compromiso que sostiene esta cláusula, cual es el de someter sus controversias al proceso de arbitraje, así nos deja ver en el siguiente enunciado:

La cláusula compromisoria es aquella estipulación por virtud de la cual las partes en un contrato resuelven que todas o algunas de las diferencias que se puedan presentar entre ellas con motivo del desarrollo o liquidación de dicho contrato se sometan a decisión arbitral. Es una cláusula adicional a un contrato que generalmente es de ejecución periódica o de tracto sucesivo, aunque nada se opone a que la cláusula compromisoria se pacte también en contratos de otra índole¹¹.

De lo expuesto resulta aparentemente claro que si las partes voluntariamente se han sometido a este mecanismo de resolución de conflictos conocido de antemano por ellas, deba ser esa la instancia ante la cual se resuelva el debate jurídico por lo que podría considerarse infundado, que ellas mismas desconozcan la cláusula correspondiente y acudan a la jurisdicción ordinaria para la solución de su controversia. En este sentido bien podemos considerar a la cláusula compromisoria o arbitral como un contrato en virtud del cual, las partes de común acuerdo deciden someter posibles diferencias a la decisión de un tribunal de arbitramento.

Dentro de este contexto bien podemos afirmar sin temor a equivocarnos que la cláusula arbitral no es una simple cláusula accesoria a un contrato, sino que por su misma naturaleza es un verdadero contrato autónomo cuya única exigencia es que debe ser por escrito. Es así que la cláusula arbitral tiene su fuente jurídica en el contrato y su finalidad no es otra que la de procurar la solución ágil de los eventuales conflictos que surjan entre las partes que lo celebran. Cabe aclarar que al momento de pactar la cláusula arbitral entre las partes, la controversia será un hecho futuro y desconocido para las mismas, es por esto que simplemente se prevé el proceso que se realizará en caso de cualquier diferencia contractual.

Otro aspecto que es de vital importancia dentro del análisis jurídico de la cláusula arbitral, es su autonomía respecto del contrato al que se refiere, por lo cual no depende de la existencia y validez de dicho contrato sino que ella subsiste por si sola. Así lo

¹¹ BENETTI SALGAR, Julio. *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, Editorial Temis. Bogotá. 1994, p.17

establece el inciso 3 del artículo 5 de la LAM al señalar: “La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”¹²

De esta forma queda claro que el trámite arbitral cobra vida gracias a una cláusula arbitral que se encuentra dentro del contrato suscrita por las partes previamente. Sin embargo, ¿Qué sucede cuando las partes no pactaron en el contrato una cláusula compromisoria o arbitral, y con el paso del tiempo se originan ciertos inconvenientes jurídicos; y las partes tienen la voluntad de que dichas controversias sean solucionadas por un tribunal de arbitramento?

Pues bien, es aquí donde el compromiso arbitral entra a desarrollar un papel principal, ya que como lo han dicho varios doctrinantes, el compromiso arbitral es un contrato por medio del cual las partes manifiestan su voluntad de llevar los problemas jurídicos suscitados en el transcurso del contrato, ante un tribunal de arbitramento y no frente a la justicia ordinaria, así no se haya realizado por escrito previamente una cláusula compromisoria o arbitral.

Pero para efectos del efectivo direccionamiento de esta investigación, sería importante saber que es el compromiso arbitral, al respecto el tratadista José Bonivento dice lo siguiente:

El compromiso es aquel acto por medio del cual dos o más personas capaces acuerdan someter las controversias presentes suscitadas antes, durante y después de iniciado un proceso, derivadas de una relación jurídica susceptible de transar, para ser resueltas en derecho, conciencia o técnicamente por un tercero¹³.

Entonces en base de lo expuesto en párrafos anteriores, existe una posibilidad de acudir a un tribunal de arbitramento cuando las partes estén de acuerdo en hacerlo, aún si quizás por desconocimiento u olvido no estipularon dentro del contrato la cláusula arbitral, es en este momento donde se acude a la figura jurídica del compromiso arbitral, por medio del cual las partes pueden habilitar a terceros expertos para que le den solución a las controversias suscitadas.

¹²Ley de Mediación y Arbitraje. *Óp. cit.* artículo 5 inciso 3.

¹³BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. *Los Principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales*. Talleres editoriales de la librería Stella. Segunda Edición. Manizales. 1974. p. 121.

Mediante el compromiso, las partes convienen en someter sus conflictos de intereses presentes y determinados, relacionados o no con un vínculo contractual, a la justicia arbitral, aun cuando el asunto ya este ventilándose ante la justicia ordinaria, siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia¹⁴

Finalmente es importante acotar que la cláusula arbitral es el instrumento jurídico que por voluntad plasmada por escrito de las partes, dirige la resolución de los problemas contractuales que se presenten entre ellas hacia el sistema arbitral, alejando a dichas desavenencias del posible escabroso camino de la justicia ordinaria, sin embargo ha de añadirse que se ha dejado fuera de este método de resolución los problemas extracontractuales que pudieran surgir entre las partes, a lo cual como ya lo expusimos líneas arriba existe la posibilidad de un compromiso arbitral entre las partes pero hasta ahora es tan solo una posibilidad que al no estar plasmada previo al nacimiento de la controversia, resulta ser bastante efímera.

1.1.1. La voluntad de las partes. El consentimiento

Para adentrarnos en el fascinante mundo de la voluntad, es necesario que comencemos por saber que la libertad es una característica fundamental del ser humano en cuanto se configura como derecho esencial y natural de todo hombre, más aún si este es considerado como sujeto de derecho. Dentro de este contexto observamos relaciones jurídicas de diversa naturaleza, las mismas que al ser expresiones de voluntad de los sujetos se constituyen en ejercicios plenos de esa libertad, dentro de las cuales destaca principalmente el contrato, que como relación jurídica eminentemente patrimonial, se configura como acuerdo esencial de voluntades que crea, regula, modifica y extingue relaciones jurídicas, permitiendo el libre intercambio de bienes y servicios entre los individuos de toda sociedad civil.

Las reglas básicas expedidas por el estado y que deben ser de estricto cumplimiento para los individuos dentro de una sociedad, es a lo que llamamos relaciones jurídicas, constituyéndose de esta forma en principios valorativos contenidos en las normas jurídicas; en otras palabras la ley interviene para regular las relaciones de los particulares

¹⁴GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. *Nuevo Régimen de Arbitramento Manual Práctico*. Cámara de Comercio de Bogotá. Tercera Edición. p. 122.

que por sí mismos no pueden alcanzar la armonía y surgen controversias que los enfrenta.

Pero no todas las relaciones jurídicas tienen como causa fuente la ley, así, existe un espacio en el cual las personas, ejerciendo de manera libre su voluntad, pueden regular sus propias relaciones jurídicas, esto es, un espacio de autorregulación de relaciones jurídicas. Llamaremos a esto el principio de la autonomía de la voluntad o también denominada autonomía privada.

El principio de la autonomía de la voluntad constituye el postulado básico de lo que se conoce actualmente como Teoría Clásica del Contrato, que parte del criterio de que la ley debe abstenerse de intervenir en las relaciones de los particulares, ya que cada individuo tiene la facultad de crear, por voluntad propia, una determinada situación jurídica que el derecho positivo debe respetar.¹⁵

Sin embargo, se debe cuidar que este espacio de autorregulación, emanado de la voluntad de los sujetos, no actúa por fuera del ordenamiento jurídico, sino que es un espacio tutelado por él, a pesar de que son ellos los que crean y regulan su relación jurídica, en este sentido ha de entenderse al ordenamiento jurídico como un límite para ejercer esta libertad.

El acuerdo o convenio entre dos o más voluntades, se presenta generalmente en el ámbito de los contratos, pero no es el único espacio en donde opera; así, podemos hablar de elementos de la voluntad que son aplicables a diversas situaciones que forman parte de la relación de los individuos dentro de la sociedad, y que perfectamente pueden utilizarse específicamente dentro del tema de los medios alternativos de resolución de conflictos que implican una resolución de las controversias por mecanismos distintos al Poder Judicial.

[...] para la formación válida del pacto arbitral o convenio arbitral, es necesario que las partes sean legalmente capaces, que consientan en el acto mediante un consentimiento

¹⁵ ARIAS, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo I. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2da. Edición actualizada, 1995, pp. 26, 27. Continúa el citado autor enumerando los principios básicos de la Teoría Clásica del contrato: el libre albedrío de las partes para celebrar contratos de cualquier contenido y atribuirles los efectos que deseen; y la fuerza obligatoria del contrato se impone tanto a las partes intervinientes en él como al Juez, consagrando la regla "Pacta sunt servanda" al dar fuerza de ley entre las partes a las convenciones legalmente formadas.

libre de vicios, que el acto verse sobre un objeto lícito y que el acto tenga una causa lícita¹⁶

En este sentido las partes involucradas en un conflicto de manera libre y haciendo uso de su libertad de elección pueden optar por el medio de resolución de conflictos más adecuado según sus necesidades y expectativas de resolución. Alternativas de solución que van desde la negociación directa hasta recurrir a procedimientos de negociación asistida con la participación secundaria de un tercero, como sucede en los casos de mediación y conciliación, o a su vez dejar que este tercero participe de manera que imponga una solución definitiva a la controversia, como sucede en los casos de recurrir al arbitraje o al proceso judicial.

Así pues, la voluntad es el instrumento por el cual las partes pueden solucionar sus conflictos a través de las reglas del arbitraje mediante la suscripción de un convenio arbitral, por tanto el arbitraje encuentra su esencia en la libertad y en la autonomía de la voluntad, de modo que los ciudadanos como titulares de verdaderos derechos subjetivos privados, decidan a plena libertad si integrar o no cualquier relación jurídica que sea de libre disposición e, incluso, modificarla y extinguirla.

1.1.2. ¿Negocio jurídico o negocio procesal?

El negocio jurídico como cauce de exteriorización del principio de autonomía privada en su faceta del poder de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas y conformación o autorregulación de las mismas, es el instrumento práctico con el que cuentan los particulares para el efectivo ejercicio del poder reconocido en virtud de dicho principio.

El negocio jurídico nace del campo del derecho privado, por ser un acto jurídico especial que consiste en una declaración de voluntad que se manifiesta libremente, dirigida a realizar efectos jurídicos; pero la voluntad adquirirá el rango de potestad y puede crear normas específicas tan obligatorias para las partes, como las creadas por el legislador. “De ahí que la teoría otorga al particular una competencia que llama

¹⁶ SANABRIA, Arturo. *La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje* en “El contrato de arbitraje” obra colectiva dirigida por Eduardo Silva Romero. Legis, Universidad del Rosario. Colombia. 2005. p. 172.

dispositiva, frente a la competencia del legislador y del juez, a la que denomina normativa”¹⁷.

El particular tiene un espacio permitido por la ley para auto regularse, para disponer de sí mismo y crear sus propias normas obligatorias, como un reflejo, una parte, un ángulo de la potestad de la autoridad, sin embargo, existen normas prohibitivas y normas imperativas que son derecho forzoso, esto es, que no pueden ser derogadas por la voluntad de los particulares; estas normas, corresponden a las que se denominan de orden público.

Pero por otro lado también existen otras normas que son permisivas y que abren el gran campo del negocio jurídico, en el cual va a brillar el señorío de la voluntad, su autonomía y su potestad. Entonces, el negocio se dará no en lo que está ordenado o prohibido por la ley, sino en el campo de lo permitido, en él se dará la autorregulación de los particulares, como una competencia dispositiva, para disponer libremente de su voluntad y en caso de conflicto, podría pedir a la autoridad que se cumpla con lo pactado, lo convenido, lo dispuesto por la voluntad de los particulares.

En cuanto a los efectos jurídicos buscados por la voluntad y creados por el negocio jurídico, señalaremos que son tres: la creación, la transmisión y la modificación de derechos y obligaciones; algunos autores y tratadistas agregan la extinción como efecto del negocio, pero excepcionalmente.

En otro orden de ideas, a menudo se acostumbra creer que negocio jurídico y procesal son lo mismo, sin embargo, luego de analizar que es el primero de los instrumentos citados, corresponde ahora dilucidar las dudas y confusiones que puedan existir al respecto. Así, en un primer término debe decirse que negocio procesal no es otra cosa que el conjunto de actos procesales dentro de un proceso, algunos de los cuales se derivan de la voluntad, a diferencia de los hechos procesales, que son acontecimientos de la vida que proyectan sus efectos sobre el proceso. Por ejemplo, cuando se presenta la muerte del apoderado de una de las partes o también en la destrucción involuntaria de un escrito del expediente.

¹⁷ ROTONDI, Mario. *Instituciones de derecho privado*.tr. Francisco Villavicencio, de la 4ªed. Italiana, Editorial Labor, Barcelona, 1953. p. 117.

El acuerdo de dos o más voluntades se convierte en el presupuesto de todo negocio procesal, acuerdo que siempre tiende a regular algún trámite del proceso correspondiente o también la solución final del litigio pendiente. Por ello, es que todo negocio procesal debe contener un acuerdo que debe incluir, aunque fuere mínimamente, reglas procedimentales que rijan en lo sucesivo para todos aquellos actos que constituyen un derecho en el proceso.

La teoría emitida por algunos autores denomina negocios procesales al compromiso arbitral, a la prórroga de la competencia y a la transacción, pero para efectos de direccionamiento de esta investigación es el primer instrumento el que debe interesarnos, dentro del cual la ley permite que las partes se pongan de acuerdo y sometan sus diferencias o controversias a una decisión arbitral y no a la de un juez, creándose de esta manera una relación jurídica entre las partes.

El compromiso del sometimiento al árbitro nace del contrato, y es obligatorio, en la medida en que las partes dispusieron someterse. La excepcional intervención del juez en el arbitraje, no es la de sentenciar, sino solamente, la de ejecutar el laudo arbitral, una vez que el árbitro lo haya notificado a las partes, lo cual tampoco califica al procedimiento como procesal¹⁸.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que el negocio procesal no es acto jurídico procesal en sentido estricto, en virtud de que, aunque produce los efectos jurídicos deseados por las partes, no influyen en la relación jurídica procesal, de esta manera bien podríamos decir que el procedimiento arbitral es un negocio jurídico en donde prima la libre manifestación de voluntad, o de varias, para producir efectos jurídicos deseados y buscados pero además, permitidos por la ley.

1.2. La competencia del tribunal arbitral

Para el desarrollo de este tema es necesario que primero nos remitamos a los conceptos de la justicia ordinaria respecto de lo que es la competencia y su inseparable complemento la jurisdicción, en este sentido es necesario entender el verdadero sentido de cada una de estas figuras y su alcance dentro del derecho. De este modo

¹⁸ LÓPEZ MONROY, José de Jesús. *Negocio jurídico, Diccionario jurídico mexicano*, Editorial Porrúa, sexta edición, t. I-O, México, 1993.

comencemos por decir que nacen de la ley conforme lo indica el artículo 1 del CPC que dice:

Art. 1.- La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes.

Competencia es la medida dentro de la cual la referida potestad está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados¹⁹.

De lo expuesto se entiende que la jurisdicción es la potestad de administrar justicia que tiene todo juez y tribunal entre los que se incluyen los árbitros de conformidad con lo preceptuado en la Constitución de la República que reconoce los medios alternativos de administrar justicia, la ley de la especialidad, es decir, la LAM y el CPC en su artículo 5, este último en el inciso 9 del artículo 4, menciona que la jurisdicción es convencional cuando nace de voluntad de las partes.

Por otro lado, la competencia dentro del ámbito jurídico está íntimamente ligada a la autoridad que la ejerce, como ya sabemos de acuerdo con la jurisdicción a los jueces y tribunales designados por la ley, puesto que no se concibe una autoridad sin competencia o viceversa, pero no solo la ley puede decidir que jueces o que tribunales pueden administrar justicia y en qué casos porque existe la posibilidad de que las partes pongan en armonía sus voluntades y decidan otorgar la competencia para la solución de su conflicto, a un tercero imparcial como los árbitros.

Pero una vez que las partes deciden poner el caso en conocimiento de un tribunal de arbitraje, quien decide si son o no competentes para resolver el conflicto presentado, si el proceso arbitral sale de la esfera del derecho ordinario y se constituye por la voluntad exclusiva de las partes, la respuesta nos la puede dar el reconocido tratadista Chileno Fernández Rozas en la siguiente exposición:

El tribunal arbitral está facultado para decidir sobre la validez o nulidad del contrato principal dentro de su propia competencia. La separabilidad, favorece de este modo el cauce arbitral al asegurar que este procedimiento sea siempre el modo de solución cualesquiera que sean las vicisitudes del contrato en el que se insertó; por tanto, la

¹⁹ Código de Procedimiento Civil. *Óp. cit.* artículo 1.

decisión del tribunal de que el contrato es nulo se entrañara ipso iure la nulidad de la cláusula compromisoria²⁰.

Nótese como el tratadista menciona la frase dentro de su propia competencia, en este sentido será que un tribunal de arbitraje tiene la capacidad de decidir si es o no competente sobre la cuestión que se le pide resolver, la respuesta sin lugar a dudas es si y lo hace en base a un principio inherente al sistema procesal arbitral que es el de Kompetenz – Kompetenz o competencia de la competencia que le otorga la facultad al tribunal de decidir en un principio sobre su competencia.

Sin embargo, es imperioso aclarar que este principio busca asegurar la autonomía del sistema arbitral frente al ordinario, por lo tanto las partes están impedidas de suspender la competencia que otorgaron en el convenio arbitral por su propia voluntad, con el fin de hacer efectivos los principios de celeridad y economía procesal, en este sentido el tratadista peruano Cantuarias nos dice:

El principal efecto de esta disposición es que salvo, supuestos excepcionales, serán los árbitros competentes para conocer y fallar acerca de cualquier vicio del convenio arbitral, así como acerca de si la materia controvertida sometida a su conocimiento es legal y contractualmente arbitrable.²¹

Sin embargo, existen algunas circunstancias excepcionales que pueden afectar a la competencia del tribunal, así tenemos el caso de la insuficiencia del convenio arbitral, bien sea por falta de estipulación específica de la competencia o por la deficiente redacción del instrumento que se presta a que existan ambigüedades, dejando la puerta abierta para que una de las partes trate de retardar la administración de justicia o bien desviarla hacia el conocimiento de la ordinaria, lo que hace imperiosos y necesario generar pautas que proporcionen alternativas frente a las insuficiencias que puedan presentar los convenios arbitrales.

Lo cierto es que la facultad de decidir sobre su propia competencia únicamente lo ejercen los tribunales de arbitraje, en este sentido es que opera el principio Kompetenz-Kompetenz o competencia de la competencia, separándolo claramente del proceso

²⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. El Convenio Arbitral: Entre la estabilidad y el desatino. Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile. 2006. p. 72.

²¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial de las Inversiones*. Lima. Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2007. p. 121.

ordinario de administración de justicia, que es el objetivo por el cual se creó el proceso arbitral, sin embargo conviene hacer un profundo estudio de este particular principio en tanto que para que surta los efectos requeridos para la plena validez de su accionar, debe desenvolverse bajo ciertas reglas y parámetros que aseguren su legitimidad y eviten la nulidad de los actos desarrollados en su nombre.

1.2.1. Principio Kompetenz - Kompetenz

Como ya sabemos el proceso de arbitraje es un medio de resolución de conflictos basado en la voluntad de las partes, que se hace presente a través de un contrato de compromiso, o bien, mediante una cláusula compromisoria, sin embargo en la práctica sucede que una de estas partes que acordaron someter sus controversias a este proceso trata de entorpecer el normal desenvolvimiento de las actividades previstas aduciendo que el tribunal ante quien se presentó la demanda arbitral no es competente para conocer la controversia.

Si bien es cierto que para los estudiosos de los cánones del derecho es de cumplimiento estricto la determinación de la competencia de quien resolverá las controversias que se presenten, también es verdad que en el proceso arbitral por establecerse a partir de la voluntad de las partes, los árbitros constituidos en tribunal, tendrán la facultad de decidir acerca de su propia competencia, y sobre las excepciones relativas a la existencia y/o validez del acuerdo arbitral, siendo lo que se le conoce en el ámbito arbitral como el principio o doctrina “Kompetenz–Kompetenz”, que en español significa “Competencia de la Competencia”.

Este principio data de un fallo emitido por un Tribunal Superior en la República Federal de Alemania en el año 1955. En el mismo se determinó que debía atribuírseles a los árbitros la facultad tanto de determinar el alcance del acuerdo arbitral como de su competencia y autoridad hacia el mismo y desde entonces se ha convertido en uno de los pilares más importantes del arbitraje²². En un inicio, este principio planteaba de manera estricta que los árbitros eran los únicos que podían dirimir cualquier controversia relativa a

²² VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *Comprensión del Principio “Competencia – Competencia” y la Configuración de la Nulidad o Ineficacia del Acuerdo Arbitral*. Revista chilena de derecho privado. En: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200006&script=sci_arttext .Acceso 20/11/2012

su propia competencia. “La doctrina *kompetenz – kompetenz* sostiene que los árbitros son competentes, por lo menos de manera inicial, para definir sobre su propia competencia para conocer la disputa.”²³

Sin embargo, con los años, este concepto ha ido evolucionando hasta llegar a la definición que manejamos hoy en día. Al respecto el tratadista paraguayo Diego Zavala dice que la “Competencia – Competencia o *Kompetenz - Kompetenz*, es un principio propio y fundamental del arbitraje comercial internacional que faculta al propio tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia”²⁴

A través de este principio lo que se busca es garantizar que la afirmación que realice una de las partes respecto a la inexistencia o nulidad del contrato de arbitraje, no conduzca a la parálisis del procedimiento arbitral. Pues si los árbitros no tendrían la facultad para pronunciarse sobre su competencia, esto acarrearía necesariamente la suspensión del procedimiento arbitral para recurrir a la justicia estatal y que sea ésta quien resuelva la controversia relativa a la existencia o validez del contrato de arbitraje. Esto implicaría que solo después de que la justicia estatal haya resuelto la excepción de incompetencia, los árbitros podrían, si es el caso, proceder a dirimir el fondo del litigio.

[...] el principio “competence-competence” significa que la justicia arbitral tiene una prioridad temporal respecto de la justicia estatal para dirimir toda controversia relativa a la competencia arbitral, esto es, toda controversia relativa a la existencia, la validez y el alcance del contrato de arbitraje. En otras palabras, según dicho principio, los árbitros no serían los “únicos” autorizados para dirimir toda controversia relativa a la competencia arbitral, sino, más bien, tendrían la facultad de dirimir primero, es decir, antes que la justicia estatal, dichas controversias dentro del marco del procedimiento arbitral sobre la competencia (arbitral) en un momento ulterior, esto es, cuando una de las partes ejerza el recurso de nulidad o de anulación contra el laudo arbitral o se oponga al exequátur de un laudo arbitral extranjero²⁵

Ante esta perspectiva, es posible observar que la definición de *kompetenz-kompetenz* es la única forma de que el arbitraje logre la autonomía que tanto necesita. Es gracias este principio procesal que el arbitraje busca garantizar que los litigantes tendrán

²³ REISMAN, CRAIG, PARK, PAULSSON. *International Commercial Arbitration*. New York. 1997. p. 540.

²⁴ ZAVALA, Diego. *La autonomía de la cláusula arbitral y la competencia de los árbitros para decidir sobre su propia competencia*. http://www.cedep.org.py/contratacion/attachments/056_ARBITRAJE%20EN%20-EL%20PARAGUAY%20-202009.pdf. Acceso 24/10/2012

²⁵ SILVA ROMERO, Eduardo. “Breves observaciones sobre el principio *Kompetenz - Kompetenz*” en “El contrato de arbitraje” obra colectiva dirigida por Eduardo Silva Romero. Legis, Universidad del Rosario. Colombia. 2005. p. 580.

un proceso ágil y eficiente. Pero parecería que la evolución de este principio se debe a que el arbitraje enfrentó varios tropiezos en cuanto a su independencia y efectividad. Es por esto, que la doctrina ha cambiado la drasticidad de su definición y ha aceptado que la competencia – competencia tiene una naturaleza de tipo temporal. Tal y como afirma Antonio María Lorca Navarrete quien dice que "el resultado que se logra es puramente cronológico, positivo, no jerárquico, con el único fin de evitar que juzgados y tribunales asuman una competencia que con anterioridad las partes han excluido al suscribir un convenio arbitral".²⁶

Respecto a este principio que estamos estudiando se ha de mencionar que la Ley de Mediación y Arbitraje lo refiere en su artículo 22 estableciendo lo siguiente:

Art. 22.- Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia.

Si el tribunal se declara competente ordenará que se practiquen en el término que el tribunal señale las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvencción, modificación y contestación a ésta, siempre que fueren pertinentes, actuaciones que deberán cumplirse durante el término señalado por el tribunal arbitral.²⁷

Se recoge aquí el principio por el cual el tribunal arbitral tiene la potestad de decidir si es o no competente respecto del conflicto que se pone en su conocimiento, para así delimitar el ámbito de acción de esta ley y no tener que recurrir a los lineamiento que rigen en la justicia ordinaria.

Existe otra forma de establecer claramente los principios que rigen las leyes ecuatorianas como la jurisprudencia, en la cual ya se han evidenciado reconocimientos expresos de este principio, como por ejemplo en el proceso 2005 - 0100, en donde la primera sala de la Corte Superior de Quito declaró que "el principio de kompetenz - kompetenz se resume en la capacidad de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia"²⁸. Adicionalmente, estableció que "la competencia del tribunal es exclusiva y única de tal tribunal, en la audiencia de sustanciación (...) y tal resolución que toma el

²⁶LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Manual de Derecho de Arbitraje*. Editorial Dykinson. Madrid. 1997, p. 279.

²⁷ Ley de Mediación y Arbitraje del Ecuador. Artículo 22. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre del 2006.

²⁸ JUICIO NO. 2005-0100. Primera Sala de la Corte Superior de Quito.

tribunal tiene efectos irrevocables y por lo mismo no puede ser discutida ni analizada posteriormente (...)”²⁹, lo cual demuestra que para la jurisprudencia ecuatoriana el principio de kompetenz -kompetenz si es de carácter absoluto y permanente.

²⁹ *Ibidem*.

CAPÍTULO II

2. DAÑO CIVIL

En la antigüedad, específicamente en el Derecho Romano, la víctima de un daño ejercía un derecho de venganza reconocido a la persona que sufría un perjuicio, posteriormente se estableció que el autor del daño podía facultativamente en un inicio y luego obligatoriamente librarse de la venganza pagando al afectado una suma de dinero. En Roma se la conoció como la *Ley Aquilia*, que ha evolucionado hasta la actualidad para conservar el principio de la reparación del daño y eliminar el de la venganza. Las diferencias entre la Ley de Aquilia y nuestro derecho son enormes, explica Peirano Facio: “Incluso, puede afirmarse que las diferencias son tan grandes que—salvo en el elemento común de reparación de daños—no existe ningún punto de contacto...”³⁰, sin embargo, constituyen indudablemente el germen del criterio de la reparación.

Ya en la actualidad y dentro de nuestro país, el Código Civil (CC) nos habla de la responsabilidad civil o reparadora, según la cual, toda persona que causa un daño a otra está obligado a reparar dicho daño, independientemente que haya sido causado de forma voluntaria, por negligencia o por omisión.

En base a lo expuesto en el párrafo anterior, cualquier persona, en el transcurso de su vida puede, voluntario o involuntariamente, originar situaciones que dañen a terceras personas, la ley le obliga a la reparación de este daño que generalmente suele traducirse en una compensación de tipo económico, que afecta directamente al patrimonio del causante de la acción. Se entiende por consiguiente una obligación general cual es la de no dañar: el *Neminem laedere*³¹.

³⁰ PEIRANO FACIO, Jorge. “Responsabilidad extracontractual”. Editorial Temis. Bogotá. 2004. p. 109.

³¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge; NOBELINO, Norberto. “Derecho de daños” tercera parte. Ediciones la Roca. Buenos Aires. 1996. p. 53.

Sin embargo, el origen de las actuaciones que pueden derivar en un daño o en una responsabilidad civil, son muy variados. Así pues, puede derivar del incumplimiento de un contrato o de una acción u omisión involuntaria, sin que exista ninguna relación jurídica anterior, puede a su vez, ser la consecuencia de un acto de la persona que lo causa o de quienes dependen de él directamente.

En este sentido para el tratadista Corral Talciani la responsabilidad civil es “la obligación en que se coloca una persona para reparar adecuadamente todo daño o perjuicio causado; la que resulta ser civil si se origina en la trasgresión de una norma jurídica que afecte el interés de una de determinada persona”³²

Si la persona que causa el daño no es solvente para repararlo, puede ser que la responsabilidad del mismo recaiga sobre un tercero que lo asuma. En todos estos casos, la acción u omisión, ya sea voluntaria o no, no ha sido correcta, y esto ha derivado en una situación que perjudica a otra u otras personas. Esta situación es demostrable y, por tanto, existe un culpable o responsable del daño causado.

Mas sucede que puede darse el caso de que la persona sea culpable, no por una actuación demostrable sino porque concurren una serie de circunstancias, reguladas por ley, que asignan la responsabilidad. La única forma de eludir la responsabilidad en estos casos es demostrar que la causa de la que se le responsabiliza ha sido fortuita. Demostrar que no existe el nexo causal entre el daño y la persona acusada de hacerlo. Este es el caso típico de la responsabilidad civil del seguro de vehículos a motor, en donde las propias pólizas establecen la responsabilidad si concurren unas determinadas circunstancias. Nos dice Peirano Facio citando a Domat:

La primera referencia de DOMAT al problema que nos ocupa, se encuentra en el encabezamiento del título VII del libro II, cuyo título se refiere a “Los daños causados por las faltas que no provienen ni de un crimen ni de un delito”. Relacionando la materia de este título dice DOMAT: “Se pueden distinguir tres clases de faltas que las que eventualmente puede surgir un daño: las que provienen de un crimen o un delito...; las

³²CORRAL TALCIANI, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago de Chile. Editorial jurídica de Chile. p.21.

que faltan a sus compromisos convencionales y aquellas que, no tienen ninguna relación con las convenciones y que no emergen ni de un crimen ni de un delito³³.

2.1 Requisitos

Pero para poder determinar si existe o no responsabilidad civil de un sujeto es necesario que en la acción en la que intervino concurren ciertos elementos o requisitos que la configuren como el hecho, el perjuicio, la culpa y la relación de causalidad entre la culpa y el perjuicio, en este sentido bien vale la pena adentrarnos en el estudio de cada uno de estos requisitos y lo hacemos de la siguiente forma:

2.1.1 Hecho.- Para que surja responsabilidad en cualquier conducta humana, es necesario que exista un acto, por eso se considera que los pensamientos y las ideas del hombre mientras no se exterioricen, es decir mientras no tengan presencia en el mundo real, no son tomadas en cuenta por el derecho; y “para que un acto externo se considere como acción es necesario el concurso de la voluntad”³⁴

La voluntad es el elemento indispensable para que exista un acto; así se desprende del CC cuando establece en los artículos 1461 y siguientes, que para que un acto o “declaración de voluntad” obligue a una persona es necesario que dicho acto tenga consentimiento y que ese consentimiento no esté viciado³⁵.

Dentro de estos parámetros es que la doctrina jurídica en general, y entre ellos el reconocido tratadista italiano Francesco Antolisei, indican que “la acción tiene dos elementos: a) un elemento interior o psíquico; y, b) un elemento exterior o físico, que es la manifestación a través de un hecho; y que la acción a su vez puede presentarse en dos formas: una positiva y una negativa (omisión)”³⁶.

En este mismo orden de ideas bien cabe tomar en cuenta la opinión del jurista ecuatoriano Dr. Rodrigo Jijón, quien señala que: “para que un hecho genere obligación de

³³ DOMAT, “*Lex loix civiles dans leur ordre naturel*”. t. 1, en la edición de 1735, p. 180, 2ª col. en PEIRANO FACIO, Jorge. “Responsabilidad extracontractual”. Editorial Temis. Bogotá. 2004. p.126.

³⁴ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños, Parte General*. Tomo I. EDIAR editores. Buenos Aires. 1979. p. 11.

³⁵ Código Civil del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 1461.

³⁶ ANTOLISEI, Francesco. *La relación de causalidad. En Imputación objetiva y antijuricidad. Estudios de Derecho Penal*. Primera edición. Caracas. Editorial Jurídica Bolivariana. 2002. p. 67.

reparar los daños y perjuicios que cause, es necesario que el hecho provenga o sea imputable a un ser humano; debe además, ser voluntario, y tiene que ser ilícito”.³⁷

El CC, determina que la responsabilidad puede provenir de un hecho propio, de un hecho ajeno o de un hecho causado por animales o por cosas, así pues conviene para efectos de un mejor entendimiento revisar lo que significa cada una de estas aseveraciones y lo hacemos así:

Responsabilidad por un hecho propio.- La regla general como ya advertimos en los anteriores párrafos, es que quien tiene capacidad para obrar puede asumir responsabilidad civil, sin embargo, en materia extracontractual, el juez puede considerar que un menor de dieciséis años, pero mayor de siete, obró con discernimiento y obligarlo a responder con sus bienes al tenor de lo señalado en el segundo párrafo del artículo 2219 del CC vigente en nuestro país³⁸.

Responsabilidad por hechos ajenos.- Este tipo de responsabilidad, se encuentra consagrada en el artículo 2220 del CC que establece que “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado”³⁹. Sin embargo hay que hacer una diferenciación dentro de este tipo de hecho en el sentido de que los dementes y los infantes o menores sin discernimiento, cuando cometen actos que pudiéramos catalogarlos de ilícitos, no son responsables precisamente por la incapacidad de la que adolecen, mas bien la responsabilidad recae en la negligencia o culpa del responsable de su cuidado.

La responsabilidad por daños causados por animales y por las cosas.- Caso casi parecido al de los incapaces, pues los animales y las cosas no tienen voluntad por lo tanto los responsables son los dueños o los encargados de su cuidado, esta responsabilidad se encuentra regulada por los artículos 2226 y siguientes del CC⁴⁰.

³⁷ JIJÓN, Rodrigo. *Algunas Notas sobre Responsabilidad Civil en el Ecuador*. Quito. Pontificia Universidad Católica del Ecuador. p. 2.

³⁸ Código Civil del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 2219.

³⁹ *Ibíd.* Artículo 2220.

⁴⁰ *Ibíd.* Artículo 2226.

i. Perjuicio o daño.- Otro de los elementos para que se configure la responsabilidad civil es el perjuicio, es decir, que exista un daño a los intereses de una persona, pero este daño puede ser a sus intereses materiales (a los bienes); o morales (extra patrimoniales).

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico no hay una definición de daño, pero se refiere expresamente a este, el artículo 2214 del Código Civil, cuando habla de los delitos y cuasidelitos y dice “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”⁴¹.

En términos sencillos daño quiere decir, menoscabo, perjuicio, detrimento, que por acción de otro se recibe en la persona o en los bienes, pero de conformidad con el bien afectado, existen algunas clases de perjuicio o daño que son:

ii. Perjuicio o daño material.- Es el daño que se ocasiona a los derechos pecuniarios de una persona, según el artículo 1572 hay dos elementos que integran el daño patrimonial, así tenemos el daño emergente, que es el perjuicio efectivamente sufrido o empobrecimiento real del patrimonio, y el lucro cesante que es la ganancia que se dejó de percibir a consecuencia del acto ilícito⁴².

Para que haya lugar a la reparación exigida, el perjuicio debe ser cierto, porque si es solamente hipotética o eventual, no puede quedar comprometida ninguna responsabilidad. Sin embargo la doctrina señala que no es necesario que el daño ya se haya producido, pues desde el momento en que se tiene certeza de que se producirá en el futuro y puede cuantificarse, la víctima tiene derecho a exigir la reparación, es decir no se necesita que sea actual el daño.

Por otro lado, el perjuicio debe ser subsistente, es decir que no debe haber sido reparado, en este sentido si la víctima es indemnizada, el perjuicio ha desaparecido, por ello no cabe demandar de nuevo su reparación. De la misma forma el daño debe ser personal y afectar al interés legítimo de alguien, para que este pueda demandar la indemnización por el perjuicio que ha sufrido.

⁴¹Ibídem. Artículo 2214.

⁴² Ibídem. Artículo 1572.

iii. Perjuicio o daño moral: Es aquel que atenta contra un derecho extra patrimonial, muchas veces aparece acompañado del perjuicio material, y en otros casos no, lo que nos permite distinguir dos tipos o categorías de responsabilidad moral, por ejemplo: los primeros afectan al patrimonio moral, cuando alcanzan a una persona en su honor, su reputación, su consideración, los padecimientos físicos, las heridas que causan lesiones estéticas, mientras que los segundos son los atentados contra los sentimientos morales y religiosos es decir contra la parte afectiva del patrimonio moral.

El daño moral dentro de nuestra legislación, se encuentra regulado en el artículo 2231 del Código Civil, el mismo que establece que “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral”⁴³ *damnum emergens, lucrum cesans*⁴⁴.

2.2. Daño contractual

Una vez que se ha determinado que los daños conllevan la obligación de reparar el perjuicio causado, conviene ahora adentrarnos en el estudio de las fuentes de dichas obligaciones, dentro de las cuales la doctrina tradicional nos menciona, el negocio jurídico, que por razones de concepto en nuestro país se conoce como acto jurídico y los hechos jurídicos o mejor conocidas como las fuentes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

De estas responsabilidades, estudiaremos inicialmente la primera, es decir, la contractual cuya evolución histórica nace en el Derecho Romano en donde se conoció las obligaciones que nacían del *negotium*, las mismas que al ser incumplidas eran sancionadas, configurándose de este modo las bases de nuestra noción actual de responsabilidad civil.

Adentrándonos en nuestros tiempos, vemos como las responsabilidades a diario se reflejan en las actividades humanas, encuadrándose para satisfacer las necesidades de

⁴³Código Civil del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 2231.

⁴⁴ GROCIO. “Del derecho de la guerra y de la paz”. Libro II, capítulo XVII (en la traducción de Torrubino Ripoll, t.3, pág. 7) en PEIRANO FACIO, Jorge. “Responsabilidad extracontractual”. Editorial Temis. Bogotá. 2004. p. 124.

la gente, al transformar la realidad como consecuencia de su voluntad, sin embargo no debemos dejar de mencionar que también se hacen presentes en los hechos humanos aún en contra de su voluntad distorsionando lo querido en el mundo real.

Así pues, se dice que los actos jurídicos son la manifestación de la voluntad encaminada a producir efectos jurídicos y claro está también consecuencias jurídicas, por consiguiente la responsabilidad contractual, se estudia ampliamente en materia de contratos civiles y mercantiles que contienen obligaciones y derechos para las partes que lo suscriben.

Dentro de este contexto la responsabilidad civil contractual surge por el incumplimiento de estas obligaciones, provocando el apareamiento del autor del daño y la víctima, que previa y voluntariamente crearon o determinaron el hecho productor de la responsabilidad⁴⁵. Partiendo de esta premisa, sin lugar a dudas podemos afirmar que los contratos son ley para las partes contratantes, obligándose los suscriptores a cumplir lo que se expresa en ellos, y a asumir las consecuencias que la ley hace nacer de esta obligación.

Por otra parte la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones adquiridas en razón de un contrato, supone la presunción de culpa sobre el deudor o agente dañoso, y por ende la carga de la prueba recae sobre este, quien mientras no demuestre que su incumplimiento, o retraso para el cumplimiento de sus obligaciones no le son imputables, está obligado a reparar el daño que le acarreó a su acreedor o víctima.

Por el contrario al acreedor le es suficiente demostrar el cumplimiento de las obligaciones por él adquiridas en el contrato y el incumplimiento de la obligación de dar, hacer o no hacer que asumió el deudor para que se presuma la culpa de este último, en este sentido nuestro el CC no hace referencia a la ilicitud del incumplimiento sino únicamente a que la culpa exista⁴⁶.

⁴⁵ Para que la relación jurídica previa pueda generar responsabilidad civil contractual debe atender los requisitos establecidos en el artículo 1461 del Código Civil y estar liberada de vicios.

⁴⁶ El artículo 29 del Código Civil ecuatoriano aunque no conceptualiza la culpa, la asemeja a la predisposición subjetiva del individuo en determinadas circunstancias, así pues la culpa grave es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios; culpa leve es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, o la diligencia con que un buen padre de

La culpa, “en la responsabilidad civil contractual, es la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”⁴⁷.

De la misma forma la legislación ecuatoriana contempla algunas causas que pueden eximir al deudor, tanto del cumplimiento del contrato como de la obligación de pagar daños e intereses por el incumplimiento, así tenemos la fuerza mayor o el caso fortuito que al tenor del artículo 1563 del CC, menciona que la prueba del caso fortuito le corresponde a quien lo alega⁴⁸.

Ahora bien, la responsabilidad civil contractual puede ser limitada por mutuo consentimiento de las partes, mediante la inclusión de cláusulas penales dentro de la redacción del propio contrato, situación que no procede en la responsabilidad civil extracontractual por no existir relación previa entre las partes.

Por otro lado los principios que rigen la responsabilidad contractual son como los señala el tratadista argentino Jorge Bustamante Alsina los siguientes:

- a) El deudor debe responder de los daños y perjuicios que ocasiona al acreedor el incumplimiento de la obligación,
- b) El incumplimiento de la obligación importa la presunción de culpa del deudor.
- c) La culpa se juzga en abstracto,
- d) No existe graduación de la culpa en relación al mayor o menor provecho que el contrato reporta al deudor⁴⁹.

Al respecto el CC en su artículo 1563, considera que “el deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las

familia debe administrar un negocio; y culpa levisima es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro.

⁴⁷ ALTERINI, Atilio. *Responsabilidad Civil*. Buenos Aires. Ed Dike, 1995, p. 224.

⁴⁸ Código Civil del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 1563.

⁴⁹ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría General de la responsabilidad civil*. Buenos Aires. 8ª edición. Editorial Abeledo Perrot. 1993. p. 47.

partes; y de la levisima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio”⁵⁰.

De lo expuesto hasta el momento se puede colegir que la responsabilidad contractual que es la que se establece en un contrato a través de la voluntad de las partes, se materializa en la indemnización de daños y perjuicios, la misma que puede ser compensatoria cuando la suma de dinero que debe el deudor al acreedor y que equivale a lo que habría conseguido el primero con el cumplimiento cabal de la obligación o moratoria que es la suma de dinero que el acreedor exige al deudor como equivalente al atraso en el cumplimiento, pero para que proceda cualquiera de estas indemnizaciones de daños y perjuicios, será necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Que el incumplimiento de la obligación sea imputable al deudor;
- b) Que el deudor se encuentre en mora; y,
- c) Que se haya ocasionado daño o perjuicio al acreedor, a causa de la inejecución.

Únicamente bajo la posibilidad de imputar el incumplimiento al deudor, se le considerará como autor de los daños causados y, por tanto, obligado al resarcimiento correspondiente, pero una vez producida la infracción de la obligación, se debe determinar cuáles fueron las causas, que bien puede ser el dolo, la culpa y el caso fortuito o fuerza mayor. Esta distinción es de singular importancia para la materia del presente trabajo, puesto que las dos primeras son causa de imputabilidad, mientras que la tercera es causal de inimputabilidad. Sin embargo tratadistas de la talla del colombiano Guillermo Ospina Fernández, añade a los anteriores, un cuarto caso, el de la culpabilidad del acreedor, lo cual evidentemente eximiría también al deudor de la responsabilidad de indemnizar⁵¹.

El otro de los requisitos fundamentales para que el deudor esté en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios, es que se encuentre en mora, término que viene del Latín y que significa tardanza, dilación injusta en el cumplimiento de una obligación, incumplimiento que también está consagrado en el artículo 1600 del CC, el mismo que

⁵⁰ Código de Civil del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 1563.

⁵¹ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá. Editorial Temis. p. 269.

señala que "se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención"⁵².

Sin embargo el simple retardo no da lugar a la indemnización por daños y perjuicios, pues para que esta proceda, es necesario que el deudor incurra en alguna de las circunstancias especificadas por el Art. 1594 del CC, es decir:

- 1.- Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora.
- 2.- Cuando la cosa no pueda ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor la ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; y,
- 3.- En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.⁵³

De lo anterior podemos inferir sin temor a equivocarnos, que la actitud pasiva o falta de exigencia del acreedor, se entiende como una tácita autorización para que el deudor se tome un tiempo mayor que el estipulado para el cumplimiento de la obligación, pues mientras este no ha sido reconvenido se supone que el retardo no le es perjudicial al primero.

Resumiendo todo lo expuesto, diremos que la responsabilidad contractual es una forma de responsabilidad civil que consiste en hacerse cargo de las consecuencias que surgen para el deudor por haberse obligado voluntariamente, con respecto a su acreedor en virtud de un contrato, que genera obligaciones recíprocas en caso de los contratos bilaterales o sinalagmáticos, o para una sola de las partes en el caso de los contratos unilaterales.

La primera obligación que debe asumir el deudor de una obligación contractual, es el cumplimiento de la prestación pactada, y si no lo hace incurrirá en mora, salvo que pruebe que no cumplió por caso fortuito o por fuerza mayor. El contrato genera una atadura legal entre las partes, de tal modo que si una de ellas no cumple, la otra que cumplió u ofreció cumplirla puede demandar su cumplimiento o los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento.

⁵² Código de Civil del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 1600.

⁵³ Código de Civil del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 1594.

2.3. Daño extracontractual

Aunque los romanos no concebían la idea de la reparación: “el concepto de reparación de daños en el derecho romano... no puede asimilarse al concepto que prima en el derecho moderno...A pesar de todos sus esfuerzos de interpretación, los romanos no llegaron a entrever un principio general de responsabilidad... no existió nunca en el derecho romano lo que podríamos considerar como una teoría general de la responsabilidad extracontractual.”⁵⁴, la responsabilidad civil extracontractual es una institución como la responsabilidad contractual, entendiéndose que es la obligación de resarcir o reparar, que nace para una persona que ha cometido un daño a otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual legal, es decir, nace para quien simple y llanamente ocasiona un daño a otra persona con la cual no tiene ninguna relación jurídica previa.

Sin embargo, esta responsabilidad tiene algunos de sus orígenes en el derecho romano, con la expedición de la ley de las XII Tablas que autorizaba a los acreedores a poner en venta como esclavo al deudor impago, después de sesenta días de prisionero. Específicamente en la tercera tabla se consagraba la obligación de indemnizar por los daños ocasionados por créditos impagos, (de lo que se desprende la responsabilidad por hechos propios) y en la octava tabla se consagra la ley del talión y se castigan los daños causados por animales, el encantamiento de las cosechas, el traslado indebido de frutos y la tala de árboles (responsabilidad por hechos ajenos, o de cosas o personas a cargo del sujeto)⁵⁵.

Los principios romanos van a tener difusión y evolución durante toda la edad media y llegarán a la edad moderna mucho más específicos, el Código Napoleónico es uno de los ejemplos más emblemáticos. Con respecto al tema que nos compete, el fundamento es el quebrantamiento del principio general del derecho de no causar daño a otro.

En el Código Civil francés de 1804 ya se evidenciaba la preocupación de sus redactores por asegurar la reparación de los daños, cuyo principio rector dentro de la responsabilidad civil fue, que esta no existe sin culpa, la misma que persiste hasta la actualidad bajo el nombre de responsabilidad civil extracontractual subjetiva. Con esta

⁵⁴ PEIRANO FACIO, Jorge. “Responsabilidad extracontractual”. Editorial Temis. Bogotá. 2004. p. 114.

⁵⁵ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires. Ed. Heliasta. 1982. p. 174.

estructura jurídica, la víctima sólo podía alcanzar el derecho a ser indemnizada si conseguía demostrar la culpa del autor del daño. En la época del industrialismo, con la aparición del maquinismo y la proliferación de los accidentes por la circulación vehicular por un lado, y los laborales por otro, la víctima experimentaba mayores dificultades para aportar tal prueba.⁵⁶

Con el desarrollo tecnológico, la iniciación de era post industrial, la incursión en la creación de armamentos nucleares, y el desarrollo de actividades denominadas de riesgo como la petrolera, minera, maderera, entre otras tantas, los daños que resulten de estas actividades peligrosas o por el ejercicio de estas actividades riesgosas, deberían estar sometidas al principio de la responsabilidad civil extracontractual objetiva, y no como en las estructuras jurídicas actuales que aún conservan la responsabilidad civil extracontractual subjetiva para casi todas estas actividades, puesto que la antijuridicidad no es únicamente la violación de una conducta legalmente impuesta, sino que significa una agresión al principio de no causar daño a otro.

Muchas sociedades a lo largo del tiempo, han buscado mecanismos idóneos que permitan reparar los daños; a la responsabilidad extracontractual le interesa únicamente los daños causados por otra persona; su razón de ser es la solución de los problemas generados a través del daño; determina quién debe sobrellevarlo, qué patrimonio deberá asumir sus consecuencias.

Así la finalidad de la responsabilidad civil extracontractual entendida como institución, es la de fijar la distribución o el reparto de daños ocasionados en la vida social, cuando, entre causante y víctima, se hace abstracción de cualquier otra relación que no sea la generada por el llamado deber de *neminem laedere* (de no hacer daño a otro), cuyos polos subjetivos están indeterminados, porque el deber que constituye su contenido, al igual que grava a todos los ciudadanos, está concebido a favor de la protección de todos los intereses jurídicamente protegidos de cualquier ciudadano.

Cuando se infringe el deber genérico de respetar un interés protegido por el ordenamiento jurídico y se ocasiona daño, entra en juego la responsabilidad extracontractual, cuyo fin es solucionar los conflictos entre los individuos, por medio de la reparación; transfiriere los resultados del daño desde aquel que lo sufrió hasta aquel que

⁵⁶ MAZEAUD, Henry. *Lecciones de derecho civil*. Vol. I. Buenos Aires. Ed. Europa América. 1959. p. 93.

lo ocasionó, para que este último en calidad de responsable los asuma; posibilitando recobrar la igualdad, y que el perjudicado recupere lo que injustamente se le ha quitado. “Una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro. Ella responde de ese daño.”⁵⁷

Sin embargo, hasta el momento solo hemos hablado de que el autor de un daño extracontractual debe resarcir el daño a quien lo infirió, pero bien vale la pena ahora referirnos a cuál fue el móvil de la actuación del causante, en este sentido en una primera aproximación encontramos la culpa o responsabilidad subjetiva, cuyo razonamiento está concebido como un reproche, en definitiva, quien ha actuado mal tiene la obligación de indemnizar; por el contrario, no lo está quien ha actuado correctamente.

Al respecto el tratadista Fernando de Trazegnies, en el libro *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*, señala que la culpa por un largo período fue considerada como el único fundamento de la responsabilidad extracontractual. Que posiblemente este fundamento subjetivista no tuvo su origen en Roma, sino en las doctrinas teológico-jurídicas de la Edad Media. Que la reparación de los daños desde la óptica teológica estuvo marcada por una necesidad de sanción. Que se sancionaba el pecado; pecado e injusticia se confundían, se estimó que toda injusticia era pecado; el catolicismo consideró que para que se configure el pecado era indispensable que haya conciencia en el pecador y una falta que genere la culpa. Injuria es igual a ausencia de derecho; el derecho medieval exigió no solo la injuria o daño sino que se pruebe la culpa para indemnizar.⁵⁸

Sin embargo, la teoría de la responsabilidad por culpa o responsabilidad subjetiva moderna, considera que las consecuencias económicas del daño deben transponerse a aquel que actuó con dolo, con imprudencia o descuido, ósea al que obró mal, es decir está completamente adherida a la culpa que es el factor que determina que estamos frente a un acto humano, si ella no aparece la actuación del hombre y sus consecuencias dañinas vienen a parecerse a las producidas por la naturaleza o por un animal, las cuales tienen que ser asumidas por quien las padece. La conducta irreprochable exime a su autor de la obligación de reparar el daño ocasionado.

⁵⁷ MAZEAUD, Henri. *Lecciones de Derecho Civil*. Parte segunda. volumen II. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1969. p.7.

⁵⁸ DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Santa Fe de Bogotá. Editorial TEMIS S.A.1999. p.14.

Dentro de este contexto la jurisprudencia ecuatoriana ha establecido que la responsabilidad civil extracontractual, en nuestra legislación, es en esencia subjetiva; es decir, requiere la presencia de la culpabilidad como elemento indispensable para su configuración, en este sentido, la culpabilidad investiga la relación existente entre la voluntad del sujeto y su acto. Dicha voluntad es calificada de dolosa cuando el sujeto desea el acto y sus consecuencias, que son normalmente previsibles, y es culposa cuando el agente causa un daño sin el propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia, negligencia o impericia, y puede añadirse con infracción de normas legales o reglamentarias. Así nuestro el CC es fiel seguidor de esta teoría de la responsabilidad por culpa o responsabilidad subjetiva, al consagrar la fórmula: responsabilidad igual a culpabilidad en el artículo 2214 que impone la obligación de indemnizar al que ha cometido un delito o cuasidelito que ha ocasionado daño a otro⁵⁹.

Sin embargo, para declarar a alguien responsable, es indispensable que sea capaz y que su actuación sea calificada de libre, es decir, que esté bajo su control, es por ello que el artículo 2219 declara incapaces de delito o cuasidelito a los dementes y a los menores de siete años, incluidos los mayores de esta edad y menores de diez y seis años, si el juez considera que actuaron sin discernimiento en virtud de que ellos no poseen la voluntad indispensable para ser autores de dolo o culpa, pero debemos tomar en cuenta que quien está al cuidado de estas personas por distintas causas si adquiere la responsabilidad de los hechos dañosos ocasionados por el incapaz, por la falta de vigilancia que respecto de ella tenía que ejercer⁶⁰.

Asimismo el CC en los artículos 2223, 2226, establece que somos responsables de los daños ocasionados por las cosas de nuestra propiedad o de las cuales nos servimos; el propietario o quien se sirve de una cosa tiene que vigilarla y conservarla en buen estado para que no ocasione daño, si éste se produce es porque no se utilizó el cuidado o vigilancia debidos, así también el artículo 2229, habla del daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona⁶¹.

Ahora concentrémonos en la otra cara de la moneda es decir en la víctima, que busca la reparación del daño, frente a una responsabilidad subjetiva que constituye un

⁵⁹ Código de Civil del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 2214.

⁶⁰ Código de Civil del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 2219.

⁶¹ *Ibíd.* Artículos 2223 y siguientes.

cúmulo de trabas, que complican su anhelo. Así a más de probar que sufrió un daño, tiene que demostrar que el presunto responsable actuó con dolo o culpa, cuando lo ideal sería que la prueba del daño sea suficiente, posibilitándole al afectado exonerarse de la obligación de probar el comportamiento doloso o culpable del agente, presumiéndose responsable al que ocasionó daño, en este sentido es que se creó la doctrina que se utiliza en la actualidad en la que no hay responsable sin culpa.

La segunda clase de responsabilidad extracontractual que existe, es la objetiva en la cual los posibles daños que puedan surgir no son fruto de la culpa del agente sino que pueden originarse de accidentes, así pues sabemos que toda actividad produce riesgos ante lo cual las teorías objetivas ansiaron cimentar un sistema de responsabilidad civil apartado de la concepción de la culpa pero que establezca responsabilidad a partir de los hechos⁶².

“Esta doctrina puede tener mayor alcance respecto de determinadas actividades; pero no explicaría apropiadamente la responsabilidad objetiva en los accidentes habituales, donde el autor del daño y el lesionado se han situado en posición de riesgo para su beneficio”⁶³, concluyendo que esta teoría no tiene que aplicarse a todas las actividades de la vida, sino limitadamente, es decir, estrictamente a aquellas que signifiquen en comparación con los modelos medios unos riesgos extraordinariamente anómalos.

Resumiendo, la responsabilidad extracontractual contiene dos aspectos de configuración como el daño subjetivo que es el más común especialmente dentro de nuestro ordenamiento jurídico y el daño objetivo, que son los daños ocasionados por los riesgos que conllevan la realización de alguna actividad como el trabajo por ejemplo, en donde la culpa tiene una participación bastante limitada por no decir casi inexistente, sin embargo existen casos en los que se debe poner especial atención al agente generador del daño.

⁶²DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Santa Fe de Bogotá. Editorial TEMIS S.A.1999. pp.7-20.

⁶³Fernando De Trazegnies. *La responsabilidad extracontractual*. Santa Fe de Bogotá. Editorial TEMIS S.A.1999. p.19.

2.4. División de la culpa civil en el Código Civil

La culpa, principal elemento que debe concurrir para la determinación de la responsabilidad civil, se diferencia del dolo en cuanto a la intencionalidad, ya que por dolo entendemos aquella intención positiva de causar daño, en tanto que la culpa, pese a ser un acto que proviene de la liberalidad, no tiene como fin causar daño; la fuerza mayor se diferencia de la culpa ya que aquella es un hecho que no se puede evitar, y proviene de actos fuera del control de las personas. Es así que la culpa se la define como la violación dañosa del derecho ajeno, cometida con libertad, pero sin malicia, por alguna causa que puede y debe evitarse:

Así pues La conducta culposa puede ofrecer aspectos y producir efectos jurídicos muy diversos, según:

- a) El modo como se manifiesta,
- b) La intensidad de la misma, y,
- c) La relación en que se da la diligencia.⁶⁴

Según el modo como se manifiesta, la culpa puede consistir en un acto positivo, esto es cuando se ha hecho algo que se estaba obligado a no hacer -culpa por acción-; o cuando no se hubiera hecho algo que se estaba obligado a hacer -culpa por omisión- omitiendo el deber jurídico de hacerlo. Es necesario distinguir el "estar obligado a no hacer" según se trate del ámbito del derecho privado sólo cuando existe expresa prohibición en la normativa legal y en el ámbito del derecho público cuando es todo aquello que silencia la Constitución y las leyes.

Al respecto el CC no contiene una definición específica de culpa, más bien se limita a asimilar la culpa al descuido y establece las tres especies de culpa, que a saber son las siguientes: culpa grave, negligencia grave o culpa lata; culpa leve, descuido leve o descuido ligero; y, culpa o descuido levísimo. Esta distinción entre las diferentes especies de culpa se la conoce como división de la culpa en grados, división que no es aceptada por algunos de los autores contemporáneos, ya que según ellos carece de practicidad, sobre todo cuando se pretende encuadrar un determinado acto en una de las especies de

⁶⁴ PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español*. Madrid. Ediciones Nauta S.A. 1966. Tomo I. Parte General. p. 572.

culpa, sin embargo por estar dentro de nuestro ordenamiento jurídico bien vale la pena hacer un pequeño estudio de esta división.

Comencemos entonces por revisar el artículo 29, que define a la culpa grave, como no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios; a la leve, como la falta de cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios; y a la levísima como no administrar un negocio como un buen padre de familia, sin embargo para efectos de no desviarnos del tema de este trabajo investigativo, nos interesa aquella división que el CC hace de la culpa con respecto a la diligencia dentro de una relación contractual o extracontractual.

Notemos como el Código Civil le da especial énfasis a la diligencia, esto es a la existencia o inexistencia de una relación jurídica civil o mercantil entre el agente culposo y el agente agraviado, dividiendo así la culpa entre contractual y extracontractual. Dentro de este contexto la culpa contractual es la acción u omisión voluntaria que, sin ánimo de perjudicar, impide el desarrollo normal de una obligación jurídica a diferencia del caso fortuito contractual que es totalmente involuntario; y del dolo contractual en donde media la voluntad consciente del agente de realizar el acto ilícito y generalmente, además, el deseo de causar con él un daño o perjuicio al contratista.⁶⁵

Así la imputación por la intensidad de la culpa contractual se basa en criterios de utilidad, que se encuentran definidos en las reglas generales del CC y que son:

- Culpa lata o grave. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor.
- Culpa leve. El deudor es responsable de la culpa leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes.
- Culpa levísima. El deudor es responsable de la culpa levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

Concluyendo, la culpa extracontractual se refiere a la culpa incurrida por el agresor por un daño en contra del agredido, con relación de causalidad entre culpa y daño, sin que medie una relación contractual civil o mercantil entre el ofensor y el ofendido.

⁶⁵ PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español*. Madrid. Ediciones Nauta S.A. 1966. Tomo I. Parte General. p. 576.

CAPÍTULO III

3. EL DAÑO Y LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Como ya sabemos los principios rectores del arbitraje son los mismos que la justicia tradicional, siendo estos, celeridad, sencillez, economía procesal, el derecho al debido proceso; por su similitud, celeridad, experticia específica de los árbitros y alto nivel de confianza hay gran cantidad de usuarios que se están inclinando por este método alternativo de administración de justicia. De igual manera el arbitraje tiene la ventaja de hacer efectivo el acceso a la justicia o derecho a la tutela efectiva⁶⁶, a la justa reparación de daños y da paso a un adecuado sistema de reclamación mediante procedimientos rápidos, eficaces y transparentes.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, visto desde la óptica del derecho civil, prescribe que quien causa un daño a otra persona bien sea con la voluntad o intención de hacerlo o bien sea por descuido o negligencia en su conducta, es decir sin la intención o la voluntad de causarlo, debe reparar el daño causado y lo hace en la redacción del artículo 2229 del CC, que dice:

Art. 2229.- Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta.

Están especialmente obligados a esta reparación:

- 1.- El que provoca explosiones o combustión en forma imprudente;
- 2.- El que dispara imprudentemente un arma de fuego;
- 3.- El que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche;
- 4.- El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él; y,
- 5.- El que fabricare y pusiere en circulación productos, objetos o artefactos que, por defectos de elaboración o de construcción, causaren accidentes.⁶⁷

⁶⁶ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 75.

⁶⁷ Código Civil del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 2229.

Si hacemos un detenido análisis de esta norma, encontraremos cuatro aspectos que debemos tener en cuenta, así el texto indica expresamente que es una regla general, que se aplica a todo daño y que por lo tanto conlleva la obligación de reparar, reparación que solo cabe cuando se puede imputar malicia o negligencia al causante del daño. Así nos ilustra algunos casos de quienes estarían especialmente (no únicamente) obligados a tal reparación, dejando la posibilidad abierta de que existan otros casos como en efecto ocurre dentro del Título “De los Delitos y Cuasidelitos” del CC, que explica sobre otros obligados a la reparación del daño, y casos diferentes.

Dentro de este contexto, no solamente quien ha ocasionado un daño está obligado a su reparación, sino también sus herederos. Esto resulta obvio al recordar que un heredero tiene la opción de aceptar o repudiar una herencia; y que cuando la acepta, le son transferidos todos los derechos así como las obligaciones. En cambio, cuando dos o más personas han causado daño a otro, la responsabilidad es solidaria en cada una de ellas. Esto quiere decir que es factible exigir la reparación del daño a cualquiera de esas personas, de manera individual, el total de la obligación.

A manera de ejemplo, en cuanto a daños ocasionados por incapaces, la ley asigna la responsabilidad a los cuidadores de los mismos, en el caso de infantes y dementes, son los respectivos padres, cuidadores o tutores, los responsables por los daños causados, en cada caso, siempre y cuando no haya sido posible para ellos evitar el daño mediante los cuidados que deben emplear en sus respectivas funciones. La responsabilidad de reparar el daño ocasionado, recae también con los jefes de colegios y escuelas respecto de sus alumnos, y con los artesanos y empresarios respecto de sus aprendices y dependientes.

Como podemos observar existen muchas clases de daños que pueden aparecer dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, pero la regla general es que sea cual sea el tipo que se presente este debe ser resarcido o reparado haya o no provenido de la voluntad de quien lo cometió por acción o por omisión, pero a lo largo del tiempo como ya hemos acotado en secciones anteriores el proceso para alcanzar esta reparación dentro del ámbito de la justicia ordinaria se volvió y aún hoy en día es bastante ineficiente, dando lugar al apareamiento de otras formas de administrar justicia como el arbitraje.

Procedimiento que nace de la ley madre la Constitución y que se ha perfeccionado con la regulación de la LAM, que es el instrumento jurídico que contienen todos los lineamientos procesales y positivos que debe atender el proceso de arbitraje, como método para alcanzar la reparación de daños dentro de un acto jurídico como el contrato, en el cual las partes expresaron su voluntad de restringir el conocimiento de sus controversias a la justicia ordinaria y otorgarle competencia a un tribunal arbitral.

El daño como columna vertical del surgimiento de controversias entre las partes contratantes, se convierte en parte esencial de la redacción y de los objetivos de la LAM, es por esto que se encuentra repartido en puntos estratégicos de este cuerpo legal como en la sección que habla de las medidas cautelares que pueden imponer los árbitros, y para asegurar que se repare el daño que se le pueda causar a la parte contra la cual se ha dictado la medida cautelar, se pide a la parte solicitante de dicha medida una garantía que pueda subsanar cualquier posible daño:

Art. 9.- Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo.⁶⁸

Nótese como de la redacción del artículo nueve que acabamos de exponer, la preocupación primordial de los árbitros debe ser la de asegurar de una u otra forma el pago de los posibles daños y perjuicios ocasionados por el actor en contra del demandado.

Tanta es la obligación que tiene la LAM vigente, que dentro de su redacción no solo atiende a la reparación del daño ocasionado entre las partes sino que también hace alusión al daño que pudiera ocasionar alguno de los árbitros dentro del cumplimiento de sus obligaciones al asumir el cargo, así el primer inciso del siguiente artículo nos ilustra como procede este cuerpo normativo:

⁶⁸Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 9.

Art. 18.- Aceptado por los árbitros el cargo de tales, éstos tienen la obligación irrestricta de cumplir las funciones que la presente Ley les asigna, debiendo responder a las partes, en caso de incumplimiento de sus funciones por los daños y perjuicios que su acción u omisión les causare, a menos que se trate de un impedimento justificado.⁶⁹

Entonces bien podemos afirmar que el daño es un tema que está contemplado dentro de la LAM que está vigente dentro de nuestro país, aunque dentro de su redacción se lo mencione pocas veces como lo hemos evidenciado en los textos que anteriormente ilustramos.

Finalmente el daño dentro del proceso arbitral al igual que en la justicia ordinaria mantiene la misma concepción ideológica doctrinaria cual es la de alcanzar su reparación por parte de quien lo materializo con o sin la voluntad de provocarlo, pero no debemos olvidar que existen como ya lo evidenciamos en secciones anteriores algunos tipos de daños que no deben ser confundidos al momento de entrar en materia de resarcimiento, es por esto que la LAM es bastante prolija y práctica en cuanto a este tema, mencionándonos en el primer inciso del artículo primero que solo pueden acceder al arbitraje las controversias susceptibles de transacción.

Es decir los árbitros que conformen un tribunal de arbitraje por más competencia que les haya otorgado la voluntad de las partes nunca podrán entrar a resolver casos de asesinatos por ejemplo, debido a que esta materia solo le compete a la justicia penal ordinaria, pero por otro lado bien pudieran acceder a resolver los daños que pueden causarse por la comisión u omisión de hechos jurídicos, mejor conocidos como daños extracontractuales, previo el establecimiento de un compromiso arbitral entre las voluntades intervinientes de las partes, que deberá plasmarse de forma escrita en la cláusula o acuerdo arbitral, que marca el inicio de sus relaciones jurídicas con la suscripción del contrato o manual de obligaciones.

3.1. La capacidad del Artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación

Para poder adentrarnos con mayor facilidad en el estudio de este acápite, bien podemos empezar por citar la norma en mención y lo haremos de la siguiente manera:

⁶⁹Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 18.

Art. 4.- Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

- 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 institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral.⁷⁰

Como podemos observar, la LAM que se encuentra vigente en el Ecuador manifiesta en su artículo cuatro, que el convenio o acuerdo arbitral que se realiza entre las partes contratantes, deberá ser acordado con anterioridad al surgimiento de la controversia, sin embargo, varias dificultades surgen a partir de esta aseveración, la primera es en torno al alcance de la palabra controversia, que bien vale la pena hacer un análisis minucioso respecto del tratamiento que recibe dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En este sentido es importante que determinemos en base a los cánones establecidos por el derecho, si la palabra controversia, se refiere a la simple divergencia en la interpretación del contrato o exige la previa presentación de una demanda y que la parte demandada la haya negado en su contestación, o bien la palabra controversia podría comprender la solicitud de mediación que una parte hubiere presentado para dar con esto inicio a la solución de las diferencias surgidas con ocasión del contrato.

En mi muy personal opinión, la norma prescrita en el artículo cuatro de la LAM, se refiere a todas las posibilidades anteriores, porque incluye cualquier género de discrepancia formalmente planteada por una de las partes contractuales respecto de la otra que contradice, aunque no se hubiere presentado demanda. Aún más si tomamos en cuenta que en la cláusula compromisoria que integra el texto del contrato suscrito por las

⁷⁰Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 4.

partes, no hay dificultad en advertir que cualquier desavenencia o controversia que surja de la interpretación o ejecución de ese contrato siempre será posterior.

Sin embargo, los problemas podrían aparecer cuando el convenio arbitral hubiere sido suscrito en una fecha posterior a la firma del contrato y el momento de surgimiento de la controversia no pudiera ser establecido con precisión. Para resolver este caso es necesario destacar que la controversia deberá aparecer en documentos escritos que revelen la época de "surgimiento de la controversia" y que inequívocamente demuestren cuando se constituyó una situación contradictoria respecto de los derechos u obligaciones contractuales. De no haber prueba concluyente al respecto, el Tribunal Arbitral debería presumir que la controversia fue posterior a la suscripción del convenio, en atención al principio de tutela efectiva de derechos, *in dubio pro arbitri y favor arbitralis*.

Pero revisemos ahora como el artículo 4 en su literal a, también regula el supuesto en que luego de surgida la controversia, las partes, entre ellas el estado, deciden someterla al juicio de árbitros. En este caso no basta la voluntad coincidente sobre el texto de un convenio arbitral, sino que será necesario que se eleve a consulta al Procurador General del Estado para que dictamine con carácter vinculante sobre lo consultado, de conformidad con lo que estipula la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado que también permite la sujeción al juicio de árbitros luego de surgida la controversia con el Estado de la siguiente forma:

Art. 11.- Del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.

Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado.⁷¹

En este sentido habría que entender por "leyes pertinentes", la LAM, concretamente, la norma del Art. 4 literal a) que fija la obligación de la consulta previa al Procurador General del Estado cuando la controversia ha precedido a la voluntad de las partes de

⁷¹Ley Orgánica de la Procuraduría General del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial N° 312 del 13 de abril del 2004.

someterse a la jurisdicción convencional ejercida por árbitros y una de las partes es el Estado.

Por otro lado el artículo 4 de la LAM ecuatoriana en su primer inciso dice: “Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma”⁷², observemos como se refiere a las personas que tengan capacidad, de la misma forma el artículo 2349 del CC establece: “ no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción”⁷³, es decir de estas aseveraciones podemos colegir que, toda persona que tenga capacidad para disponer de sus bienes podrá someterse al arbitraje.

Pero para efectos de un mejor discernimiento debemos entender la capacidad de derecho, también llamada capacidad jurídica, como la aptitud para la titularidad de los deberes y derechos, para gozar de ellos, poseerlos. Se relaciona estrechamente con la personalidad, con la única diferencia de que aquella es condición en potencia que posee toda persona, y ésta es manifestación concreta que se vincula a relaciones jurídicas determinadas. Así, por ejemplo, se tiene personalidad por el mero hecho de ser persona, lo que implica que se tiene capacidad jurídica para contratar, para testar, para ser propietario, etc.

De la misma forma debemos analizar otro elemento jurídico de vital importancia que contiene la redacción del artículo 4 de la LAM, como lo es el consentimiento que nace de las voluntades en armonía de las partes contratantes, dentro de este contexto el consentimiento es materializado en la cláusula compromisoria o acuerdo arbitral, el cual contiene los parámetros de resolución de las controversias que puedan surgir a futuro.

Entonces como bien nos indica el tratadista argentino Santos Cifuentes podemos definir el consentimiento como un concepto jurídico que hace referencia a la exteriorización de la voluntad entre dos o varias personas para aceptar derechos y obligaciones. Su principal marco de actuación es el Derecho civil y, en especial, el Derecho de obligaciones y de

⁷²Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 4.

⁷³Código Civil del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 2349.

contratos, en dónde el consentimiento juega un papel fundamental en el marco de la autonomía de la voluntad.⁷⁴

Finalmente terminaremos haciendo alusión al convenio arbitral o cláusula compromisoria al que también se refiere la redacción del artículo 4 de la LAM, convenio que todo contrato contiene y en donde como ya lo hemos revisado se plasma la voluntad de las partes respecto de la forma de resolver sus controversias futuras, pero debemos hacer hincapié en el hecho de que esta debe ser redactada o estipulada con anterioridad a la existencia o apareamiento de los hechos constitutivos de las desigualdades, es decir los daños contractuales que surjan solo podrán ser resueltos previo el mandato que por escrito plasmaron las partes.

Sin embargo nace aquí una gran disyuntiva en cuanto a que pasa con los daños que pueden originarse por hechos que están fuera del tiempo de vigencia o de vida de un contrato, concretamente nos referimos a los daños extracontractuales que no son mencionados por la voluntad de las partes en el convenio o clausula compromisoria y que deberán ser incorporados en tanto existen este tipo de daños y muchas veces quedan en la impunidad bajo el argumento de no ser vinculantes para las partes por el hecho de no haber sido redactados en el convenio.

Situación está que obliga a que la parte afectada por daños extracontractuales, tenga que recurrir a la administración de justicia ordinaria, con los consecuentes perjuicios que esto implica como la lentitud, el daño que implica el hecho de ir en contra de lo que pueden considerar su voluntad de someter “toda controversia al arbitraje”, la desconfianza y muchas veces la desatención de la que son víctimas, en lugar de que en el mismo momento de la redacción del convenio arbitral incluyan, creen o den la competencia a los tribunales arbitrales para que sean estos quienes tengan que también entrar a conocer los daños extracontractuales y resolverlos por así ordenarlo la voluntad de las partes.

⁷⁴ CIFUENTES, Santos. *Vicios de la voluntad*. Buenos Aires. Editorial Heliasta. 2006. p. 173.

3.2. Arbitrabilidad del daño contractual y arbitrabilidad del daño extracontractual

La doctrina contemporánea que impera en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, distingue entre otras, dos grandes fuentes de las obligaciones, dentro de las cuales se conocen el acto jurídico y los hechos jurídicos, estos dos campos son traducidos respectivamente, como las fuentes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

La práctica social diaria de una sociedad como la nuestra, necesariamente adquiere o se encuadra en alguna de estas responsabilidades, para satisfacer sus necesidades, es decir transforman la realidad como consecuencia de su voluntad, pero tampoco están exentos de incurrir en hechos humanos aún en contra de su voluntad, mutando de esta forma la realidad que los rodea.

3.2.1 Arbitrabilidad del daño contractual

Las actividades humanas que emanan de la voluntad reciben el denominativo de actos jurídicos (manifestación de la voluntad encaminada a producir efectos jurídicos), actos que por supuesto acarrear consecuencias jurídicas, por consiguiente se configura la responsabilidad civil contractual, que se estudia ampliamente en materia de contratos civiles y mercantiles en donde pueden presentarse el incumplimiento de una obligación pactada por las partes contratantes.

Dicho incumplimiento llevado a cabo por una de las partes contratantes puede acarrear daños, que según la legislación ecuatoriana deben ser reparados por quien los causó, en este sentido a lo largo del tiempo la justicia ordinaria ha tenido algunos problemas de procedibilidad en la solución de este tipo de controversias, lo que ha desembocado en la búsqueda de métodos alternativos de solución como lo es el arbitraje.

La LAM vigente, dice en su primer artículo que se pueden someter al arbitraje “las controversias susceptibles de transacción”⁷⁵, es decir no cabe transacción sobre los derechos que no se disputan y sobre derechos ajenos o derechos que no existen, en este sentido para que un acuerdo arbitral sea válido, debe ser lícito, es decir, es necesario que

⁷⁵Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 1.

la materia sea arbitrable. No todas las materias pueden someterse al procedimiento del arbitraje, existen algunas que, dada la existencia de una norma protectora de algún interés general o público, impide que una controversia que surja de la misma pueda someterse al arbitraje.

El que una controversia sea arbitrable o no es el resultado de lo dispuesto por el derecho sustantivo aplicable, es decir, la determinación de qué materias pueden ser sujetas al arbitraje es una cuestión de derecho y política legislativa nacional que rebasa el derecho arbitral, así el título XXXVIII del CC que hace referencia a la transacción, nos indica en el artículo 2348 que la “Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”⁷⁶.

Debemos entender de este texto, que las partes al igual que iniciaron sus obligaciones y derechos por intermedio de la suscripción de un contrato también pueden terminar con las controversias surgidas a través de otro contrato llamado transacción extrajudicial y de no darse el caso terminarían con la resolución dictada por un tercero componedor llamado árbitro.

Pero dicha transacción también podrá aplicarse en la reparación civil de los daños que nacen de la comisión de un delito como lo ordena el artículo 2351 del CC vigente, que dice que “La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de delito; pero sin perjuicio de la acción penal”⁷⁷.

En otro orden de ideas tampoco se puede transigir sobre el estado civil de las personas, al igual que la transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el juez aprobarla, si ella se contraviene a lo dispuesto en los Arts. 362 y 363 del CC.

En resumen, las controversias sobre estos dos temas: estado civil de las personas y alimentos forzosos, no pueden ser materia de arbitraje. Sobre todo el resto del universo de controversias, incluyendo la acción civil que nace de un delito (artículo 2351 del Código Civil) los árbitros serían competentes para conocer.⁷⁸

⁷⁶Código Civil del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 2348.

⁷⁷ Código Civil del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 2351.

⁷⁸ ANDRADE CEVALLOS, Miguel. *Ley de Arbitraje y Mediación Transigible y Arbitraje en Equidad* en “Revista Ecuatoriana de Arbitraje” obra colectiva dirigida por Juan Manuel Marchán. Cevallos, Quito. 2011. p. 206.

Resumiendo este tema de la materia transigible sobre la cual se puede aplicar el proceso de arbitraje, como acabamos de revisar, es un limitante de la competencia de los árbitros, que si bien pueden ser acreditados por la voluntad de las partes, estos bajo ningún concepto pueden entrar a conocer o resolver aspectos que según la legislación ecuatoriana no sean susceptibles de transacción como los delitos por ejemplo, en este sentido podríamos afirmar que la legislación ecuatoriana solo hace alusión a la Arbitrabilidad del daño contractual mas no se refiere al daño extracontractual dejando un gran vacío jurídico que perjudica la esencia de la aplicación del derecho.

Dentro de este contexto, corresponde ahora ver lo relacionado con la no observancia de la Arbitrabilidad del daño extracontractual mejor conocido en nuestro ordenamiento jurídico como la responsabilidad extracontractual, así al igual que en el daño contractual cuando un sujeto causa daños a otro, surge a su cargo la obligación de reparar o indemnizar tales daños.

3.2.2 Arbitrabilidad del daño extracontractual

La responsabilidad extracontractual, al contrario de la contractual, se deriva del cometimiento de un daño, y no del incumplimiento de una obligación preexistente, así para que haya lugar a la responsabilidad extracontractual dos son los requisitos fundamentales; la actuación ilícita, dolosa o culposa y el daño a la víctima que ella ocasiona, sin embargo en la práctica se agregan otros requisitos que concurren para su configuración, así tenemos:

1. Acción u omisión del agente,
2. La culpa o dolo de su parte (ambos se estudian conjuntamente)
3. La no concurrencia de una causal de exención de responsabilidad
4. La capacidad del autor del hecho ilícito;
5. El daño a la víctima;

6. La relación de causalidad entre la acción u omisión culpable o dolosa y el daño producido.

Por el mismo hecho de que la responsabilidad contractual nace de hechos jurídicos y no del incumplimiento de una obligación es que el CC ha determinado los daños extracontractuales como cuasidelitos y delitos

3.3. Diferencias y requisitos especiales

Continuando con este profundo estudio de las responsabilidades que existen en el sistema jurídico del Ecuador y la posibilidad de acceso al procedimiento del arbitraje para la resolución de las controversias que pueden presentar cada una de ellas, es necesario establecer las diferencias que las caracteriza a fin intentar dilucidar, porqué el ordenamiento jurídico solo hace alusión en el arbitraje a la responsabilidad contractual y deja, solo mencionado brevemente la extracontractual.

Así pues comencemos por establecer una de las diferencias fundamentales entre la responsabilidad contractual y la extracontractual que se encuentran en nuestro ordenamiento jurídico, es que la primera nace de un acto jurídico que emanó de la voluntad de las partes al imponerse mutuamente derechos y obligaciones a cumplir, mientras que la segunda se deriva de los hechos jurídicos es decir no proviene de la voluntad en conjunto de las partes sino de la unilateralidad de una de ellas, que no prevé o que si lo hace no le importa el daño que puede causar y de igual manera lleva a cabo los hechos constitutivos de la responsabilidad extracontractual.

Por otro lado, en la responsabilidad contractual no reside la carga de la prueba, pues en la responsabilidad derivada de un contrato, el acreedor de la respectiva prestación no está obligado a demostrar la culpa del deudor, ya que ésta se presume en tanto el segundo no demuestre que su incumplimiento o el atraso no le son imputables, como el caso fortuito o la fuerza mayor; en cambio, en la responsabilidad extracontractual le compete al damnificado o víctima si se quiere, demostrar la culpabilidad del autor del acto o hecho lícito. Esto se formula claramente en la siguiente tesis jurisprudencial:

Mientras en la responsabilidad contractual, el autor del daño y su víctima han creado por su voluntad (el contrato que celebraron), la posibilidad del daño, en la extracontractual esta posibilidad no ha sido creada por los contratantes. Estos, en la primera, están vinculados con anterioridad al hecho productor de la responsabilidad, y en la extracontractual el vínculo nace por la realización de los hechos dañosos y en los precisos momentos en que esta realización tiene lugar. Además, en la responsabilidad contractual hay una obligación precisa de efectuar un hecho determinado, cuya falta de ejecución determina dicha responsabilidad, en tanto que en la extracontractual no existe obligación alguna determinada.⁷⁹

De las expresiones anteriores notemos que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, es decir obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta, así pues para los efectos prácticos, es que en la contractual basta demostrar el incumplimiento para que se presuma la culpa. El daño cuyo resarcimiento se persigue, tiene como origen el incumplimiento del deber de cuidado atribuible al que se imputa como responsable, con motivo de la relación contractual por la cual su contraparte se compromete a hacer o dar, a cambio del pago de un precio determinado.

Otra diferencia importante entre ambas, es que la responsabilidad contractual puede ser limitada mediante una cláusula limitadora de la responsabilidad (cláusula penal, por ejemplo), si bien existen excepciones que deben ser tomadas en cuenta al momento de establecer dicha responsabilidad, mientras que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual no existen las cláusulas de exoneración de la responsabilidad porque no existe contrato entre las partes afectadas.

Finalmente, una más de las diferencias que las caracteriza es que la responsabilidad civil contractual, se materializa a partir del incumplimiento de algún acto preestablecido en la cláusula arbitral, mientras que la responsabilidad extracontractual cobra vida a partir de la perpetración de conductas o hechos unilaterales que dañan de alguna manera a otra persona o a su patrimonio, pero precisamente para evitar que a futuro se den el cometimiento de dichos hechos y que el resarcimiento de los mismos tengan que ser conocidos por jueces ordinarios es que la propuesta fundamental de este trabajo propone la posibilidad de incluir en la cláusula arbitral el compromiso entre las partes de someter al procedimiento arbitral la reparación del daño extracontractual.

⁷⁹Gaceta Jurídica. Tomo 70-B. Septiembre de 1999. Lima – Perú. p. 265.

Por otro lado y una vez determinadas las características distintivas tanto del daño contractual como del extracontractual, corresponde ahora adentrarnos en lo que son los requisitos que necesita cada una de estas figuras para su configuración, en este sentido empecemos por estudiar el daño contractual que como ya sabemos es aquel que se da a causa del incumplimiento de una obligación plasmada por escrito en un contrato.

Dentro de este contexto el incumplimiento provoca daños a la otra parte contratante que deben ser reparados y que constituyen responsabilidad civil la misma que se divide en dos grandes ramas, por una parte “la responsabilidad delictual y cuasidelictual y por la otra, la responsabilidad contractual y cuasicontractual”⁸⁰. Sin embargo, la mayoría de los autores considera más exacto el distinguir entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, cuyo ámbito es más extenso que el de la responsabilidad delictual y cuasidelictual.

Sin embargo para que exista la responsabilidad civil contractual, deben reunirse tres requisitos esenciales: un perjuicio o daño, una culpa y un vínculo de causalidad entre la culpa y el perjuicio, aun cuando se trate de responsabilidad contractual, de este modo pasemos a estudiar de forma detenida lo que significa cada uno de estos requisitos que acabamos de mencionar:

- **El perjuicio o daño material:** Se entiende por ello el atentado que se produce contra los derechos pecuniarios de una persona. Para dar lugar a la reparación, el perjuicio debe ser cierto; no debe haber sido indemnizado anteriormente; debe implicar un ataque a un interés legítimo jurídicamente protegido; debe ser directo; en principio, debe ser previsible cuando la responsabilidad sea contractual.
- **La culpa:** Puede ser intencional: caracterizada por la mala intención del autor del daño; en materia contractual se la denomina culpa dolosa o dolo. También puede ser no intencional, cuando el autor del daño no ha querido la realización de ese daño, pero ha incurrido en un error de conducta: imprudencia o negligencia; en materia contractual se la conoce como culpa no dolosa.

⁸⁰ LA FAILLE, Héctor. *Tratado de las Obligaciones*, tomo VI, Ediar S.A. Editores, Buenos Aires. 1947. p. 492.

- **Vínculo de causalidad:** Para que proceda la indemnización debe existir necesariamente una relación entre la culpa que hubiera podido tener el autor y el daño ocasionado, puesto que de lo contrario se estaría en presencia de causales eximentes de la responsabilidad.

En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual, que no nace de la voluntad de las partes, plasmada en un contrato sino que es la que emerge de todo hecho ilícito realizado por el hombre y que causa a otro un daño, en razón del dolo, culpa o negligencia y que le acarrea al causante la obligación de repararlo, podemos mencionar que los requisitos para la configuración de esta responsabilidad son los siguientes:

- ✓ **El hecho o comportamiento causante del daño.-** En este se encuentran incluidas las acciones y omisiones del comportamiento humano, aunque la ley extiende la responsabilidad a hechos de las cosas (animales y objetos de propiedad del responsable). Este comportamiento debe ser antijurídico⁸¹ y puede o no ser su origen ilícito.
- ✓ **El daño o agresión ilegítima a bienes, derechos o a la propia persona.** El daño indemnizable o reparable tiene que ser cierto, esto es, realmente existente. Se excluyen los daños hipotéticos o eventuales. Además el daño tiene que ser actual pero pueden incluirse los daños futuros cuando éstos surgirán con posterioridad según racional certidumbre. Se entienden incluidos tanto los daños patrimoniales como los daños morales. La prueba del daño, de su extensión y alcance corresponde al perjudicado.
- ✓ **La relación de causalidad o nexo causal entre el comportamiento causante del daño y el daño.** En el caso en que concurren una pluralidad de motivos causantes del daño, habrá que determinar si todas ellas son concausas (teoría de la equivalencia) o si una de esas causas es la única que merece dicho papel por ser la determinante del daño. Se utilizan distintos criterios para calificar a la causa como determinante de dicho resultado: que dicha causa sea posible o probablemente la que haya ocasionado el daño (teoría de la causa adecuada), que

⁸¹Se entiende por antijurídico aquel comportamiento que contraviene el principio *alterum non laedere* que comprende una serie de deberes que obligan a seguir un comportamiento con corrección y prudencia respecto a terceros, para que la convivencia sea posible. CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario de Derecho Usual*. Heliasta. Buenos Aires. 1999. p. 22.

el hecho sea el más próximo al daño (teoría de la causa próxima) o que el hecho sea el más eficiente o con más fuerza determinante del daño (teoría de la causa eficiente).

- ✓ **El criterio de imputación de la responsabilidad.** En principio, el CC exigía exclusivamente un criterio basado en la culpa o negligencia del agente (teoría subjetiva o por culpa), pero en la actualidad se aceptan criterios distintos a la culpa, como el dolo o consciencia de que el comportamiento causa el daño, el riesgo o creación de una situación de peligro (teoría del riesgo) y supuestos de atribución automática o ex lege de responsabilidad (teoría objetiva o estricta).⁸²

La verdadera diferencia no se encuentra entre una responsabilidad que se produce en el campo del contrato y otra que aparece en el del delito, sino entre la responsabilidad que se encuentra en conexión con deberes positivos de dar o de hacer que quedan inejecutados y la que concierne a obligaciones negativas de falta de atención de la producción de daños con falta de negligencia que afecta a la esfera jurídica ajena. En esta última categoría deben entrar las obligaciones delictuales o cuasi delictuales llamadas obligaciones de medios o de diligencia, derivadas del contrato.⁸³

De esta forma podemos darnos cuenta a simple vista, que a diferencia del daño contractual la configuración del daño extracontractual necesita de requisitos especiales y específicos, por cuanto los hechos que la configuran nacen de la voluntad unilateral del sujeto o causante o bien puede darse sin la intervención de su voluntad sino por el simple hecho de actuar sin prevención, de todas formas el causante tanto de daño contractual como de extracontractual, deberá reparar el daño causado.

3.4. Las cláusulas “paraguas”

El origen directo de las actuales cláusulas paraguas, que nos permite observar la evolución que estas han tenido a lo largo del tiempo, se encuentra en la asesoría que Elihu LAUTERPACHT⁸⁴ proporcionó a la empresa Anglo-Iranian Oil Company respecto a

⁸² MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, parte II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. 1960. p. 98.

⁸³ DIEZ PICAZO, Luis. *Derecho de daños*. Editorial Civitas. Madrid – España. p. 249.

⁸⁴ Sir Elihu Lauterpacht, es un prestigioso abogado inglés con una distinguida carrera tanto de profesor como abogado practicante. Ha tenido una extensa experiencia ante la Corte Internacional de Justicia y otras jurisdicciones internacionales. Ha sido árbitro ante el NAFTA, el CIADI y otros foros arbitrales. Es profesor honorario en derecho internacional en la Universidad de Cambridge y es el fundador del Centro Lauterpacht de Derecho Internacional de dicha universidad.

la nacionalización petrolera que el gobierno iraní realizó a principios de la década de los 50.

En donde este asesor Ingles, le sugirió que en el acuerdo al que lleguen las partes se establezca una “protección paralela” mediante una cláusula que se refiera a los contratos celebrados entre las compañías petroleras y el gobierno de Irán, con el fin de que una violación de cualquier acuerdo o contrato contemplados en aquella cláusula constituya también una violación del tratado internacional y de esta forma disparar las disposiciones contempladas en el tratado en caso de violación del mismo.

Con esta cláusula se evitaba que cualquier disputa surgida de los contratos sea resuelta por las cortes iraníes sino por un tribunal internacional, es así como se creó la famosa cláusula paraguas, cuyo principal efecto y consecuencia se plasma en los mecanismos de resolución de controversias. Así pues, el efecto consiste en la protección de ciertas obligaciones y la consecuencia es la posibilidad de acudir al mecanismo de solución de controversias estipulado en el mismo ante un supuesto incumplimiento de las obligaciones, que equivaldría a una violación, esta consecuencia es conocida en la doctrina como “internacionalización de los contratos” ya que por este medio, los contratos celebrados entre el Estado y el inversor, que normalmente estarían sujetos a la ley interna del Estado huésped, son tratados bajo un ámbito internacional con leyes y en tribunales internacionales.

Es precisamente, esta consecuencia práctica que acabamos de revisar, la que constituye el problema actual respecto de la interpretación y alcance de las cláusulas paraguas y de esta forma ha suscitado el debate entre los diversos tribunales que han tratado el tema. A pesar de que este tipo de cláusulas se refieren al respeto de las obligaciones en general, tienen importancia especialmente en los contratos ya que por su naturaleza misma son más susceptibles a que surjan diferencias entre las partes.

En los casos donde existe una cláusula paraguas, un incumplimiento contractual suele ser “elevado” a incumplimiento de una obligación internacional, otro argumento, que tanto la doctrina como varios tribunales arbitrales han sostenido al analizar el alcance de

las cláusulas paraguas, ha sido el dilucidar cuál fue la intención de las partes al momento de redactar dichas cláusulas.

En este sentido dentro de los procesos nacionales u ordinarios si así se los quiere denominar, en los cuales intervienen personas naturales o jurídicas, en la suscripción de un contrato, el establecimiento de este tipo de cláusulas es poco usado, pues como ya hemos visto esta herramienta jurídica es una artimaña de los grandes tenedores de capital que contratan con un Estado, para obligar a que las controversias que surjan salgan de la jurisdicción del estado huésped y se alojen en los tribunales internacionales.

Sin embargo esto no quiere decir que no se apliquen en contratos de poca envergadura, todo depende de la intención de las partes respecto a cubrir con este tipo de cláusulas ciertos aspectos jurídicos que se les haya pasado al momento de redactar la cláusula compromisoria o acuerdo arbitral, en este sentido en el Ecuador se tiene mayor referencia respecto de esta cláusula paraguas solo en los contratos del Estado con inversionistas extranjeros, que por supuesto en el caso de alguna controversia les interesa de sobremanera depositar la competencia en un tribunal internacional que como ya lo mencionamos están al servicio del capital y no de la doctrina jurídica.

Dentro de este contexto y para corroborar nuestras palabras, bastaría con referirnos al proceso arbitral que mantiene nuestro país contra la empresa petrolera OXY, que estuvo operando en los territorios de la amazonia ecuatoriana hasta hace muy poco tiempo, cuando incurrió de forma flagrante en una infracción del contrato que mantenía con el Ecuador, al vender sin consultar sus acciones a otra empresa, hecho totalmente verificable desde todos los ángulos jurídicos, que obligó al Estado ecuatoriano a dar por terminado el contrato y a hacer efectivas las sanciones contempladas dentro del mismo contrato en caso de incumplimiento.

Sin embargo el tribunal internacional que avoco conocimiento de esta causa, acaba de resolver en favor de la multinacional petrolera obligando al Estado a devolver millonarias sumas, que se le cobró por su infracción y en cumplimiento de los parámetros establecidos en el contrato que suscribieron.

Otra versión de las cláusulas paraguas, totalmente diferente a aquella que precisa de un tratado inter-estatal que pretende abarcar un contrato específico, es aquella que incluye de la manera más amplia las posibilidades de acceder al arbitraje. De esta manera, sin delimitar hipótesis específicas de conflicto, se pretende abarcar toda posibilidad de controversia:

Toda controversia o diferencia que surja de, relativa a, o que tenga relación con este contrato, será resuelta por un tribunal arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, que se sujetará a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, el Reglamento de dicho Centro y las siguientes normas:

1. El tribunal estará integrado por (escoger entre uno o tres árbitros) designados conforme el Reglamento del Centro;
2. El tribunal decidirá en (escoger entre derecho y equidad);
3. Para la ejecución de medidas cautelares, el tribunal arbitral está facultado para solicitar a los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos su cumplimiento sin que sea necesario el recurrir a juez ordinario alguno;
4. El lugar del arbitraje será las instalaciones del Centro.
5. Las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria, se obligan a acatar el laudo que expida el tribunal arbitral y se comprometen a no interponer recurso ni apelación alguna en contra del laudo arbitral.
6. Además de llevarse el arbitraje en idioma castellano conforme a la Ley de Arbitraje y Mediación, se lo llevará en idioma (seleccionar el idioma) (esta cláusula es optativa cuando sea necesario llevar el arbitraje en otro idioma)⁸⁵.

De esta manera se pretende abarcar cualquier posible divergencia, y limitar cualquier tipo de limitación a la jurisdicción de los árbitros. Sin embargo, aunque esto es ampliamente satisfactoria para los casos de convenio arbitral, no zanja el debate acerca de los daños extracontractuales que podrían provenir de una relación contractual.

La unidad del contrato, implica que sea cual fuere el tiempo en el que se considera surja la controversia, se considerará que esta deriva de la relación contractual de las

⁸⁵ Modelo de convenio arbitral. Centro de arbitraje y mediación Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito. En http://www.amchamec.org/index.php?option=com_content&view=article&id=40&Itemid=53 Acceso 20/11/2012

parte, con lo que queda excluida cualquier posibilidad de un daño extracontractual arbitrable en virtud de este tipo de cláusula paraguas. Por ejemplo, una manifestación de esto es la que Messineo señala "cada cláusula, arrancada de conjunto y tomada en sí misma, puede adquirir un significado inexacto y solamente de la correlación armónica de cada una con las otras y de la luz que se proyectan recíprocamente, surge el significado efectivo de cada una y de todas, tomadas en el conjunto. El contrato, en efecto, no es una suma de cláusulas sino un conjunto orgánico⁸⁶"

En base a lo anterior, si dos partes tienen un contrato, cualquier posible controversia que de ello derive será contractual.

⁸⁶ MESSINEO, Francesco. Doctrina General del Contrato. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1955. pp. 107 y 108.

CAPÍTULO IV

4. EL COMPROMISO ARBITRAL COMO MEDIO VIABLE DE SOLUCIÓN DE LOS DAÑOS EXTRA CONTRACTUALES

Como ya sabemos de lo estudiado en secciones anteriores, el arbitraje nace normalmente a partir de la voluntad de las partes que deciden excluir la jurisdicción judicial, remitiendo determinadas cuestiones litigiosas a la decisión de particulares. Ese acuerdo de voluntades que genéricamente denominamos "acuerdo arbitral", puede hallarse representado en un solo acto previo al surgimiento de la controversia o bien posterior al surgimiento de la controversia. En esta última hipótesis tendremos una "cláusula compromisoria" y un posterior "compromiso arbitral" como un método de entrar a resolver las posibles controversias que no nazcan del acuerdo dentro de un contrato.

La cláusula compromisoria es el convenio mediante el cual las partes deciden someter algunos asuntos a arbitraje, sustrayéndolos al conocimiento de los jueces ordinarios. Las divergencias a las que se refiere son, al momento de suscribir la cláusula, meramente eventuales, sin que siquiera se sepa si llegarán a producirse. A la cláusula compromisoria le son aplicables, en general, los requisitos genéricos de los contratos: tendrá que existir un consentimiento válido, manifestado por personas con capacidad para obligarse, versando sobre un objeto lícito y plasmado en la forma prevista por la ley. Adicionalmente, la cláusula compromisoria tiene un requisito específico, consistente en la necesidad de que exista entre las partes un vínculo jurídico más amplio, del cual puedan surgir controversias que son así la materia sobre la que recaerá el arbitraje.⁸⁷

De lo expuesto podemos colegir que la cláusula compromisoria, es la figura que permite el acceso al sistema arbitral de dos partes en controversia, por la presencia de daños extracontractuales o que no fueron establecidos en un contrato por la incertidumbre de saber si existirían o no a futuro, sin embargo las partes se anticipan a estos eventos y suscriben este compromiso dentro de la cláusula arbitral.

El acuerdo contenido en la cláusula compromisoria hace irrevocable y definitivo el pacto. Ante este panorama la función del compromiso arbitral que acabamos de exponer es propiciar un nuevo acuerdo de las partes, luego de verificado el conflicto de intereses,

⁸⁷ CAIVANO, Roque. El Compromiso Arbitral. Vilella Editor. Buenos Aires. 2000. p. 86.

en donde convienen los aspectos concretos de funcionamiento del arbitraje al que se someterán.

El compromiso arbitral está referido a controversias extracontractuales ya existentes y no meramente eventuales y tiene por finalidad la de definir -entre otras cosas- los puntos litigiosos que los árbitros habrán de resolver, con el compromiso arbitral se completa el acuerdo arbitral y adquiere operatividad concreta la exclusión de la jurisdicción judicial y el sometimiento de las cuestiones extracontractuales a juicio de árbitros.

Una vez establecida la diferencia conceptual entre clausula compromisoria y compromiso arbitral, debemos tener presente que traducen una misma finalidad, cual es la de permitir que las controversias sean resueltas por árbitros. Es por ello que las previsiones legales acerca del contenido del compromiso arbitral deben ser interpretadas como la enunciación de los aspectos sobre los que necesariamente debe recaer el acuerdo de voluntad de las partes, lo importante es que dichos aspectos estén resueltos por las partes, siendo irrelevante la oportunidad en que esa concordancia se logró.

Esta es la tendencia que marcan los más modernos ordenamientos de arbitraje. Disponen los aspectos sobre los que habrá de existir acuerdo entre las partes, dejando librado a su determinación los modos en que ese acuerdo se concretará. Así, por ejemplo, la ley española de 1988 señala en la exposición de motivos que “se elimina la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso que efectuaba la ley de 1953. El convenio arbitral, instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición que reconoce el art. 1º, puede tener por objeto cuestiones presentes o futuras. Se trata con ello de superar la relativa ineficacia de la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, que solía estipularse antes del nacimiento real de la controversia entre las partes”. También la Ley modelo de arbitraje de UNCITRAL de 1985, y las nuevas regulaciones mexicana, peruana y boliviana receptan el “acuerdo de arbitraje” en forma genérica, careciendo de relevancia si el mismo se concierta antes o después de haber surgido la controversia.⁸⁸

En efecto, la ley modelo UNCITRAL ha unificado los criterios en uno solo, llamado *acuerdo de arbitraje*, en su artículo 7:

“El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre

⁸⁸CAIVANO, Roque. El Compromiso Arbitral. Vilella Editor. Buenos Aires. 2000. p. 1117.

ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.”⁸⁹

Sin embargo puede darse el caso de que a pesar de existir una cláusula compromisoria, inserta dentro de la cláusula arbitral o convenio que suscribieron las partes con anterioridad y en la cual armonizaban sus voluntades de sometimiento en caso de surgir controversias extracontractuales que no pudieron ser redactadas por la incertidumbre de no saber si se materializarían o no, una de las partes incumple y no quiere suscribir el compromiso posterior para efectivizar lo acordado, dejando la puerta abierta para que sea la justicia ordinaria quien entre a conocer el motivo de la disputa, es decir sustrayéndola del régimen arbitral como se acordó en un principio.

El problema para el sometimiento de los daños extracontractuales a arbitraje de las partes en controversia, está más que en la naturaleza de la disputa, que en la falta de un consentimiento previo de las partes para resolver su controversia por medio del arbitraje.⁹⁰

En este sentido, bien podría subsanarse este inconveniente con el establecimiento de una sanción, contenida en la cláusula compromisoria para la parte que incumpla el acuerdo, de esta forma la parte que tenga la intención de revertir el acuerdo que generalmente es la que provocó el daño extracontractual, lo piense dos veces antes de proceder con su negativa, pues bien puede ser que el perjuicio que le acarree esta sanción sea superior al que le toque reparar dentro del proceso de arbitraje.

Ya adentrados en el tema es necesario mencionar que también los instrumentos internacionales de arbitraje, hacen referencia respecto a la figura del compromiso, así tenemos que el tratadista Paúl Renaud Courtney en su obra “El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional” menciona lo siguiente:

La Ley modelo de la UNCITRAL, utiliza para identificarlo el nombre de acuerdo de arbitraje y lo define en los siguientes términos: “El acuerdo de arbitraje es un acuerdo por

⁸⁹ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Artículo. 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006. En: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf.

⁹⁰ JIJÓN, Rodrigo. “*Derecho Internacional Económico*” obra colectiva editada por Duna Martínez. Memorias de la tercera conferencia internacional de derecho económico. Corporación Editorial Nacional. Quito. Ecuador. 2006. p. 173.

el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas el respeto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.⁹¹

Nótese como en el texto expuesto se refiere al acuerdo al cual pueden llegar las partes para someter a arbitraje las controversias contractuales y no contractuales, más si es un acuerdo debe necesariamente nacer de la armonía de las voluntades de las partes intervinientes, en este sentido sin temor a equivocarnos el compromiso es un contrato que se suscribe entre dos partes en controversia para crear y transmitir derechos y obligaciones.

Sin embargo hay que tener en cuenta que este nuevo convenio arbitral llamado compromiso, no es vinculante para el árbitro pues como ya lo hemos evidenciado en esta investigación los árbitros tienen la capacidad de decidir si son o no competentes para resolver las disputas que llegaran a conocer en base a los atributos del principio Kompetenz – Kompetenz.

A pesar de lo expresado hasta el momento, dentro del mundo doctrinario se cuestiona fuertemente la naturaleza del compromiso, existiendo distintas posturas que hacen necesario su estudio con el fin de dilucidar dudas y lo hacemos de la siguiente forma:

La primera postura considera que el compromiso es un contrato privado, como ya lo afirmamos anteriormente, pues existe un consentimiento que crea derechos y obligaciones entre las partes contratantes.

La segunda postura de los estudiosos se inclina por la corriente de que el compromiso arbitral, es un acto jurisdiccional, basándose en la aseveración de que el árbitro tiene carácter de juez y que realiza una función jurisdiccional.

⁹¹ RENAUD COURTNEY, Paúl. *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*: Cláusula compromisoria y compromiso arbitral. En la revista *luris Tantum* de la Facultad de Derecho. Edición N°10. 1999. p. 159.

La tercera de las posturas que pregonan algunos tratadistas, es que si bien es cierto que el compromiso es un negocio de derecho privado de naturaleza contractual, también lo es que en cuanto a la transmisión tiene un aspecto procesal y los elementos que lo componen funcionan como requisito de admisión del siguiente, su indudable eficacia procesal, consiste en que por su virtud se crea el arbitraje, destinado a resolver una cuestión surgida entre los comprometientes.

Concluyendo podemos afirmar que la postura más aceptada es la ecléctica por los elementos que la configuran y además porque interviene la voluntad como requisito principal de su existencia, pero conviene mencionar que hasta ahora solo hemos mencionado la forma en la cual podrían acceder al sistema arbitral las controversias extracontractuales que no existían pero que se proveyó su existencia a futuro en la suscripción del convenio arbitral que contiene la cláusula compromisoria que obliga a las partes en este sentido.

Pero que sucede con los daños extracontractuales que surgen entre partes que nunca suscribieron un acuerdo previo o contrato, es más tal vez en su vida se han visto, sin embargo, por las circunstancias de los hechos o conductas humanas o de las cosas a su cuidado, están inmiscuidas en un acto jurídico, en la cual la una funge de afectada y la otra como actor de esta afectación y con la obligación de la reparación del daño haya o no proveniente de su voluntad al cometerlo.

“En este sentido y atendiendo a la incapacidad demostrada por la justicia ordinaria para resolver este tipo de controversias en un corto tiempo y sin que genere costos excesivos para los participantes”⁹², es que bien podríamos hacer uso de la figura del compromiso entre las partes para que convengan someter sus diferencias por el daño extracontractual que se ha hecho presente, a resolución por medio de la vía del arbitraje, claro está siempre y cuando el daño ocasionado pueda ser transigible, de esta forma se podrían resolver más casos en menor tiempo a través del sistema arbitral, constituyéndose en un avance jurídico de gran trascendencia.

⁹² REDENTI, Enrico. El compromiso y la cláusula compromisoria. Traducción de Santiago Sentis Merlendo. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires. 1961. p. 22.

Para sostener este avance invocaremos el principio *favor arbitralis* en la tercera de sus tres acepciones:

La doctrina identifica tres importantes elementos del principio *favor arbitralis*:

Favor competencial

Favor del fallo, y

Favor legal

Los dos primeros... tienen que ver con la actividad jurisdiccional estatal. El tercero, orienta la actividad del legislador, en el diseño de normas que permitan el nivel de intervención estatal estrictamente necesario.⁹³

De este modo, es posible pensar en una reforma a la ley que amplíe el alcance de los compromisos arbitrales y que a su vez amplíe la jurisdicción arbitral, de manera que no resulte causal de acción de nulidad el que los árbitros diriman sobre daños extracontractuales sin haber las partes definido los hechos, tal como lo exige actualmente el artículo 5, este punto lo explicaremos en las recomendaciones de este trabajo.

Ahora bien, una vez que hemos revisado el alcance tanto de la cláusula compromisoria como del compromiso arbitral, conviene ahora referirnos a nuestro ordenamiento jurídico. Como es de conocimiento público los daños extracontractuales en nuestro país son resueltos por la justicia ordinaria, que no es la excepción del fenómeno mundial de incapacidad jurídica.

En este sentido se hace urgente buscar nuevas alternativas de solución de problemas, así pues la Constitución ha implementado la mediación, el arbitraje, la justicia de paz, etc., con el fin de efectivizar la correcta tutela de los derechos de los ciudadanos, mas resulta que el arbitraje que es el tema central de esta investigación adolece de muchas falencias que deben ser corregidas.

⁹³ JARA, María Elena. *Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis*. en "Revista Ecuatoriana de Arbitraje" obra colectiva dirigida por Juan Manuel Marchán. Cevallos, Quito. 2011. p. 165.

En este orden de ideas bien podríamos comenzar por reformar la LAM, en el sentido de que debería contemplar más amplios métodos de solución de controversias respecto de los daños extracontractuales, bien sean estos surgidos de una relación jurídica contractual anterior o bien de hechos acaecidos entre partes que no tuvieron ni tienen ninguna relación jurídica previa, pero que en los dos casos son afectados por la existencia de daños.

Ante este panorama, y como responsables de haber puesto sobre la palestra pública la propuesta de implementar la arbitrabilidad de los daños extracontractuales dentro del ordenamiento jurídico del Ecuador de una manera más amplia, conviene diferenciarnos de nuestros legisladores y terminar nuestro trabajo refiriéndonos a cuál sería el procedimiento del daño extracontractual de conformidad con el compromiso arbitral que pueden establecer las partes en controversia.

4.1. Procedimiento del daño extracontractual de conformidad con el compromiso arbitral declarado entre las partes

Reflexionar acerca de la motivación por la que dos o más personas buscan la resolución de un conflicto entre ellos, por un tercero árbitro, es ciertamente más que claro como lo hemos evidenciado a lo largo de este trabajo, así entre las principales causas que asaltan nuestra atención están la rapidez de resolución, la ejecutividad, la diligencia y por supuesto la confidencialidad de los procesos.

Además se ha venido invocando como ventajas para acudir al arbitraje, la mayor garantía en la decisión arbitral sobre la resolución del juez ordinario, al considerarse que la elección del propio decisor del litigio por parte de los contendientes, constituye un presupuesto objetivo de una mayor garantía en la resolución final del pleito, lo que podríamos llamar legitimidad del decisor y de la decisión. También se ha insistido en la mayor especialidad, que ofrece el árbitro o la corte arbitral respecto de una concreta contienda en relación con la competencia indiscriminada y a veces poco especializada del juez ordinario.

Pero a pesar de las evidentes ventajas que presenta el sistema arbitral, en cuanto a daños extracontractuales, cuenta con un débil método de procedimiento, en este sentido hemos creído necesario plantear cual sería la forma de proceder de un tribunal frente a los daños extracontractuales que llegarían a su conocimiento a través del compromiso efectuado entre las partes.

En la medida en que no existe una regulación legal de esta figura, se entiende que no se ha definido un procedimiento específico para llevarla a cabo. No obstante lo anterior, es claro que existe una estructura general bajo la cual se realizan normalmente estos acuerdos.⁹⁴

Dentro de este contexto diremos que en primer lugar, es necesario que una o más partes manifiesten su intención de solucionar el conflicto ocasionado por los daños extracontractuales, una vez existe esta intención de negociar, las partes se deben reunir a revisar el problema y deben proponer soluciones o fórmulas de acuerdo, así como también deben definir cómo se va a llevar a cabo este mecanismo alternativo.

El arbitraje ha sido concebido en el Ecuador con una naturaleza eminentemente procesal. No es por tanto una institución en la que predominan concepciones contractualistas, ni puede ser visto como un sistema totalmente jurisdiccionalista, aunque sin lugar a dudas, participa de las dos características. En efecto, si bien la fase inicial del arbitraje o pacto arbitral, elección de árbitros, prueba, etc. está sometido a la voluntad privada de las partes, una vez que el árbitro designado actúa como tal, se convierte en Juez y está investido del poder jurisdiccional que le es conferido por la Carta Magna ..., que le otorga la facultad de administrar justicia, la misma que nace, por mandato del propio Estado.⁹⁵

El procedimiento arbitral en el Ecuador, se lleva a cabo basado en normas y principios del derecho procesal, que se aplican al procedimiento judicial y a falta de norma escrita, al sistema procesal arbitral y, contienen las garantías necesarias para el adecuado desarrollo del debido proceso, el proceso ampara, al mismo tiempo, tanto el interés particular de los litigantes satisfaciendo sus aspiraciones, como el interés de la colectividad mediante la realización del derecho y el afianzamiento de la paz jurídica.

Pero refiriéndonos a la arbitrabilidad que estamos proponiendo referente a los daños extracontractuales, debe existir expresamente una cláusula compromisoria, inserta dentro

⁹⁴ OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá. Editorial Temis. p. 153.

⁹⁵ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. *El Arbitraje- la Justicia Alternativa*. Distrilib Editorial. Guayaquil.2007. p.39.

de la cláusula o convenio arbitral, en cada contrato en la que los contratantes en caso de controversia renunciando a fuero y domicilio se sujeten a la LAM, para resolver o reparar los daños que ocasionen los eventos contractuales que se materialicen, en este sentido Alejandro Ponce Martínez, manifiesta que:

El proceso arbitral en sí, en términos generales, se inicia con la existencia de un convenio arbitral que debe constar por escrito y sujetarse a las normas de procedimiento señaladas en la Ley de Arbitraje y Mediación y a los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje, el idioma en el que se desarrollará, el lugar que se fijará para el arbitrajes.

No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al Juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él.

Existen otras formas de someterse al arbitraje no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.⁹⁶

Una vez que se materialicen los supuestos daños extracontractuales, es decir aquellos que por su naturaleza no se podían predecir si se iban a presentar o no, es necesario que las partes en unidad de acto y armonización de sus voluntades suscriban un compromiso arbitral en el cual se determinará, cuales son los daños que se han hecho realidad y a qué centro de Arbitraje y Mediación existente se acudirá para resolver sus controversias.

De esta forma se solicitara al presidente del centro de arbitraje elegido que conozca la disputa en cuestión uno de los tribunales de arbitraje que desempeñe sus funciones en el mencionado centro, a través de un petitorio o solicitud que se asemeja a una demanda, que deberá contener los siguientes requisitos, según manda el artículo 66 del CPC:

⁹⁶ PONCE MARTÍNEZ, Alejandro. *Derecho Procesal Orgánico*. Editorial Mendieta. Quito. p. 380

1. La designación del centro o del árbitro ante quien se la propone.
2. La identificación del actor y la del demandado.
3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión.
4. La cosa, cantidad o hecho que se exige.
5. La determinación de la cuantía.
6. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor.
7. Los demás requisitos que la ley exija para cada caso⁹⁷

A la demanda se acompañará necesariamente el instrumento en que conste el respectivo compromiso arbitral respecto de los daños extracontractuales o copia auténtica de éste, las pruebas y la práctica de las diligencias probatorias al momento de presentarla demanda o la contestación a la demanda que justifiquen lo aducido en la misma.

La presentación de pruebas es uno de los aspectos sustanciales y diferenciales del proceso arbitral, que lo hace único, deben ser presentadas con la demanda, pero para que el tribunal designado tenga mayor conocimiento del asunto a resolver y tenga mayores elementos de convicción, a decisión el tribunal o a petición de parte pueden ser solicitadas las pruebas necesarias en cualquier etapa del proceso, antes de la expedición del laudo arbitral, como diligencia para mejor proveer. Así lo manifiesta el Art. 23 de la Codificación a la LAM que dice: “Si antes de la expedición del laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora”.⁹⁸

Una vez calificada la demanda presentada, mediante auto se ordena citar al demandado que al igual que en el proceso civil, se lo notifica en persona o mediante boletas, dándole 10 días término para que conteste la demanda y la reconvenición en caso

⁹⁷ Código de Procedimiento Civil del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 66.

⁹⁸ Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 23.

de que lo hiciera. Contestada la misma, mediante auto se convoca a las partes para que asistan a la Audiencia de sustanciación en la cual el tribunal arbitral conocerá directamente de las partes los argumentos de cargo y de descargo.

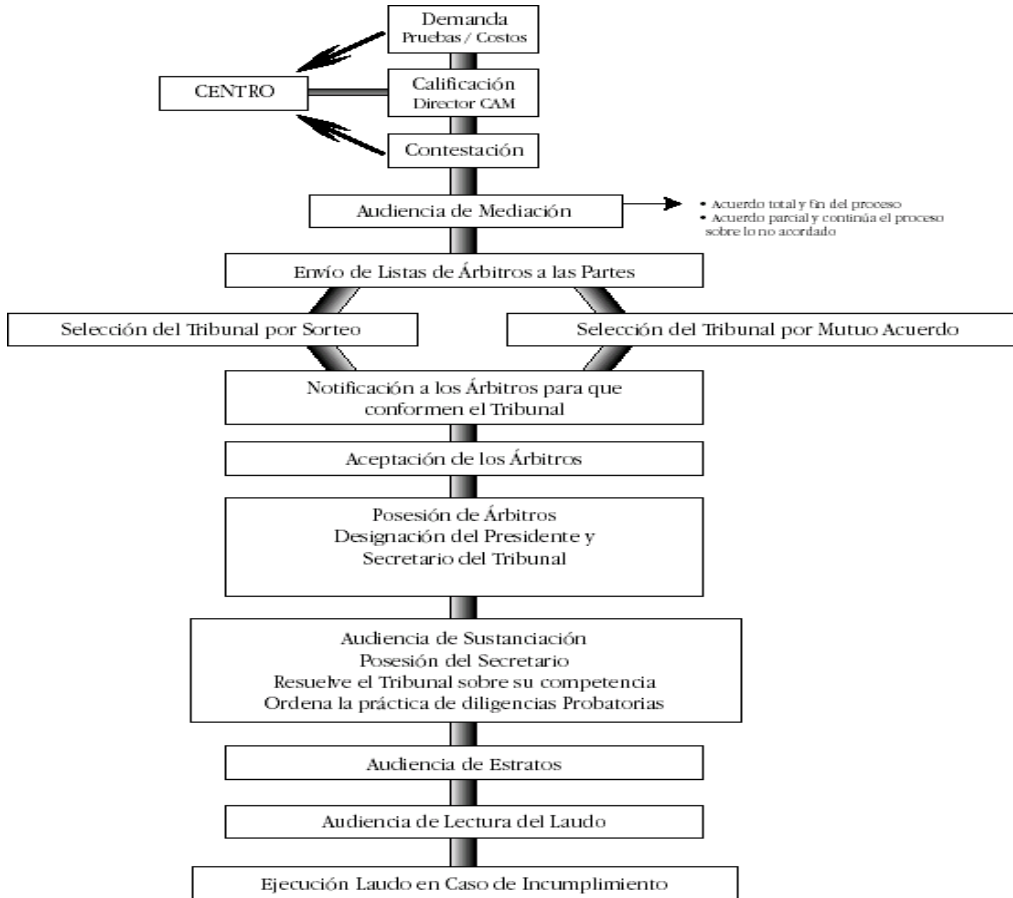
En la audiencia de sustanciación el tribunal arbitral designado se declara competente para conocer la causa dependiendo si los daños extracontractuales sobre los que van a resolver son o no transigibles, se posesiona el Secretario y en auto se ordena la práctica de las pruebas solicitadas tanto en la demanda como en la contestación y reconvencción. Una vez practicada la audiencia, desde esta fecha el tribunal tendrá el término máximo de ciento cincuenta días para expedir el laudo.

Una vez practicadas las diligencias probatorias el tribunal señalará día y hora para que las partes presenten sus alegatos en audiencia de estrados si es que lo solicitan. Las partes deben conocer del contenido del laudo en audiencia de lectura del laudo, para el efecto el tribunal señalará día y hora en la cual se dará lectura del laudo y entregará copia a cada una de las partes, demás esta recalcar que los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero pueden aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutoríe, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes.

Para un mejor entendimiento del proceso que acabamos de estudiar sería bueno remitirnos al organigrama tomado del libro informativo de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana⁹⁹ que nos ilustra lo que acabamos de expresar:

⁹⁹Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Libro informativo, Quito- Ecuador. 2010.

Gráfico 1. Flujo del proceso arbitral



Fuente: Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Libro informativo, Quito- Ecuador. 2010.

Continuando con la línea ideológica de nuestra propuesta de establecer la arbitrabilidad del daño extracontractual, como ya lo hicimos anteriormente, existe el daño extracontractual que se deriva de hechos jurídicos que pueden nacer de la acción por la voluntad unilateral del individuo o bien de la culpa por negligencia en su accionar, en este orden de ideas bien podría un tribunal arbitral entrar a conocer las diferencias surgidas entre las partes que no tienen ni tendrán un contrato que los obligue, pero si tienen un nexo jurídico que los relaciona que es el daño extracontractual, siempre y cuando sea transigible.

En este sentido no podemos hablar de una cláusula compromisoria toda vez que nunca existió un contrato entre las partes en conflicto, por lo tanto la forma de acceder al sistema de administración de justicia arbitral, será el compromiso como figura independiente que necesariamente tendrá que nacer de la unión de las voluntades, bajo la premisa de beneficio mutuo por las ventajas tantas veces mencionadas en esta investigación que presenta el arbitraje.

Entonces el compromiso que se dé entre las partes en controversia por los daños extracontractuales nacidos de hechos jurídicos, será el único instrumento jurídico que extraerá el conflicto de la justicia ordinaria para sumergirlo en el ámbito arbitral, de aquí en adelante se seguirá exactamente el mismo procedimiento que estudiamos líneas atrás, hasta llegar a la solución del problema sin los dolores de cabeza de la justicia ordinaria.

Finalmente hemos logrado plasmar la esencia jurídica y la viabilidad de nuestra propuesta de establecer la arbitrabilidad extracontractual en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la posibilidad es que la LAM tenga dentro de su redacción una figura de acuerdo de arbitraje, tal como menciona la Ley Modelo.

De la misma forma, respecto al compromiso deberá plasmarse en el texto de la norma arbitral, que el compromiso juega un doble papel pues no solo será el instrumento que viabilice el acceso al arbitraje de los daños extracontractuales nacidos de un convenio contractual anterior, sino también de aquellos que provengan del simple accionar doloso o culposo de los seres humanos.

4.2 Legislación comparada de la arbitrabilidad del daño extracontractual

En el derecho comparado, de manera general, se admite la procedencia del arbitraje en relaciones contractuales, pero no sucede lo mismo cuando se trata de relaciones extracontractuales. La responsabilidad extracontractual puede verse configurada cuando ocurran hechos que den lugar a procesos de indemnización de perjuicios a favor de los afectados por los daños extracontractuales.

Al respecto la doctrina se pregunta si es posible resolver las mencionadas diferencias utilizando el mecanismo arbitral. La respuesta generalizada, en el derecho comparado, es que este tipo de arbitraje está prohibido, debido a que los legisladores se han limitado a regular el denominado arbitraje contractual dejando de lado aspectos extracontractuales que bien podrían ser sujetos de transacción y por lo tanto acceder al sistema de arbitraje.

Sin embargo desde mi muy personal punto de vista, no existe ninguna limitante para que dos o más partes en conflicto suscriban un convenio arbitral encaminado a resolver juicios de responsabilidad por actuaciones extracontractuales, teniendo en cuenta que en tales procesos, de tramitarse ante la justicia convencional, pueden terminar por conciliación o transacción de las partes, lo cual confirma la disponibilidad del derecho, sustento básico para acceder al arbitraje.

En Colombia, por ejemplo, en cuya legislación se establece plena diferencia entre la cláusula compromisoria que sirve para regular asuntos contractuales, y el compromiso, que permite solucionar por vía arbitral asuntos contractuales y extracontractuales, si bien es cierto que la ley 80 de 1993 (Artículo 71) al tratar el compromiso lo amarró exclusivamente a asuntos contractuales, el artículo 32, ibídem, permite suscribir todos aquellos contratos previstos en el derecho privado, siendo el compromiso uno de ellos.

A decir de muchos tratadistas colombianos, el compromiso es un pacto arbitral por virtud del cual, quienes lo celebran acuerdan someter una diferencia preexistente de naturaleza contractual o extracontractual, a la decisión de árbitros. Se distinguen el compromiso de la cláusula compromisoria en que al celebrarse aquel, la discrepancia de contenido jurídico existe, el paso que en esta constituye una eventualidad.

La legislación colombiana, considera que para celebrar un compromiso, se requiere que el conflicto exista, en este sentido según el tratadista Néstor Martínez Neira, en el último inciso del artículo P. del decreto 2279 de 1989 dice lo siguiente "El compromiso puede pactarse una vez surgido el conflicto, antes o después de iniciarse el proceso

judicial; en éste último caso, mientras no se haya dictado sentencia de primera institución".¹⁰⁰

Así la nueva ley de arbitraje y Mediación 1563 que rige en Colombia desde el 12 de Octubre del presente año hace la diferenciación de estas dos figuras jurídicas del proceso arbitral de la siguiente forma:

Artículo 4. Cláusula compromisoria. La cláusula compromisoria, podrá formar parte de un contrato o constar en documento separado inequívocamente referido a él. La cláusula compromisoria que se pacte en documento separado del contrato, para producir efectos jurídicos deberá expresar el nombre de las partes e indicar en forma precisa el contrato a que se refiere.¹⁰¹

Notemos como hace referencia este artículo al hecho de que la cláusula compromisoria bien puede ser parte de un contrato o bien puede aparecer por separado, debiendo necesariamente expresar el nombre de las partes que la suscriben y la materia que deciden someter a la jurisdicción arbitral.

Por otro lado respecto al compromiso, la misma ley de Arbitraje y mediación de Colombia 1563 de Octubre del 2012, hace específica referencia determinándolo de la siguiente forma:

Artículo 6. Compromiso. El compromiso podrá constar en cualquier documento, que contenga:

1. Los nombres de las partes.
2. La indicación de las controversias que se someten al arbitraje.
3. La indicación del proceso en curso, cuando a ello hubiere lugar. En este caso las partes podrán ampliar o restringir las pretensiones aducidas en aquél.¹⁰²

Por lo tanto y de conformidad con lo transcrito, en Colombia ya están implementadas las figuras de la cláusula compromisoria y del compromiso como podemos notar, de

¹⁰⁰ MARTÍNEZ NEIRA, Néstor Humberto. *Modernas transformaciones del Derecho Mercantil*. Editorial Jurídica Dike, Medellín 1988. p. 364.

¹⁰¹ LEY 1563 DE 2012 de Colombia. "Por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones". En: <http://www.justiciaviva.org.pe/normas/nac01.pdf>. Acceso 25/10/2012.

¹⁰² *Ibidem*

este modo dice la legislación colombiana que bien puede hacerse un compromiso arbitral en materia contractual como en materia extracontractual.

Por otro lado otro de los países que ha avanzado vertiginosamente en la complementación de su legislación arbitral es Perú, el mismo que dentro de la redacción de su Ley de Arbitraje y Mediación actualmente vigente hace alusión a que se puede arbitrar respecto de las controversias contractuales y extracontractuales y lo hace de la siguiente forma:

Artículo 9o.- Definición de convenio arbitral.- El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral. El convenio arbitral puede estipular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada. Independientemente de lo dispuesto en el párrafo anterior, los árbitros se encuentran facultados para imponer multas hasta por un máximo de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias a la parte que no cumpla sus mandatos. Estas multas que serán en favor de la otra parte, constarán en el laudo arbitral y se ejecutarán conjuntamente con éste último.¹⁰³

Notemos como de la legislación peruana que acabamos de transcribir, dice que el convenio arbitral es el instrumento por el que las partes en uso y unión de sus voluntades deciden someter las controversias que han surgido entre ellas, bien sean contractuales o extracontractuales a conocimiento de un tribunal de arbitraje, convenio que tiene la facultad de obligar a cumplir con lo pactado por cada una de las partes.

La responsabilidad extracontractual es vista dentro del ordenamiento jurídico arbitral peruano como la consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar un daño a otro sin que medie un vínculo obligacional, en este sentido para los legisladores peruanos la utilización del contrato como criterio distintivo de la responsabilidad civil no ha merecido mayor atención y por lo tanto no la han plasmado en la redacción del CC, que más bien utiliza un criterio de distinción diferente: la obligación,

¹⁰³ Ley General de Arbitraje del Perú. Ley N° 26572. En: <http://www.justiciaviva.org.pe/normas/nac01.pdf>. Acceso 24/10/2012.

es por esto que dentro de la terminología de este cuerpo normativo peruano, se refiere a la “responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones”, y no a responsabilidad contractual.

En este sentido el lenguaje jurídico peruano al referirse a la responsabilidad contractual, a diferencia de lo que sucede con la extracontractual, no viene siendo un lenguaje de responsabilidad, sino de incumplimiento de obligaciones que se asienta en lo expresado por la tratadista Giovanna Visintini que dice:

La responsabilidad civil constituye un mecanismo de tutela jurídica resarcitoria que nace como consecuencia de un hecho jurídico ilícito, ya sea de origen obligacional y contractual o extracontractual. Es evidente que la responsabilidad civil en sus dos modalidades busca la tutela de situaciones jurídicas de desventaja, producida por la lesión o puesta en peligro de un bien o interés jurídico.¹⁰⁴

Según la legislación peruana, así sea que la responsabilidad civil tenga su origen en una obligación o en un ilícito civil, lo que interesa rescatar es la consecuencia producida por una determinada actuación del hombre, es decir, el daño que dará origen a la atribución de la referida responsabilidad. Así, la responsabilidad extracontractual moderna es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño causado de conformidad con lo que estipula el Código Civil peruano en el Artículo 1969 que dice: “Indemnización por daño moroso y culposo.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.¹⁰⁵

Con el objeto de obtener más fundamentos jurídicos de la realidad supranacional del arbitraje, también haremos una breve revisión de la legislación argentina respecto de la Arbitrabilidad de la responsabilidad extracontractual, de este modo comenzaremos por expresar que en este país tanto las leyes que se refieren al “arbitraje” como a la “mediación”, son leyes provinciales, es decir cada provincia aplica su propia ley en su territorio local. Así lo establece la Constitución Nacional disponiendo que el derecho de fondo es nacional, y por ello el Congreso Federal tiene la atribución de dictar los Códigos

¹⁰⁴ VISINTINI, Giovanna. *Responsabilidad contractual y extracontractual. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil*. Ara Editores. Lima. 2002. p. 224.

¹⁰⁵ Código Civil del Perú. Decreto Legislativo N° 295. Promulgado 24.07.84. Publicado 25.07.84

civil, comercial, penal, de minería y de trabajo; pero sin que tales Códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

De modo que en Argentina la legislación procesal constituye una materia no delegada en el Gobierno Federal y por ello reservada a las Provincias. En otras palabras, cada Provincia dicta su propio ordenamiento procesal tanto en materia civil cuanto en materia penal. Y si bien en las últimas décadas algunas Provincias adhirieron, con pocas variantes “locales”, al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (cuya aplicación se reduce a los tribunales federales y a los “nacionales” de la Ciudad de Buenos Aires), muchas otras conservan su propia legislación ritual.

Sin embargo el arbitraje en Argentina, puede tener su origen tanto en la ley como en la voluntad de las partes. En el primer caso, es el proceso contemplado por la ley en el cual se admite la posibilidad de que las partes sometan la decisión de sus diferencias a uno o más jueces privados a quienes habitualmente se denomina “árbitros” o “amigables componedores”, según actúen conforme a dimensiones formales legalmente preestablecidas y resuelvan o no el conflicto conforme a las normas jurídicas.

En el segundo caso, el arbitraje nace a partir de la voluntad de las partes que deciden excluir la jurisdicción judicial, remitiendo determinadas cuestiones litigiosas a la decisión de particulares. Los árbitros tienen una jurisdicción nacida de fuente convencional y por lo tanto limitada al caso, es decir las partes realizan un acuerdo en el que deciden someter la cuestión a uno de los tipos de arbitrajes admitidos en este país. Son las mismas partes, en virtud de que el Estado lo admite con carácter general, quienes crean la instancia y otorgan a los árbitros el carácter de jueces, y al hacerlo tienen el objetivo primordial de encomendarles la resolución de un caso concreto.

Pero este acuerdo de voluntades del cual nos habla la legislación argentina genéricamente denominado “acuerdo arbitral” puede hallarse representado en un solo acto, o bien dividirse en dos actos sucesivos al igual que en la legislación colombiana que ya revisamos en secciones anteriores, de este modo y según esta última hipótesis la legislación arbitral argentina contiene una “cláusula compromisoria” por la cual las partes

deciden someter algunos asuntos a árbitros sustrayéndolos del conocimiento de jueces ordinarios, quedando obligadas a solucionar el conflicto por esta vía respecto de los asuntos apuntados en la cláusula compromisoria.

Si una de las partes se niega a cumplir con lo acordado, la otra tiene la posibilidad de iniciar acciones judiciales para compeler a la celebración efectiva del compromiso, a pesar de esta aclaración la cláusula compromisoria no es suficiente por sí, pues es exigencia legal que las partes suscriban el Compromiso Arbitral, que debe formalizarse una vez que ha surgido el conflicto, “por escritura pública o instrumento privado o por acta extendida ante el juez de la causa o ante aquél a quien hubiese correspondido su conocimiento”.¹⁰⁶

A posterior y una vez que la controversia se materializa por la existencia de una responsabilidad, es necesario convenir aspectos concretos a través del compromiso arbitral, para lo cual deben concurrir ciertos requisitos, como podemos apreciarlo en la sección del Código Civil argentino que habla del juicio arbitral, específicamente en el artículo 740 que expresa lo siguiente:

Art. 740. - El compromiso deberá contener, bajo pena de nulidad:

- 1) Fecha, nombre y domicilio de los otorgantes.
- 2) Nombre y domicilio de los árbitros, excepto en el caso del artículo 743.
- 3) Las cuestiones que se sometan al juicio arbitral, con expresión de sus circunstancias.
- 4) La estipulación de una multa que deberá pagar, a la otra parte, la que dejare de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso.¹⁰⁷

Para finalizar este breve estudio acotaremos que conforme al artículo 736 del Código Civil argentino, toda cuestión entre partes podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de éste, con excepción de las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción que no podrán comprometerse en árbitros, es decir la regla general es que se puede transigir sobre toda

¹⁰⁶ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina. Texto actualizado de la Ley N° 17.454 (t.o. 1981).

¹⁰⁷ *Ibidem*.

clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza, y aunque estuviesen sometidos a una condición.

Sin embargo la excepción de esta regla está en las cuestiones sobre validez o nulidad de matrimonio, salvo que sean en favor de la validez, las herencias futuras, las cuestiones relativas a la patria potestad, o a la autoridad del marido, sobre el propio estado de familia, sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas sea por filiación natural o legítima, confirmando lo prescrito en el artículo 844 del CC, conforme al cual no pueden ser objeto de las transacciones, las cosas que están fuera del comercio “y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención”,¹⁰⁸ es decir sobre cosas que están en el comercio o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia o que perjudiquen a un tercero.

De esta forma a través de lo expresado a lo largo de este capítulo, hemos evidenciado la posibilidad de poder llevar al ámbito del proceso arbitral, algunos tipos de daños extracontractuales, apoyándonos incluso en la inquietud que han tenido algunos países circundantes al nuestro en torno al tema.

¹⁰⁸ *Ibíd.*

CAPÍTULO V

5. ANÁLISIS JURÍDICO Y PROPUESTA DE REFORMA DEL ARTÍCULO 5 Y DEL ARTÍCULO 31 DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN

Hasta el momento a lo largo de esta investigación hemos logrado establecer con claridad que es el arbitraje y porque se ha convertido en un método alternativo de administración de justicia, cada vez más utilizado en la actualidad debido a la incapacidad manifiesta de la justicia ordinaria, por otro lado también hemos evidenciado que a pesar de que la LAM que rige este proceso alternativo es bastante completa, aun adolece de algunas falencias que deben ser corregidas

En este sentido como ya lo expresamos anteriormente la ley arbitral hace referencia especialmente a la responsabilidad contractual, es decir a aquella que nace de un contrato firmado entre partes que unen sus voluntades en unidad de acto para adquirir derechos y obligaciones, mencionando muy sutilmente la responsabilidad civil extracontractual que no se origina de ningún convenio o acuerdo previo, sino que nace de los hechos o acciones cotidianos de los seres humanos que bien pueden ser voluntarios o involuntarios pero que finalmente provocan un daño que debe ser reparado.

En la actualidad esta potestad jurisdiccional está reservada casi exclusivamente para la justicia ordinaria, que tras de ser ineficiente en su trabajo tiene que entrar a conocer casos sobre daños o responsabilidad extracontractual que bien podrían ser resueltos buscando un acuerdo entre las partes, descongestionando de esta forma el sistema ordinario.

Siguiendo este orden de ideas que hemos expresado, bien conviene trabajar sobre nuestra propuesta, en la cual el sistema arbitral puede y debe abocar conocimiento de ciertas responsabilidades extracontractuales susceptibles de transacción, claro previo un compromiso arbitral entre las partes afectadas por los daños que se han hecho presente y han provocado el enfrentamiento de dos partes por buscar la reparación del mismo.

En tal sentido y para poder diferenciar los cambios sustanciales de nuestra propuesta, partamos de citar el artículo cinco de la LAM vigente, que dice lo siguiente:

Art. 5.- 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.

El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje.

La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral.

No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al Juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él.¹⁰⁹

Como podemos observar en el artículo transcrito, la ley determina que se puede entrar a conocer las controversias surgidas de una relación jurídica previa, la misma que se establece con un contrato, pero si analizamos detenidamente la parte final del primer inciso menciona el termino no contractual, es decir deja abierta la posibilidad de que un tribunal arbitraje bien pudiera resolver problemas de responsabilidad extracontractual, mas como se ha evidenciado hasta ahora, la mayoría de los tribunales de arbitraje en base a la potestad del principio Kompetenz – Kompetenz, prefieren declararse incompetentes en razón de que no existe un procedimiento lo suficientemente amplio que establezca la ley que les permita ejercer esta jurisdicción.

Es en base a esta realidad que en acápite anteriores expusimos la forma en que otras legislaciones como la colombiana, la peruana y la argentina han establecido procedimientos que les permite entrar a resolver por la vía del arbitraje ciertos casos de responsabilidad extracontractual bajo la regla general que deben ser susceptibles de transacción.

¹⁰⁹ Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 5.

Pero para este objetivo estas legislaciones han incorporado la figura del compromiso, como instrumento válido de acuerdo entre partes que son afectadas por la presencia de daños extracontractuales, es decir que nacen de los hechos voluntarios o involuntarios de las personas o de las cosas a su cuidado, por lo en base de estas experiencias supranacionales, se hace evidente la necesidad de implementar dentro del artículo 5 de la LAM esta figura que viabilice el arbitraje extracontractual.

Así bien, podría constar a continuación del inciso segundo del artículo 5 de la LAM un tercer inciso que a mi parecer dirá:

En el caso de los daños extracontractuales que sean susceptibles de transacción, que se presenten entre dos partes o más, se hará necesario el establecimiento de un acuerdo de arbitraje, dentro del cual se armonizaran las voluntades en unidad de acto, expresando su intención de someter sus controversias al sistema arbitral, el mismo que será el documento habilitante para que un tribunal de arbitraje se envista de jurisdicción para resolver la disputa.¹¹⁰

Para asegurar que ninguna de las partes contratantes del compromiso arbitral intente no cumplir, se establecerá una sanción dentro del texto del compromiso a manera de clausula sancionatoria que será lo suficientemente influenciante para obligar al cumplimiento de lo pactado. Sin embargo, esto no soluciona la realidad fáctica que cuando dos partes se encuentran en medio de una controversia, es difícil que se pongan de acuerdo en la forma en la que solucionarán los conflictos, menos aún en los hechos que configuraron la controversia. Por lo que debería eliminarse la segunda parte del segundo inciso del actual artículo 5 (“En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje.”¹¹¹) con lo que se eliminaría el requisito de referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje, de manera que las partes, en lo único que deban estar de acuerdo es en someterse al arbitraje.

¹¹⁰ Redacción realizada por el autor de esta Investigación Jimmy Rodríguez.

¹¹¹ Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 5.

5.1 Requisitos

Pero como no puede ser de otra manera esta nueva figura que se intenta implementar en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, necesita de unos requisitos para su configuración como los siguientes:

Capacidad para transigir.- Según la normativa civil vigente en el Ecuador, tienen capacidad para realizar una transacción o acuerdo todas las personas que hayan cumplido 18 años de edad y que no se encuentran comprendidos en las reglas de las incapacidades que el mismo cuerpo legal civil establece.

Pactar un compromiso arbitral.- El compromiso que se estipulará entre las partes y que permitirá el acceso a la justicia arbitral, deberá ser por escrito en donde se expresen todos los requisitos de ley.

La responsabilidad debe ser de carácter extracontractual.- Los daños sobre los cuales se arbitrará por medio de la figura del compromiso son aquellos que emanan de los hechos jurídicos de diario convivir de las personas, en donde bien sea con voluntad o sin ella pueden causar daños a otros que deben ser reparados.

El compromiso será de carácter contractual.- En el sentido de que interviene la voluntad de las partes para su constitución, por lo tanto debe plasmarse por escrito en un instrumento que contenga las obligaciones y derechos que nacerán de este pacto, el mismo que recibe el nombre de contrato para amparar la relación jurídica que se está desarrollando entre las partes. Lo que de ninguna manera quiere decir que la materia misma del arbitraje se convierta en materia contractual.

Sanción por incumplimiento.- Como se dijo el compromiso es un contrato que obliga a las partes, sin embargo puede darse el caso de que una de ellas intente incumplir, ante este evento bien vale la pena dotarle al compromiso de una figura sancionatoria que se establecerá a manera de cláusula y que deberá lo suficientemente coercitiva, como para que la parte disidente en un juicio de ponderación sobre las consecuencias de la imposición de esta sanción prefiera no incumplir con lo pactado.

Al respecto de esta sanción como se dijo líneas arriba debe ser redactada dentro del compromiso arbitral a manera de clausula sancionatoria que a mi parecer como investigador del derecho, debe ser redactada de la siguiente forma:

Clausula sancionatoria.- Si una de las partes que suscriben el presente contrato de compromiso arbitral desconociera el acuerdo de someterse al proceso arbitral, o el laudo que ponga fin a esta controversia se le impondrá una sanción que consistirá en (la sanción bien puede ser una cantidad de dinero que cubra relativamente el monto del daño extracontractual más las costas y honorarios profesionales o bien puede ser de otro tipo, todo dependerá de la clase de daño extracontractual sobre el cual se intenta arbitrar).¹¹²

De esta forma justificamos plenamente desde el ámbito jurídico la propuesta de implementación de la figura del compromiso arbitral dentro del artículo 5 de la LAM, con la finalidad de trasladar ciertos casos de responsabilidad extracontractual al plano arbitral y de esta forma despojar a la justicia ordinaria de esta jurisdicción que no ha sabido desarrollarla con la diligencia que necesita.

Con respecto a la posible reforma del artículo 31 de la LAM, diremos que es imperiosa en cuanto a que el cambio propuesto anteriormente, al no definir hecho específicos sobre los que se arbitrará la controversia extracontractual, necesita cubrir su accionar evitando que los laudos caigan en posible causal de nulidad.

El artículo 31 literal d de la LAM dice lo siguiente:

Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:

d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado¹¹³.

La reforma estaría específicamente en este literal, que quedaría con el siguiente texto:

d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamada, excepto en controversias que versen sobre daño extracontractual; o,¹¹⁴

¹¹² Redacción realizada por el autor de esta investigación Jimmy Rodríguez.

¹¹³ Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 31.

Con esta reforma fortalecemos el sistema de arbitraje en cuanto a daño extracontractual se refiere, ampliando la jurisdicción de los árbitros en este campo y sin hacer que esto sea una causal de nulidad del laudo.

Pese a que “la garantía de la doble instancia no tiene carácter absoluto, y el legislador puede establecer ciertos procedimientos excepcionales de instancia única¹¹⁵”, en caso de existir una ilegalidad cometida por los árbitros existe siempre para la parte perjudicada la acción extraordinaria de protección¹¹⁶.

A continuación y para complementar esta propuesta, nos remitiremos a hacer un breve estudio de los beneficios que traería la arbitrabilidad de la responsabilidad extracontractual, en torno al tema de la celeridad procesal que es uno de los elementos que justifica la creación de la jurisdicción convencional en la que se desarrolla el arbitraje.

5.1. Celeridad procesal

En el Ecuador hoy más que nunca se ha vuelto una insoslayable necesidad, que la actividad procesal resuelva los procesos en un plazo razonable; hecho que de alcanzarse constituiría un paso importante para recobrar la confianza en nuestra Administración de Justicia. El problema de celeridad de los procesos y la pronta tutela de los derechos ha sido una constante doctrinaria en nuestro país, acostumbrado a reformas publicitadas mas no eficaces, con lo cual retumba en los oídos de los justiciables el aforismo que reza “justicia que no es rápida, no es justicia”.

Ya el insigne tratadista Eduardo Couture señalaba que en el proceso, “el tiempo es algo más que oro, es justicia”¹¹⁷, lo cual también nos da cuenta de la inversión de horas hombre perdidas como consecuencia de la tardía resolución de un proceso, problema que no compete exclusivamente a las partes procesales, sino también a la confianza de los ciudadanos y a la seguridad jurídica de nuestro país, al aumentarse la incertidumbre

¹¹⁴ Redacción realizada por el autor de esta investigación Jimmy Rodríguez.

¹¹⁵ JARA, María Elena. *Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis*. en “Revista Ecuatoriana de Arbitraje” obra colectiva dirigida por Juan Manuel Marchán. Cevallos, Quito. 2011. p. 180.

¹¹⁶ Constitución de la República del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 94.

¹¹⁷ COUTURE, Eduardo. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Buenos Aires. 1954, p. 37 (citado por J. Montero Aroca. 1975. “La Duración del Proceso Declarativo Civil Español”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 24, p. 817).

sobre el resultado de la actividad cognitiva del juez, expectativa que queda relegada en el tiempo y cuya solución resulta menos oportuna, cuanto más demora exista en su resolución.

Esta crisis mencionada líneas arriba se encuentra configurada esencialmente por el llamado “doble discurso” que existe en nuestra legislación. Mientras que por un lado, los plazos procesales que se establecen en la legislación adjetiva puede que resulten razonables y definidos para predecir en qué momento se puede obtener una respuesta de los órganos jurisdiccionales.

Por otro lado, éstos se ven relegados a ser simple teoría por una serie de circunstancias, entre las cuales se puede detectar la falta de una estrategia integral desde el Consejo de la Judicatura para favorecer la agilidad de los procesos, la inmensa cantidad de procesos que recaen en juzgados especializados, que resultan insuficientes para evacuar estos procesos, así como el manejo lento que se tiene en los Juzgados, Tribunales y Cortes por la incapacidad y falta de preparación de los funcionarios judiciales que ahí trabajan.

Ante este panorama desolador y el desespero del conglomerado social ecuatoriano, es que la misma Constitución ha reconocido nuevos métodos de administración de justicia alternativos, entre ellos el arbitraje cuyo verbo rector se basa en la celeridad procesal con la cual se ventilan los casos puestos en su conocimiento, la eficacia que implica y la seguridad de poder escoger a los árbitros, que bien pueden ser personas versadas en determinada materia que garantizará la expedición de una resolución o laudo arbitral motivado y fundamentado bien sea en derecho o bien en equidad.

Entonces, podemos señalar que, a la luz de la tendencias actuales respecto del eficientismo procesal, es preciso señalar que en nuestro país, el sistema de administración de justicia en árbitros, establece plazos más reducidos para la resolución de los procesos, a comparación de los procesos sumamente procedimentistas de la justicia ordinaria, sin embargo la LAM aún necesita de algunos ajustes respecto a la responsabilidad extracontractual, que evidentemente no puede ser llevada a cabo si no existe la voluntad política de los legisladores y de los propios operadores jurisdiccionales.

En suma, un proceso de reforma no se puede llevar a cabo con tan solo un cambio de normas adjetivas, sino también con la progresiva incorporación de instituciones procesales como la del compromiso arbitral, que adaptadas a la realidad nacional pueden favorecer la pronta solución de los conflictos por responsabilidad extracontractual que sean susceptibles de transacción, fortaleciendo adecuadamente el principio procesal de celeridad que permitirá recobrar paulatinamente la confianza de la sociedad ecuatoriana en la justicia.

La celeridad procesal no es un principio abstracto: muy por el contrario, es el alma del servicio de justicia. Está claro que la existencia del debido proceso se debe necesariamente a la existencia de una justicia que no puede y no debe prolongar innecesariamente el litigio; ya que la sociedad debe recomponer su paz a través del proceso en el más breve plazo; y es de su interés que el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica se dilucide prontamente. Esta situación de hecho ya se encuentra reconocida constitucionalmente en nuestro país y en el derecho comparado como una garantía protegida a nivel supranacional.¹¹⁸

Tras lo expresado hasta este momento podemos detectar a simple vista que por el principio de celeridad se persigue la obtención de una justicia oportuna, sin dilaciones, lo cual se puede conseguir a través del sistema alternativo de administración de justicia arbitral, que al lograr reformarlo e incluirle la competencia de resolver conflictos por responsabilidad extracontractual, fomentará la efectividad del mencionado principio procesal.

5.2. La identidad objetiva y subjetiva de la responsabilidad extracontractual

Haciendo una pequeña remembranza de lo estudiado hasta el momento, en términos generales, la responsabilidad civil contractual es la que proviene del incumplimiento de las obligaciones que ha generado un contrato, mientras que la extracontractual es la que se origina en una relación jurídica en la que ha estado ausente el vínculo contractual. Una vez establecida la diferencia entre ambas clases de responsabilidad, es necesario analizar la diferencia, ahora, entre la responsabilidad extracontractual objetiva y la responsabilidad extracontractual subjetiva.

¹¹⁸ CANELO RABANAL, Raúl Bladimiro. La Celeridad Procesal: Nuevos Desafíos hacia una reforma integral del proceso civil en busca de la justicia pronta. En: <http://www.abogadoperu.com/canelo-rabanal-raul-bladimiro-cal-11906.php>. Acceso 26/10/2012.

La responsabilidad objetiva generalmente se genera sin consideración del elemento intencional por parte del agente – esto quiere decir que no interesará si hubo culpa o dolo en la conducta del agente. Lo fundamental será la existencia y constatación del daño objetivamente considerado, y puede estar previamente contemplado por la ley.

En la responsabilidad extracontractual subjetiva, en cambio, dependerá necesariamente de un acto del agente al que se le pueda atribuir culpa o dolo. En este caso, lo determinante no es el perjuicio en sí mismo, sino la conducta del agente.

En nuestro país, existe un miedo a la teoría objetiva, que se basan más en perjuicios teóricos que en realidades. En el campo penal la llamada responsabilidad objetiva tiene como consecuencia de ella una pena, una sanción. Por el contrario, en el área de la Responsabilidad Civil, la consecuencia es simplemente restablecer un equilibrio patrimonial que se rompió con el hecho del actor, y en ese momento, si es viable la responsabilidad objetiva.

En el sector penal, para que nazca la responsabilidad se requiere la imputación jurídica que no sólo conlleva la imputación física sino además la capacidad jurídica para comprender y querer un resultado. Por su parte en el campo civil basta la imputabilidad física para que surja la obligación de indemnizar, siempre y cuando se den los otros requisitos que exige la responsabilidad civil, como el hecho, el daño y el nexo causal.

Al momento de vivir en comunidad se imponen restricciones a los derechos absolutos y lógicamente la obligación de asumir los resultados de los hechos dañosos que se cometen. Donde hay un derecho debe un haber, sucesivamente, una obligación. Una de las obligaciones es la de responder, desde el punto de vista patrimonial, por todos los daños que se ocasionen a otros patrimonios o a otras personas.¹¹⁹

Dentro de este contexto, la teoría objetiva es aquella que permite cargar al patrimonio de una persona las consecuencias económicas o patrimoniales de un hecho que ha causado un daño a otro, sin que interese la intención, la imprudencia o la negligencia que la haya originado y por lo mismo no conlleva una sanción o una pena, lo importante es establecer la imputabilidad física del hecho, el daño y el nexo de causalidad entre el hecho y el daño.

¹¹⁹TAMAYO LOMBANA, Alberto. *La responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá - Colombia. 2005. p. 253.

Corresponde ahora determinar cuál patrimonio es el que en principio debe resguardar la organización social, será tal vez el de quien causa el daño, o el de quien lo sufre, que generalmente es inocente o ajeno al daño y a sus causas, la respuesta a todas luces es la segunda. Sin embargo si observamos la culpa en su tendencia subjetivista busca defender el patrimonio del autor del daño, provocando que para que progrese una petición por responsabilidad civil extracontractual, el perjudicado debe demostrar la culpa del causante de lo contrario no existe, en este sentido de no probar el daño causado, el perjudicado asume a su cargo las consecuencias patrimoniales del daño o en otras palabras se presume responsable del daño al afectado, de tal forma que, debe asumir las consecuencias patrimoniales, económicas y morales del hecho.

Es por esto que en contraposición de esta presunción de que el responsable es quien sufre el daño, frente a una presunción de inocencia de quien ha sido el autor del mismo, surge la teoría objetiva de la responsabilidad civil e invierte los papeles, dando como responsable al autor del daño e inocente a quien lo sufrió, convirtiéndose en una razón probatoria que hoy en día es definitiva para el éxito o fracaso de las pretensiones del afectado o por lo menos así lo expresa el Art. 2220 de nuestro el CC, al señalar como responsable directo del daño a quien lo causó de la siguiente forma:

Art. 2220.- Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado.

Así, los padres son responsables del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa.

Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado.

Así, los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso.

Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho.¹²⁰

A pesar de lo expuesto, existen ciertas situaciones en las que aparecen dos presunciones de responsabilidad distintas, como en los casos por responsabilidad por hecho de terceros, mencionados en los incisos 2), 3) y 4) del artículo citado del CC,

¹²⁰ Código Civil del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 2220.

señalando al final en el inciso 5) una de las causas que puede eximir al responsable de la obligación de indemnizar por el daño causado.

En este sentido la primera surge contra el autor material del daño, que se basa en la responsabilidad objetiva y la segunda, nace para quien debe responder por aquél y puede destruirse de acuerdo con las circunstancias contempladas en las mismas normas, es decir, si demuestra cuidado, vigilancia, prudencia y control sobre las personas por las cuales se debía responder. Conviene entonces mencionar que en el vecino país de Colombia, nadie está forzado a asumir las consecuencias patrimoniales de los hechos dañosos cuando éstos provienen de fuerzas de la naturaleza o de hechos no imputables directa o indirectamente a otra persona.

En este orden de ideas bien podemos evidenciar la necesidad de cambiar la posición que equivocadamente se ha venido argumentando por los defensores de la tesis subjetivista de la responsabilidad civil, canalizándolas hacia las condiciones de vida actuales, las actividades humanas con la invención y uso de objetos, cosas y bienes exigen un cambio radical en el campo del derecho.

Sin embargo y a pesar del intento de algunos tratadistas de sustentar tesis para dar fin a esa injusticia, éstas no han sido suficientes por lo que se evidencia la imperiosa intervención del derecho del patrimonio del perjudicado, encaminado u orientado a acoger la teoría de la responsabilidad objetiva en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, para ser consagrada de forma legislativa o jurisprudencialmente, la presunción en la que no haya la necesidad de probar el factor subjetivo de la responsabilidad por parte del perjudicado.

Por otra parte en el artículo 2216 del CC que dice: “Están obligados a la indemnización el que hizo el daño y sus herederos”,¹²¹ podemos notar claramente como se extiende la responsabilidad civil a los herederos, es decir no sólo el responsable directo es obligado a la indemnización sino sus beneficiarios también, configurándose de esta forma la transmisibilidad de la responsabilidad civil a diferencia de la responsabilidad penal que es personalísima y por lo tanto no se transmite a ningún título.

¹²¹ Código Civil del Ecuador. *Óp. cit.* artículo 2216.

Si aplicáramos la responsabilidad objetiva esa norma continúa aplicándose como hasta el momento se ha venido haciendo, sólo que como herederos del causante también se presumen responsables y deben ellos desvirtuar la presunción para liberarse de la obligación de indemnizar.

Sin embargo fieles a nuestro tema de investigación terminaremos haciendo mayor énfasis en la responsabilidad subjetiva que se basa en la acción antijurídica y culpable específica de un sujeto determinado que causa un daño, el cual lesiona intereses jurídicamente relevantes, en este contexto deben concurrir tres elementos fundamentales para que se constituya este tipo de responsabilidad, que son el daño, el comportamiento culpable y la causalidad entre el comportamiento y el daño causado.

Pero además de estos requisitos mencionados es necesario para que se constituya un daño responsable la existencia indispensable de la antijuridicidad del acto que es más que “una calificación que hace el ordenamiento de una actividad determinada cuya valoración resulta negativa y por tanto censurada por el mismo cuerpo jurídico, de manera que se entiende como una actividad ilícita”.¹²²

En este punto es importante aclarar que dicha valoración negativa no debe estar justificada por un estado de necesidad, legítima defensa o el ejercicio de un derecho, pues en dicho caso la antijuridicidad no sería tal y por tanto, al estar el comportamiento causante del daño justificado, no cabría imputar ningún tipo de responsabilidad.

Como segundo elemento fundamental de la responsabilidad civil extracontractual subjetiva está el comportamiento que debe ser desplegado con culpa por el sujeto dañoso, es decir, debe existir un comportamiento culpable que debe tomar en cuenta dos cuestiones: la imputabilidad, vista desde el punto de vista de la capacidad del sujeto, y la culpabilidad en sentido estricto.

Desde el primer punto de vista, únicamente un sujeto capaz es imputable, en cuanto a la culpabilidad definida en sentido estricto tenemos que hacer referencia a la evitabilidad

¹²² PÉREZ VARGAS, Víctor. *Derecho privado*. 1994; P. 397. Debemos tomar en cuenta que no cualquier daño ocasionado a un bien interés relevante para el ordenamiento jurídico resulta de un comportamiento ilícito pues es posible encontrar daños legítimos, como lo son los causados con el consentimiento del ofendido, en legítima defensa, estado de necesidad o en ejercicio de un derecho. A estos eventos justificantes del daño se les conoce como causas excluyentes de la antijuridicidad o causas de justificación pues hace que el daño resulte justificado y por tanto lícito, el daño que visto individualmente resultaría ilícito y por tanto antijurídico.

o inevitabilidad del daño producido, de manera que si el sujeto hubiese tenido la debida diligencia el daño pudiere haberse evitado o no, mas si no pudiere haberse evitado y si el sujeto al que se le trata de imputar el daño tuvo toda la diligencia necesaria, entonces podemos decir que el daño fue imprevisible y se ha debido al caso fortuito; por tanto, no podría culparse a ningún sujeto con lo cual se excluye la responsabilidad.

De no existir caso fortuito y el sujeto sea capaz, será culpable y si de antemano se corroboró la antijuridicidad de la acción y el nexos causal existente entre el daño y la actividad desplegada por el mismo, entonces es responsable subjetivamente del daño causado y por consiguiente está obligado a indemnizar pecuniariamente al sujeto lesionado por un monto equivalente al daño causado.

De esta forma llegamos a la parte final de esta investigación, la misma que de forma científica jurídica ha intentado dilucidar la gran problemática del ordenamiento jurídico ecuatoriano, en lo que tiene que ver con la posibilidad de trasladar ciertas responsabilidades extracontractuales a la jurisdicción del arbitraje, evidenciando el posible proceso a seguirse tanto para reformar la LAM vigente en el territorio patrio, como exponiendo las experiencias supranacionales de países circundantes al nuestro que marcaron la pauta para la elaboración de nuestra propuesta.

Concluyendo podemos decir que ante la incapacidad de la justicia ordinaria, al contrario de lo que la mayoría hace, aparte de criticarla en los más duros términos jurídicos también nos hemos tomado el trabajo de complementar nuestro estudio con la elaboración de la propuesta de fortalecer la figura jurídica del compromiso arbitral, el mismo que será el instrumento que permitirá el acceso a los árbitros para resolver casos de responsabilidad extracontractual y de esta manera aminorar la carga laboral de los juzgados y tribunales del país.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES T RECOMENDACIONES

6.1 Conclusiones

1. En la actualidad nuestro ordenamiento jurídico permite el acceso de la justicia en árbitros, especialmente sobre daños contractuales surgidos de una relación jurídica que nació por medio de un contrato suscrito entre las partes en controversia que acuden a este método alternativo de administración de justicia.

2. La responsabilidad extracontractual o daños extracontractuales, que son aquellos que nacen u se originan de los hechos jurídicos de las personas en su diario convivir, son conocidos únicamente por la justicia ordinaria que pese a los notables intentos por modernizarla aún no ofrece la celeridad deseable en la resolución de causas, sus procesos son onerosos y largos.

3. La Constitución, ante el panorama de la justicia ordinaria, y más allá de solamente eso por fortalecer los métodos de solución alternativa de conflictos, contempla dentro de su redacción estos métodos, entre ellos el arbitraje, que consiste en someter las controversias o disputas jurídicas a la resolución de un tercero imparcial, cuya decisión tendrá los mismos efectos de una sentencia ejecutoriada.

4. En la actualidad la buena parte de las relaciones jurídicas que se dan entre los integrantes de la sociedad ecuatoriana, han elegido someter las posibles controversias que surjan de la misma, a la justicia en árbitros, por los múltiples beneficios que otorga este sistema como la confianza, menor tiempo de solución, la posibilidad de elegir los integrantes del tribunal de arbitraje de acuerdo con la materia en disputa, etc.

5. La LAM vigente en nuestro país, podría considerar una reforma en sus artículo 5 con el objetivo de mencionar de una forma más amplia la arbitrabilidad de los daños extracontractuales para de esta manera fortalecer su solución por vía arbitral. Lo anterior con el objetivo de que las partes ya en un conflicto, no deban especificar los hechos, puesto que en un conflicto escalado es poco probable que las partes se pongan de acuerdo en estos puntos, pero podrán estar de acuerdo en someter su controversia al arbitraje y con eso bastará.

6. La LAM también podría considerar una reforma en el literal d del artículo 31 de manera que los laudos arbitrales que decidan sobre daños extracontractuales no caigan en causal de nulidad. Las dos reformas anteriores fortalecidas en ejercicio del principio *favor arbitralis*.

7. Pese a que la garantía de la doble revisión no es de carácter absoluto, pensamos que es importante un mecanismo de control de todas las decisiones que administren justicia, por lo que, podría recurrirse a una acción extraordinaria de protección en caso de que una de las partes se sienta perjudicada con el laudo sobre daños extracontractuales.

6.2 Recomendaciones

1. En base de las conclusiones expuestas, se configura la necesidad de elaborar un proyecto de ley para presentarlo ante el razonamiento jurídico de nuestros legisladores, con el fin de hacer realidad una reforma de los artículos 5 y 31 de la LAM vigente.

2. Incentivar al Consejo de la Judicatura, como órgano rector de la justicia ecuatoriana a conformar un grupo jurídico elite, compuesto por catedráticos, juristas, doctrinarios, tratadistas internacionales en materia de arbitraje, árbitros de los diferentes centros de mediación y arbitraje con los que cuenta el país con el fin de recopilar sus aportes jurídicos para sistematizarlos, sintetizarlos y perfeccionarlos en la elaboración del proyecto de ley que reformara la normativa arbitral y que será presentado ante la Asamblea Nacional.

4. Promover una revisión general de la actual la LAM, y de sus leyes conexas con el objetivo de mejorar muchas áreas grises que mantiene la ley, no solamente en lo que respecta al tema de los daños extracontractuales, sino también por ejemplo al procedimiento de aplicación de los recursos extraordinarios de protección sobre decisiones de tribunales arbitrales, legalidad o no de los juicios de competencia entre la justicia ordinaria y la arbitral y viceversa, garantía de doble revisión en cuanto a la declaratoria de competencia de los árbitros, entre otros temas importantes.

Bibliografía.

a) Libros.

1. Antolisei, Francesco. *La relación de causalidad. En Imputación objetiva y antijuridicidad. Estudios de Derecho Penal.* Primera edición. Caracas. Editorial Jurídica Bolivariana. 2002.
2. Andrade Cevallos, Miguel. *Ley de Arbitraje y Mediación Transigible y Arbitraje en Equidad* en “Revista Ecuatoriana de Arbitraje” obra colectiva dirigida por Juan Manuel Marchán. Cevallos, Quito. 2011. p. 206.
3. Arias, Max. *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984.* Tomo I. Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2da. Edición actualizada, 1995.
4. Aylwin Azócar, Patricio. *El juicio arbitral.* Editorial Jurídica de Chile. Quinta edición actualizada y completada. Santiago. 2009.
5. Alterini, Atilio. *Responsabilidad Civil.* Buenos Aires – Argentina. Editorial Dike, 1995.
6. Baytelman, Andrés. “*El juicio oral*”, en *El Nuevo Proceso Penal, Cuadernos de trabajo, número 2.* Universidad Diego Portales. Santiago de Chile. 2000.
7. Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la responsabilidad civil.* Buenos Aires – Argentina. 8ª edición. Editorial Abeledo Perrot. 1993.
8. Benetti Salgar, Julio. *El Arbitraje en el Derecho Colombiano,* Editorial Temis. Bogotá. 1994.
9. Bonivento Fernández, José Alejandro. *Los Principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales.* Talleres editoriales de la librería Stella. Segunda Edición. Manizales – Colombia. 1974.
10. Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje Comercial de las Inversiones.* Lima – Perú. Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2007.

11. Cifuentes, Santos. *Vicios de la voluntad*. Buenos Aires – Argentina. Editorial Heliasta. 2006.
12. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Libro informativo, Quito- Ecuador. 2010.
13. Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago de Chile. Editorial jurídica de Chile.
14. Couture, Eduardo. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Buenos Aires – Argentina. 1954, p. 37 (citado por J. Montero Aroca. 1975. “La Duración del Proceso Declarativo Civil Español”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 24, p. 817).
15. De Cárdenas, Sara, L. Feldstein y De Herbón Hebe M. Leonardo, “*El Arbitraje*”, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.
16. De Trazegnies, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Santa Fe de Bogotá. Editorial TEMIS S.A.1999.
17. Diccionario Jurídico “ANBAR”, Tomo I. Heliasta. Buenos Aires- Argentina. 2003.
18. Fernández Rozas, José Carlos. *El Convenio Arbitral: Entre la estabilidad y el desatino*. Santiago de Chile. Editorial jurídica de Chile. 2006.
19. Guillermo, Cabanellas. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo I. Editorial Heliasta, S.R.L., 16 Edición. 1999.
20. Gil Echeverri, Jorge Hernán. *Nuevo Régimen de Arbitramento Manual Práctico*. Cámara de Comercio de Bogotá. Tercera Edición.
21. Iturraspe, Mosset. *Responsabilidad por Daños*. Parte General. Tomo I. EDIAR editores. Buenos Aires - Argentina. 1979.
22. Jijón, Rodrigo. *Algunas Notas sobre Responsabilidad Civil en el Ecuador*. Quito – Ecuador. Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

23. Jijón, Rodrigo. *Derecho Internacional Económico*. Obra colectiva editada por Duna Martínez. Memorias de la tercera conferencia internacional de derecho económico. Corporación Editorial Nacional. Quito. Ecuador. 2006.
24. Mazeaud, Henry. *Lecciones de derecho civil*. Vol. I. Buenos Aires – Argentina. Ed. Europa América. 1959.
25. La Faille, Héctor. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo VI. Ediar S.A. Editores, Buenos Aires-Argentina. 1947.
26. Lorca Navarrete, Antonio María. *Manual de Derecho de Arbitraje*. Editorial Dykinson. Madrid – España. 1997.
27. López Monroy, José de Jesús. *Negocio jurídico, Diccionario jurídico mexicano*, Editorial Porrúa, sexta edición, t. I-O, México, 1993.
28. Martínez Neira, Néstor Humberto. *Modernas transformaciones del Derecho Mercantil*. Editorial Jurídica Dike, Medellín 1988.
29. Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen General de las Obligaciones*. Bogotá – Colombia. Editorial Temis.
30. Peirano Facio, Jorge. “Responsabilidad extracontractual”. Editorial Temis. Bogotá. 2004. p. 103-120.
31. Pérez Vargas, Víctor. *Derecho privado*. 1994.
32. Ponce Martínez, Alejandro. *Derecho Procesal Orgánico*. Editorial Mendieta. Quito-Ecuador. 1991.
33. Puig Peña, Federico. *Compendio de Derecho Civil Español*. Madrid – España. Ediciones Nauta S.A. 1966. Tomo I. Parte General.
34. Reisman, Craig, Park, Paulsson. *International Commercial Arbitration*. New York. 1997.

35. Redenti, Enrico. El compromiso y la cláusula compromisoria. Traducción de Santiago Sentis Merlendo. Ediciones Jurídicas Europa – América. Buenos Aires – Argentina. 1961.
36. Roque, Caivano. El Compromiso Arbitral. Vilela Editor. Buenos Aires - Argentina. 2000.
37. Rotondi, Mario. *Instituciones de derecho privado*. Francisco Villavicencio, de la 4ª ed. Italiana, Editorial Labor, Barcelona, 1953.
38. Sanabria, Arturo. La formación del consentimiento con relación al contrato de arbitraje en “El contrato de arbitraje” obra colectiva dirigida por Eduardo Silva Romero. Legis, Universidad del Rosario. Colombia. 2005.
39. Salcedo Verduga, Ernesto. *El Arbitraje- la Justicia Alternativa*. Distrilib Editorial. Guayaquil- Ecuador. 2007.
40. Silva, Eduardo. *Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-Kompetenz* en El contrato de arbitraje obra colectiva dirigida por Eduardo Silva Romero. Legis, Universidad del Rosario. Colombia. 2005.
41. Tamayo Lombana, Alberto. *La responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá - Colombia. 2005.
42. Visintini, Giovanna. *Responsabilidad contractual y extracontractual*. Estudios sobre el incumplimiento de obligaciones y los hechos ilícitos en el derecho y la jurisprudencia civil. Ara Editores. Lima. 2002. p. 224.

b) Leyes.

1. Código de Procedimiento Civil del Ecuador. Registro Oficial No. 46, de viernes 24 de junio del 2005.
2. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

3. Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre del 2006.
4. Código Civil del Ecuador. Registro Oficial Suplemento Registro Suplemento 46 del 24 de junio de 2005.
5. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Ecuador. Registro Oficial N° 312 del 13 de abril del 2004.
6. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Artículo. 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006.

En: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

c) Internet

1. Canelo Rabanal, Raúl Bladimiro. La Celeridad Procesal: Nuevos Desafíos hacia una reforma integral del proceso civil en busca de la justicia pronta. En: <http://www.abogadoperu.com/canelo-rabanal-raul-bladimiro-cal-11906.php>. (Acceso 26/10/2012).
2. Zavala, Diego. *La autonomía de la cláusula arbitral y la competencia de los árbitros para decidir sobre su propia competencia.* http://www.cedep.org.py/contratacion/attachments/056_ARBITRAJE%20EN%20EL%20PARAGUAY%20-202009.pdf. (Acceso 24/10/2012).

Anexos.

Ciudad y Fecha.

COMPROMISO ARBITRAL

Entre las siguientes partes: _____ mayor de edad, con domicilio en la ciudad de _____, identificado (a) con la cédula de ciudadanía No. _____ expedida en _____, en calidad de representante legal de la sociedad denominada _____ RUC. _____, y por la otra parte, _____ mayor de edad, con domicilio en la ciudad de _____, identificado (a) con la cédula de ciudadanía No. _____ expedida en _____ hemos convenio en suscribir el presente compromiso, que se regirá por las siguientes cláusulas:

PRIMERA - Objeto: El objeto del presente contrato es el sometimiento de las diferencias extracontractuales surgidas entre las partes con ocasión de _____ para que las mismas se sometan a la decisión final que adopte el tribunal de arbitramento.

SEGUNDA- Conformación del Tribunal: El tribunal estará sujeto al reglamento del Centro de Arbitraje, estará integrado por (1 o 3 árbitros), designados por las partes de común acuerdo. En caso de que no fuere posible, los árbitros serán designados por el Centro de Arbitraje, a solicitud de cualquiera de las partes; el tribunal decidirá en derecho y funcionará en las instalaciones del centro. La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro.

TERCERA- Plazo. Las partes se comprometen a solicitar de común acuerdo la integración del tribunal de arbitramento dentro de los 30 días siguientes a la fecha del presente documento. En el caso que no se haga, cualquiera de las partes puede solicitarlo con la sola presentación de este documento.

CUARTA. Gastos. Los gastos, costas y honorarios que genere el procedimiento aquí acordado, será cubierto por las partes por igual, de acuerdo con las tarifas que para estos fines tenga establecidos el centro.

En constancia de aceptación, se firma por los interesados, en la ciudad de _____ a los _____ () días del mes de _____ del año _____ () en tres ejemplares del mismo tenor y contenido, uno para cada una de las partes, y una para el expediente.

C. C.

C. C.