



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
**SISTEMA DE POSGRADO**

Maestría de Derecho de Empresa

“El Arbitraje, un medio para la solución de conflictos de responsabilidad  
civil extracontractual de la empresa”

Previa a la obtención del Grado Académico de Magíster en la Maestría de  
Derecho de Empresa

ELABORADO POR:

María José Blum Moarry

María José Sánchez Cevallos

Guayaquil, a los 24 días del mes de julio año 2012



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

## SISTEMA DE POSGRADO

### CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la Ab. María José Blum Moarry y la Ab. María José Sánchez Cevallos, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magíster en la Maestría de Derecho en Empresa.

Guayaquil, a los 24 días del mes de julio año 2012

#### DIRECTOR DE TESIS

---

Dra. Hilda Teresa Nuques Martínez

#### REVISORES:

---

Dr. Nicolás Rivera Herrera, M.Sc.

---

Dr. Santiago Velázquez Velázquez

#### DIRECTOR DEL PROGRAMA

---

Dr. Christian Humberto Viteri López



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
**SISTEMA DE POSGRADO**

## **DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

YO, AB. MARÍA JOSÉ BLUM MOARRY

DECLARO QUE:

La Tesis “El Arbitraje, un medio para la solución de conflictos de responsabilidad civil extracontractual de la empresa” previa a la obtención del Grado Académico de Magíster, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 24 días del mes de julio año 2012

EL AUTOR

---

AB. MARÍA JOSÉ BLUM MOARRY



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
**SISTEMA DE POSGRADO**

## DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

YO, AB. MARÍA JOSÉ SÁNCHEZ CEVALLOS

DECLARO QUE:

La Tesis “El Arbitraje, un medio para la solución de conflictos de responsabilidad civil extracontractual de la empresa” previa a la obtención del Grado Académico de Magíster, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico de la tesis del Grado Académico en mención.

Guayaquil, a los 24 días del mes de julio año 2012

EL AUTOR

---

AB. MARÍA JOSÉ SÁNCHEZ CEVALLOS



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
**SISTEMA DE POSGRADO**

## **AUTORIZACIÓN**

NOSOTRAS, AB. MARÍA JOSÉ BLUM MOARRY

AB. MARÍA JOSÉ SÁNCHEZ CEVALLOS

Autorizamos a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución de la Tesis de Maestría titulada: “El Arbitraje, un medio para la solución de conflictos de responsabilidad civil extracontractual de la empresa”, cuyo contenido, ideas y criterios son de nuestra exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 24 días del mes de julio año 2012

AUTOR

---

AB. MARÍA JOSÉ BLUM MOARRY

AUTOR

---

AB. MARÍA JOSÉ SÁNCHEZ CEVALLOS

## ***Agradecimientos***

***Quiero agradecer en especial a mi mamá, porque todo lo que soy se lo debo a ella, a mi abuela, a Francisco y a mi querida amiga María José S.***

***María José Blum***

***A mis padres, por el apoyo y consejo incondicional; a mi hermano y a mis amigas por la preocupación perenne; y, a mi compañera de tesis y amiga personal, María José B.***

***María José Sánchez***

***Agradecemos, principalmente, a la Dra. Teresa Nuques, quien con su guía y dedicación, ha hecho posible este trabajo.***

***María José Blum – María José Sánchez***

## ÍNDICE

Contenido	Número de página
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>- 2 -</b>
<b>EL PROBLEMA.....</b>	<b>- 2 -</b>
1.1 PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN .....	- 2 -
1.1.1 Antecedentes.....	- 2 -
1.1.2 Descripción del objeto de investigación .....	- 4 -
1.1.3 Consecuencias.....	- 5 -
1.2 PREGUNTA DE LA INVESTIGACIÓN.....	- 5 -
1.2.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	- 5 -
1.3 JUSTIFICACIÓN.....	- 6 -
1.4 VARIABLES E INDICADORES.....	- 6 -
1.5 OBJETIVOS.....	- 9 -
1.5.1 Objetivos Generales.....	- 9 -
1.5.2 Objetivos Específicos.....	- 10 -
1.6 DELIMITACIÓN.....	- 10 -
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>- 12 -</b>
<b>MARCO TEÓRICO.....</b>	<b>- 12 -</b>
2.1 MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL .....	- 12 -
2.1.1.La administración de justicia: tutela judicial efectiva .....	- 12 -
2.1.2.Por qué el arbitraje .....	- 14 -
2.1.3 Responsabilidad civil.....	- 28 -
2.1.4.Posibles formas para solucionar conflictos de responsabilidad civil extracontractual en arbitraje.....	- 59 -
2.1.4.1. Extensión del convenio arbitral .....	- 63 -
2.1.4.2. Suscripción de un convenio arbitral posterior .....	- 81 -
2.1.4.3. Arbitraje Forzado.....	- 83 -
2.1.4.4. Oferta pública de arbitraje.....	- 90 -
2.2 HIPÓTESIS, VARIABLES E INDICADORES.....	- 107 -
<b>CAPÍTULO III.....</b>	<b>- 109 -</b>
<b>METODOLOGÍA.....</b>	<b>- 109 -</b>
3.1 MODALIDAD DE LA INVESTIGACIÓN .....	- 109 -
3.2 UNIDADES DE OBSERVACIÓN (POBLACIÓN Y MUESTRA) .....	- 110 -
3.3 INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.....	- 111 -
3.4 PROCEDIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN.....	- 111 -
<b>CAPÍTULO IV .....</b>	<b>- 113 -</b>
<b>ANÁLISIS DE RESULTADOS.....</b>	<b>- 113 -</b>
<b>CAPÍTULO V .....</b>	<b>- 121 -</b>
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....</b>	<b>- 121 -</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>- 130 -</b>

## INTRODUCCIÓN

La presente tesis va encaminada a determinar las formas de someter a arbitraje los conflictos generados por responsabilidad extracontractual, teniendo en especial consideración que cuando hay lugar a este tipo de conflictos no existe acuerdo previo alguno entre las partes involucradas, lo que excluye obviamente la posibilidad de un convenio arbitral previo. Partiendo de ello, mencionaremos los factores estructurales e inmediatos del problema, esto es, las causas y consecuencias, así como los objetivos de esta tesis de investigación y la delimitación de la misma.

En el segundo capítulo, desarrollaremos el marco teórico de este estudio, partiendo del concepto y el alcance de la responsabilidad civil extracontractual, avanzamos con el análisis de las formas en que los conflictos relacionados a este tipo de responsabilidad pueden someterse a arbitraje, que constituyen las soluciones planteadas al problema de investigación.

Dentro del tercer capítulo trataremos lo referente a la metodología, en la cual señalaremos la modalidad de investigación, las unidades de análisis, los instrumentos de recolección de datos utilizados para la realización de esta investigación y, el procedimiento de ésta.

Finalmente, en el capítulo cuarto, daremos a conocer los resultados obtenidos luego de la investigación, y, en el capítulo quinto, resumiremos las conclusiones y recomendaciones.



## CAPÍTULO I

### EL PROBLEMA

#### 1.1 PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

##### 1.1.1 Antecedentes

El arbitraje como un medio alternativo de solución de conflictos ha sido atractivo frente al proceso judicial por muchas razones, pero la más importante, es la agilidad que brinda, ya que en una única instancia, con un término delimitado, el Tribunal arbitral, que ejerce funciones jurisdiccionales<sup>1</sup>, expide una decisión y solución definitiva al conflicto. Dicha decisión, se conoce como laudo arbitral, la cual, según nuestra legislación, es inapelable y, en un principio, no susceptible de ningún recurso vertical.

El arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos es un medio eficaz para resolver conflictos, pero para que el mismo se active es necesario que exista un convenio arbitral previo o cláusula compromisoria en la que se excluya a la justicia ordinaria para conocer controversias y otorgue competencia a determinados árbitros o centros de arbitraje. Si las partes nada han estipulado, entonces aplica el medio común para resolver conflictos: la justicia ordinaria, que son los juzgados y tribunales de los Estados que administran justicia.

---

<sup>1</sup> Se señala expresamente que los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales ya que en la legislación ecuatoriana, específicamente en el código de procedimiento civil se señala les atribuye *jurisdicción convencional* por su origen. Efectivamente creemos que el arbitraje tiene origen convencional pero que no es conceptualmente correcto decir que los árbitros ejercen jurisdicción ya que no tienen la potestad de ejecutar sus decisiones, sin embargo, para efectos de delimitar la investigación a la legislación ecuatoriana señalamos que los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales.

Ahora bien, en esta línea de ideas, el convenio arbitral es un presupuesto básico e indiscutiblemente, necesario, por lo que la mayoría de los arbitrajes usualmente se dan como consecuencia de una cláusula compromisoria o de una relación jurídica determinada, esto es, en el fondo, ha existido una relación al menos de carácter contractual previo entre las partes dentro del cual se fija al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, por lo que en realidad los procesos arbitrales, si es que no son todos en la ciudad de Guayaquil<sup>2</sup>, se han generado por la existencia de un convenio arbitral previo.

En la mayoría de los arbitrajes entonces se trata de incumplimiento de obligaciones contractuales, encuadrándonos, de alguna forma, en que existe una relación directa entre el arbitraje y la responsabilidad civil contractual, pero ¿qué ocurre en los casos en que se incurre en responsabilidad civil extracontractual?, ¿qué ocurre cuando una víctima o persona natural o jurídica ha sufrido un daño que debe ser reparado o indemnizado?, ... ¿no debería tener la misma opción de someter sus asuntos a arbitraje y poder utilizar este mecanismo para obtener una decisión jurisdiccional rápida que pueda ser ejecutada eficazmente y obtener una rápida reparación o indemnización por el daño causado? Es decir, según observamos, ¿existe una razón válida para discriminar a los conflictos de responsabilidad extracontractual de una alternativa ágil de solución de conflictos como el arbitraje? A priori, ninguna.

Es así como planteamos nuestra tesis partiendo del principio de igualdad y de la tutela judicial efectiva, pues aquella persona que tiene derecho a demandar responsabilidad civil extracontractual debe, al igual que aquella que tiene una relación contractual previa, tener la opción de someter sus conflictos a un proceso rápido, delimitado, eficaz y con una decisión ejecutoriada que tenga autoridad de cosa juzgada y pueda ser ejecutada inmediatamente, inclusive por las vías de apremio, luego de una sola instancia de litigio, lo cual sin duda son beneficios claves

---

<sup>2</sup> Como referencia, se realizó un muestreo del 20% de los casos anuales del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. El 100% de la muestra son demandas arbitrales basadas en cláusulas compromisorias y se relacionan directamente con la ejecución de un contrato o pólizas de seguros, promesas de contrato o documento autónomo.

que justifican el arbitraje y no de estar obligada, por no tener otra alternativa<sup>3</sup>, a ir a la justicia ordinaria a un juzgado de lo civil por ejemplo, en la que puede existir primera instancia, segunda instancia en las Salas de lo Civil y hasta un recurso extraordinario de casación, con lo que la determinación de su indemnización puede durar años.

Con estos antecedentes planteamos una investigación, dirigida a solucionar el problema planteado, lo cual nos lleva a enunciar el objeto de nuestra investigación.

### **1.1.2 Descripción del objeto de investigación**

El objeto de investigación es, en primer lugar, determinar si los conflictos relacionados con la responsabilidad civil extracontractual son susceptibles de transacción y, por ende, pueden ser objeto de un arbitraje.

En segundo lugar, si se determinase en la investigación, que los mencionados conflictos son arbitrables (susceptible de someter a arbitraje); entonces, es necesario establecer las formas en las que existiría la posibilidad de someter los conflictos de responsabilidad extracontractual a arbitraje frente a la ausencia de un convenio arbitral previo.

Para el efecto, en este segundo punto, que es el objeto central de nuestra investigación tomaremos, inclusive, soluciones que se han aplicado en el derecho comparado, en el ámbito doméstico e internacional, pero siempre teniendo en

---

<sup>3</sup> Se aclara que se precisa la palabra “alternativa” siguiendo los parámetros de la nueva teoría de negociación, y no “opción”. Teóricamente, la opción depende de la voluntad de las partes que están negociando o son parte de un conflicto, una opción en el caso, sería, por ejemplo, surgido el conflicto, que las partes suscriban un convenio arbitral y así sometan el conflicto a arbitraje; sin embargo, cuando no se tiene la voluntad del otro o de los otros, entonces solo se tiene una “alternativa” esto es aquella que depende exclusivamente de la voluntad de uno como por ejemplo: decido interponer una demanda judicial, esa es una alternativa frente a un conflicto y no una opción frente al conflicto, porque no dependo del otro u otros. Fuente: Solución de conflictos I, Maestría Derecho de Empresa. Apuntes de clase.

cuenta que sean viables y a nuestro criterio factibles de incorporación a nuestra cultura jurídica y a las particularidades del sistema de administración de justicia ecuatoriano, así como la legislación vigente.

Es decir, investigaremos posibles soluciones pero siempre mencionando las que a nuestro criterio sean compatibles con los principios que inspiran los fundamentos del arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual de la empresa o cuando ésta sea la que debe ser indemnizada.

### **1.1.3 Consecuencias**

Habiendo determinado la causa principal que genera el problema, esto es, la ausencia de un convenio arbitral previo, y determinado como nuestro objeto de investigación qué soluciones podrían darse, como consecuencias a la solución del problema, habría un único beneficio: que las personas que tengan derecho a demandar indemnizaciones por responsabilidad civil extracontractual puedan acceder al arbitraje, con los mismas opciones y beneficios, que tienen aquellas que demandan responsabilidad civil contractual.

## **1.2 PREGUNTA DE LA INVESTIGACIÓN**

El problema principal de la investigación es la forma de someter a arbitraje los conflictos derivados de responsabilidad civil extracontractual, teniendo en cuenta que para someterlos es necesaria la existencia de una cláusula arbitral previa, la que no existe cuando en este tipo de responsabilidad, no hay convenio previo alguno entre las partes. Por ello formulamos la pregunta que presentamos a continuación.

### **1.2.1 Formulación del problema**

¿De qué formas se podría someter a arbitraje las controversias derivadas de los casos de responsabilidad civil extracontractual ante la ausencia de un convenio arbitral previo?

Precisamente, este es el problema a resolver en nuestra investigación. Si no hay convenio arbitral previo, de qué forma podría una persona acudir al arbitraje para demandar responsabilidad civil extracontractual. Es notorio que el problema es como se configura el elemento esencial del acuerdo de arbitraje: el consentimiento de las partes para acudir.

### **1.3 VARIABLES E INDICADORES**

Para efectos de esta investigación y para fines metodológicos, se establece la siguiente variable y sus indicadores.

#### **VARIABLE ÚNICA**

Posibilidad de someter a arbitraje los conflictos derivados de la responsabilidad civil extracontractual

#### **Indicadores**

Los indicadores que nos permiten verificar la existencia de la variable, los encontramos primariamente en la legislación vigente, a saber:

- El artículo 190 de la Constitución de la República, reconoce a los métodos alternos de solución de conflictos dentro del sistema de administración de justicia del Estado, estableciendo que dichos métodos se regulan por sus leyes propias
- El artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación vigente establece que 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. Con ello se reconoce la validez del sistema.

- El artículo 5 de la ley de arbitraje y mediación señala que pueden someterse a arbitraje controversias de carácter “contractual o no contractual”, de lo que se desprende que la ley ecuatoriana ya prevé la posibilidad de que se sometan a arbitraje conflictos de responsabilidad civil extracontractual
- De las mencionadas normas se concluirían que si se pueden someter a arbitraje los conflictos de responsabilidad civil extracontractual, siempre que se traten de asuntos transigibles.

#### **1.4 JUSTIFICACIÓN**

La tutela judicial efectiva es el fundamento doctrinario de todo el sistema de administración de justicia de los estados y, es prácticamente una de las consecuencias de la tradicional separación de las funciones del Estado: ejecutiva, legislativa y judicial; constituyéndose en la pieza principal de control, no solo de los actos de poder público que se ejecutan en las otras funciones, legislativa o ejecutiva, sino también el derecho que garantiza gozar a la sociedad toda, a la personas y empresas particulares o instituciones públicas, un sistema de administración de justicia debidamente organizado en la que puedan resolverse los conflictos que se producen en el conglomerado social.

En este sentido, como concepto, la tutela judicial efectiva es una garantía para todas las personas; tutela que se materializa en el los órganos jurisdiccionales, que según nuestro ordenamiento constitucional dan el “servicio público” o “servicio a la comunidad” de la administración de justicia. En este punto citamos a Joseph Aguiló, quien señala que una garantía constitucional, en este caso normativa, con el reconocimiento de la “tutela judicial efectiva”, por sí sola no opera la garantía, sino que impone un deber de diligencia a otro para que la haga efectiva, con una suerte de deber de conducta<sup>4</sup> y, estos no son otros que los órganos jurisdiccionales.

Bajo esta línea, nuestra actual constitución y las normas orgánicas que de ella se derivan, reconocen que existen los órganos judiciales, esto son los juzgados y

---

<sup>4</sup> Escuela de Alicante, Seminario de argumentación jurídica y de fuentes del Derecho. Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 2011

tribunales de la función judicial que administran justicia, resolviendo los conflictos de los particulares o del propio Estado -en los que frecuentemente se ubican las empresas-, así como los medios alternos de resolución de conflictos como parte del sistema e administración de justicia, entre los que encontramos al arbitraje como un medio de carácter jurisdiccional, en el que los árbitros -personas naturales investidos transitoriamente del poder de administración de justicia-, resuelven conflictos cuya materia es susceptible de transacción.

En este contexto, destacamos la importancia de la rapidez con la que debe tutelarse los derechos de las personas, pues justicia tardía no es justicia; especialmente en temas de determinación de responsabilidad civil, donde lo que importa es la reparación de daños, traducida usualmente en indemnizaciones pecuniarias.

La crisis de la función judicial o de la justicia ordinaria, bien conocida por todos, es uno de los males que existe en la sociedad ecuatoriana. Es por esto, que el arbitraje para resolver controversias en materias que por su naturaleza sean susceptibles de transacción, es una buena opción; tanto para el empresario como, para el sector público, teniendo en cuenta que el arbitraje, por su limitación en el tiempo, garantiza una resolución pronta, por más complejo que fuese el tema.

En este sentido, tal como la doctrina y la jurisprudencia respaldan, el arbitraje se consolida como un método alternativo idóneo para la solución de conflictos, por su rapidez y flexibilidad, más que todo en asuntos comerciales o mercantiles en los que se demanda especial agilidad para obtener una solución definitiva a las controversias.

Tradicionalmente para activar el arbitraje se tiene como presupuesto indispensable la existencia de un convenio arbitral válido, que permita fijar la competencia en un árbitro o árbitros o en un centro especializado determinado, en el convenio para que resuelvan las controversias que pudieren surgir de tal relación jurídica o contrato; ello implica que casi todos los arbitrajes surjan de las relaciones contractuales que se pudieren dar entre privados o entre privados y/o públicos. Sin embargo, consideramos que así como las relaciones contractuales de las que pueden surgir responsabilidad civil tiene el beneficio de someterse a esta ágil y eficaz forma de solución de conflictos, también debe entenderse que las controversias que versen sobre responsabilidad civil extracontractual –en la que por su naturaleza no existe

ningún convenio o relación contractual de las partes- pueden llegar a solucionarse a través del arbitraje, lo cual es el tema principal de nuestra tesis, bien entendido que queremos abarcar un tema transversal a varias áreas del derecho ya que la responsabilidad civil extracontractual incide en varios ámbitos del Derecho.

Creemos que con esta tesis daremos un aporte no solo para promover el arbitraje como medio de solución de conflictos y con ello cooperar al descongestionamiento de la justicia, sino de hacer por esta vía una forma rápida y eficaz de materializar la tutela judicial efectiva, tanto para el particular como para el empresario e, inclusive, para las entidades del Estado en general. Justificamos nuestra investigación, pues la responsabilidad civil extracontractual es transversal, puede darse en la mayoría de ramas del derecho, no solo en derecho civil, puede darse, por ejemplo, propiedad intelectual, derecho de la competencia, derecho mercantil, derecho administrativo, en las relaciones del Estado con particulares, es decir, una vez que se solucione el problema de investigación, pueden aplicarse las soluciones a varias áreas del derecho, que encuentran el mismo problema a la hora de que un tercero resuelva sus conflictos: un sistema judicial colapsado.

## **1.5 OBJETIVOS**

Los objetivos que se plantean en nuestra investigación son los siguientes:

### **1.5.1 Objetivos Generales**

- Determinar si conceptual y legalmente es posible para la empresa someter a arbitraje los conflictos derivados de los casos en que incurra en responsabilidad civil extracontractual;
- Determinar las formas en las que se podría someterse a arbitraje los conflictos derivados de la responsabilidad civil extracontractual.



### 1.5.2 Objetivos Específicos

- Realizar un análisis de la normativa ecuatoriana que rige al arbitraje y a éste en relación con la responsabilidad civil extracontractual;
- Extraer de la jurisprudencia nacional e internacional los casos y criterios que han emitido las autoridades jurisdiccionales respecto a la responsabilidad civil extracontractual y del arbitraje.
- Determinar si es posible incluir en nuestra legislación, formas para someter a arbitraje los conflictos derivados de la responsabilidad civil extracontractual tomando como parámetro el derecho comparado
- Proponer recomendaciones para regular la forma de someter a arbitraje los conflictos derivados de la responsabilidad civil extracontractual de las empresas y del Estado en el Ecuador.

### 1.6 DELIMITACIÓN

CAMPO:	Derecho Empresarial
AREA:	Derecho patrimonial y responsabilidad civil de la empresa y Solución de conflictos
ASPECTO:	Formas de resolver conflictos derivados de la responsabilidad extracontractual
TEMA:	El Arbitraje, un medio para la solución de conflictos de responsabilidad civil extracontractual de la empresa
PROBLEMA:	¿De qué formas se podría someter a arbitraje las controversias derivadas de responsabilidad

civil extracontractual ante la ausencia de un convenio arbitral previo?

DELIMITACIÓN ESPACIAL: Guayaquil, Ecuador

DELIMITACIÓN TEMPORAL: Legislación vigente. Teniendo en cuenta que la Constitución nacional, expedida en el 2008, ha modificado la estructura el ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo que ha incidido en todas las áreas del Derecho, tanto en el área civil, procesal y arbitral. La presente investigación se ha desarrollado desde diciembre del 2011, a julio del 2012.

## CAPÍTULO II

### MARCO TEÓRICO

#### 2.1 Marco teórico conceptual

##### 2.1.1. La administración de justicia: tutela judicial efectiva

La tutela judicial efectiva se la concibe como el derecho fundamental que tiene toda persona, a reclamar del Estado la prestación efectiva de justicia, que si bien no garantiza la resolución favorable a las pretensiones de quien acciona, en cambio, sí garantiza que la cuestión de fondo del asunto sometido a la jurisdicción, sea resuelta de manera razonable, congruente y fundada en derecho. La Constitución Política de la República, dictada recientemente en el 2008, con acierto señala:

**Constitución Política de la República del Ecuador.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley. (Artículo 75)**

El contenido de la tutela judicial efectiva estriba en tres ejes fundamentales: 1) el derecho a la justicia, a través del derecho de las personas para poder interponer los recursos que la normativa contempla; 2) el derecho a obtener, a través de ese recurso interpuesto, una resolución de fondo; y, 3) el derecho a la ejecución de dicha resolución.

En esencia, el derecho a una tutela judicial efectiva, no es un mero enunciado, su contenido es complejo y, si bien es un derecho de índole constitucional, requiere de la configuración legal necesaria, pues debe ejercerse por cauces razonables que el

legislador debe establecer. La real existencia de la tutela judicial efectiva depende de un esfuerzo conjunto entre la función legislativa y la función judicial o de la función u órganos que administren justicia, la una sin la otra convertirían en mero enunciado este derecho de estirpe constitucional.

Para entender la importancia tanto de este derecho, como de la intervención conjunta de las funciones legislativa y judicial, es importante citar a Pérez, J. (2005):

**El derecho a la tutela judicial efectiva no es, por lo demás, un derecho de libertad, sino un derecho de prestación, que exige que el estado cree los instrumentos para que el derecho pueda ser ejercido y la administración de justicia prestada... Siendo el derecho a la tutela judicial efectiva no un derecho de libertad, ejercitable sin más, y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho de prestación, sólo puede ejercerse por los cauces que el legislador establece o, dicho de otro modo, es un derecho de configuración legal; pero ni el legislador podría poner cualquier obstáculo a tal derecho fundamental, pues ha de respetar siempre su contenido esencial, ni nadie que no sea el legislador puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela judicial, cuyo ejercicio sólo por ley puede regularse. (Pág. 493)**

Como lo señala este autor, la tutela judicial efectiva nace de la Constitución pero solo puede ejercerse a través de la ley, la misma que debe respetar los principios esenciales de la tutela sin crear impedimentos ni limitaciones; estas normas son las que se van a utilizar por lo operadores jurisdiccionales pues ellos tienen el deber de prestar el servicio de administración de justicia.

### 2.1.2. Por qué el arbitraje

Dentro de la tutela judicial efectiva como derecho, debemos reconocer que para que ésta exista como una verdadera garantía es necesaria la imposición de un deber a otro, como lo manifiesta Joseph Aguiló, pues un derecho no se garantiza por sí solo sino por otro que está llamado a garantizarlo y quien es el destinatario del deber. En este caso, los llamados principalmente a esta tarea son los órganos que administran justicia dentro de un Estado. (Escuela de Alicante, 2011)

Tradicionalmente, al hablar de administración de justicia, se piensa en la función judicial, cortes y demás juzgados que toman sus nombres y materias de acuerdo a las normas jurídicas de cada país, "Poder Judicial", "Función Judicial", etc., pero es necesario notar que dentro de este sistema de administración justicia existen los métodos alternos de solución de conflictos, que si bien son alternos no podemos excluir su reconocimiento pues los árbitros al decidir con efectos vinculantes alguna disputa, ciertamente están administrando justicia pues conocen y resuelven sobre la pretensiones y defensas de las partes.

En nuestra constitución, ocurre una particularidad, al tratar de la Función Judicial, dentro del capítulo cuarto "Función Judicial y Justicia indígena", se encuentra la sección 8 titulada: "Medios alternativos de solución de conflictos", como si se intentara decir que el arbitraje es parte de la función judicial. Esta sección contiene un solo artículo que para efectos de esta tesis, transcribimos a continuación:

**Constitución (2008) Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.**

**En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley (Art. 190)**

Literalmente, no podemos concebir que dentro de nuestra *lex arbitri*<sup>5</sup>, se considere a los métodos alternos y a sus operadores como servidores judiciales, es más, no se puede concebir que son parte de una función del Estado toda vez que en nuestra realidad se vive mayormente el arbitraje doméstico a través de los centros arbitrales o agremiaciones sin fines de lucro como las cámaras de comercio.

En el sentido correcto, esta norma es positiva pues el arbitraje está reconocido constitucionalmente como una forma alterna para solución de conflictos o forma alterna de administración de justicia, como debe ser, aunque hay que tener en cuenta que los operadores del este sistema arbitral, incluyendo árbitros, secretarios, directores de los centros, mediadores, entre otros, son personas de derecho privado que integran organismos de derecho privado.

Por ello es necesario hacer una distinción, no son públicos, pero sí ejercen la potestad pública de administrar justicia o de auxiliar y servir para que ésta se produzca. En este sentido debemos visualizar a la administración de justicia de una forma más amplia, a partir del derecho de libertad del ciudadano, como lo señala Caivano, (1998) el Estado no puede desconocer a los interesados la facultad de disponer el sometimiento de sus derechos a quienes les merezcan mayor confianza, pues si una persona, -en su esfera de libertad y autonomía de voluntad- puede renunciar a un derecho propio, parece un principio natural que pueda también entregar la suerte de su derecho a la decisión de un particular que le inspire confianza (Citado por Cantuarias, F., 2007, Pág. 5)

Como lo señala Francisco Gonzalez de Cossío, al responder a la pregunta ¿por qué se acude al arbitraje?, la importancia de la respuesta no es el motivo por el cual las partes han deseado implícitamente no hacer uso de la maquinaria judicial estatal sino el mismo deseo de excluir a la justicia ordinaria en sí, pues ese deseo debe ser respetado y ésta es la finalidad del derecho arbitral: procurar un marco que da efectos al convenio arbitral (Página 4, 2007); en este caso añadiremos que estos efectos son positivos al atribuir competencia a un centro o a árbitros determinados y

---

<sup>5</sup> *lex arbitri*. Locución latina que implica todo el ordenamiento jurídico de un Estado que regula el arbitraje dentro del mismo. En el contexto del párrafo se refiere a la ley que regula al arbitraje en el Ecuador.

además son negativos pues excluyen a la justicia ordinaria como lo señalan Rafael Hinojosa Segovia e Ignacio Cubillo (Pagina 110, 2006)

Es decir, al final de cuentas la libertad de las personas es el derecho o principio que subyace detrás del sistema de administración de justicia, pues mientras unos someten expresamente los asuntos transigibles a la justicia ordinaria, otros, la excluyen y acuden al arbitraje.

Ahora bien, no se puede negar que ciertamente el arbitraje tiene atributos que lo hacen atractivo para quienes lo eligen como medio para solucionar sus disputas, que también nos ayudan a responder la pregunta ¿por qué el arbitraje?. A continuación trataremos los más relevantes.

### **Celeridad**

Como se señala en la obra *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, una de las ventajas del arbitraje y considerada la más evidente es la del plazo legal para expedir el laudo (*Pág. 106-107, 2006*) que ciertamente da celeridad en razón de que en laudo debe dictarse dentro de un plazo establecido en la ley o por las partes en el convenio arbitral, prorrogables si, pero que dan un tiempo límite a los árbitros.

Dentro de esta celeridad, en la obra citada también se ubica a la instancia única, pues notoriamente es más conveniente que en una sola instancia frente a los árbitros se obtenga una resolución definitiva a la disputa (*Pág. 107, 2006*), mientras que en la justicia ordinaria, salvo contadas excepciones, se tienen dos instancias, sin contar los recursos extraordinarios como el recurso de casación.

Claro, está que esto sin perjuicio de que en el sistema arbitral, frente a un laudo puede interponerse una acción de nulidad, pero ésta no es propiamente una apelación o recurso del laudo o de las decisiones de los árbitros, es una acción que no mira al fondo de la controversia sino a cuestiones procesales como principios de contradicción, comunicación de los actos procesales, congruencia, etc. (*Salcedo, E. Págs. 149-152*); pues en el evento de que en el arbitraje se haya configurado alguna de las causales establecidas en la ley, la justicia ordinaria declarará nulo el laudo arbitral por ejemplo cuando no se haya citado legalmente con la demanda y ello ha impedido el ejercicio del derecho de la defensa del demandado, ello ciertamente

influiría en el arbitraje y motivaría la nulidad del laudo. Ahora, esto no iría necesariamente en contra de la celeridad ni sería una instancia adicional al arbitraje, pues la acción de nulidad no suspende por sí sola los efectos del laudo; el cual puede perfectamente ejecutarse, salvo que la parte accionante rinda caución para suspender sus efectos conforme al artículo 31 de la Ley de arbitraje y mediación; tampoco el recurso de nulidad es una instancia adicional al arbitraje, pues es un proceso distinto al que le dio origen, pues la autoridad que conozca la acción de nulidad, -que en nuestra ley es la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia- no revisará el fondo del asunto ni se pronunciará sobre las pretensiones y excepciones esgrimidas por las partes en el arbitraje, solo verificará la existencia de una causal legal y si ésta ocurriere, declarará nulo el laudo.

Hay que anotar que en la ciudad de Guayaquil, realizando una revisión de casos sometidos a acción de nulidad, alrededor de 5 laudos han sido declarados nulos, esto es un margen mínimo de laudos en un periodo de 8 años, que representaría el 1% de los arbitrajes iniciados y que no incidiría notoriamente en el sistema arbitral, su eficacia o celeridad<sup>6</sup>.

También se podría argumentar en contra de la celeridad del arbitraje, reconociendo el potencial control constitucional del laudo arbitral a través de la acción extraordinaria de protección o de las decisiones definitivas de los árbitros. Al respecto hay que precisar que las acciones extraordinarias puestas en procesos arbitrales en la ciudad de Guayaquil, ninguna ha sido declarada con lugar por la Corte Constitucional, es más, la única sentencia que fue conocida en el Pleno de la

---

<sup>6</sup> Se realizó una revisión en la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia, se analizaron 32 acciones de nulidad del año 2005 al 2012 que representan el total de las nulidades interpuestas en Guayaquil en dicho periodo, de los cuales se observaron 5 casos en los que se declaró nulo el laudo arbitral, lo que representa el 1% de los 342 arbitrajes que se han iniciado desde el año 2005 al 2012 en la ciudad de Guayaquil. Se aclara que esta estadística se refiere a arbitrajes domésticos y que se refiere al único centro operativo en la ciudad de Guayaquil, el Centro de arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil en el que se interponen acciones de nulidad contra laudos arbitrales que son conocidas por la Corte Provincial de Justicia del Guayas.



Corte confirma la decisión de los árbitros<sup>7</sup>, además que el hecho de la interposición de esta acción no suspende los efectos o ejecución del laudo arbitral según se desprende del artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional<sup>8</sup>.

Habiendo hecho estas precisiones, consideramos que el arbitraje, aún sigue siendo la mejor opción para resolver de forma ágil los conflictos transigibles en general.

### **Inapelabilidad del laudo arbitral**

Respecto a la Inapelabilidad del laudo arbitral, hay que señalar también ciertos aspectos. El laudo arbitral es la forma regular en que concluya un proceso arbitral, en el que se resuelve sobre el asunto controvertido que fue sometido a esta jurisdicción por voluntad de las partes. Éste, como casi todo acto de administración de justicia, se encuentra sometido a control judicial por causas extraordinarias, bien entendido que, por definición, el laudo arbitral es inapelable, tiene fuerza de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada; de tal forma que los Tribunales Arbitrales o árbitro único, son los únicos llamados a resolver el fondo de la controversia cuando existe un convenio arbitral que surte efectos jurídicos y que no ha sido renunciado por las partes en un momento posterior<sup>9</sup>, excluyendo de esa forma a cualquier otra

---

<sup>7</sup> Se realizó una estadística de todos los casos en que se interpuso acción extraordinaria de protección, de todos los casos que han sido resueltos, ninguno ha sido resuelto favorablemente, esto es, la Corte no ha declarado violación de derechos constitucionales, mas bien todas han sido inadmitidas por defectos de forma y en la única que fue conocida por el Pleno de la Corte, se declara expresamente la no violación de derechos constitucionales y se confirma las actuaciones del tribunal arbitral.

<sup>8</sup> Art. 62.- (...) La admisión de la acción no suspende los efectos del auto o sentencia objeto de la acción. (...). Aunque esta norma se refiere a un momento posterior en la sustanciación de la acción, como es la revisión de la admisibilidad, se entendería que si ni siquiera la admisión de la acción suspende los efectos del laudo arbitral tampoco lo haría un acto de menor relevancia como la interposición de la acción frente al Tribunal arbitral.

<sup>9</sup> En nuestra legislación ecuatoriana cabe la posibilidad de que las partes renuncien al convenio arbitral en cuyo caso, se someten los conflictos a la justicia ordinaria. La renuncia

autoridad que administre justicia para resolver el conflicto, es decir, a la justicia ordinaria. Al respecto, citamos a Roque J. Caivano, Susana Navarrine y Jorge Gil Echeverry:

**Caivano, R. (2000).** “El laudo es la decisión emanada de los árbitros que pone fin al litigio. Tiene fuerza vinculante y es obligatorio, resolviendo definitivamente el diferendo que las partes les habían sometido” **(Pág. 247)**

**Gil, J. (1993).** “Algunas legislaciones, como la ley uniforme de la CNUDMI o UNCITRAL, expresan que el laudo es inapelable, teniendo la obligación de cumplirse sin demoras” **(Pág. 57)**

**Navarrine, S. (1992)** “El laudo arbitral tiene su total eficacia ante la justicia ordinaria que hubiera sido competente en razón de la materia” **(Pág. 21)**

Como se observa, se mantiene el criterio establecido en la doctrina, de la fuerza vinculante que debe tener el laudo arbitral y que pone fin al litigio, sin que haya la posibilidad de que se establezca algún recurso vertical; claro todo lo anterior sin perjuicio de la acción de nulidad que no es propiamente un recurso sobre la materia de arbitraje, sino, como hemos dicho, sobre aspectos de forma o procesales.

También hacen relación a que la justicia ordinaria no debe intervenir una vez que la competencia exclusiva para resolver se encuentra en los árbitros, lo que se consolida con la inapelabilidad del laudo previsto en la ley de arbitraje y mediación, salvo la colaboración judicial en lo que a la ejecución del laudo arbitral se refiere. Veamos las normas vigentes:

**Ley de Arbitraje y Mediación.- Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes**

---

puede operar porque el demandado no declinó la competencia u opuso la excepción de existencia del convenio arbitral en un juicio al contestar, o la renuncia posterior de las partes por un documento escrito.

de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. (...) Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley. (Artículo 30)

**Ley de Arbitraje y Mediación.-** Ejecutoriada el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato. Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada. Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo. (Artículo 32)

Como se observa, nuestra ley establece la inapelabilidad de los laudos, así como su ejecución directa, pudiendo ser voluntaria o forzosa en la vía de apremio ante la justicia ordinaria.

### **Discreción y confidencialidad**

Para algunas personas resulta muy conveniente que el procedimiento que se emplee para la resolución de sus conflictos no trascienda más allá de las partes implicadas (Hinojosa R., Pág. 106) lo que no ocurre usualmente en la justicia ordinaria pues sus actuaciones en general y mayoritariamente son públicas.

La confidencialidad, para que se entienda como una característica del arbitraje debe estar pactada en el convenio, según lo dispone el artículo 38 de la ley de arbitraje y mediación.

Ahora bien, aunque no haya una confidencialidad pactada, se espera, de igual manera, cierta discreción en el arbitraje (Silva Romero E., 2012), esta discreción o reserva se refiere a que el arbitraje es de las partes y por lo tanto ellas pueden conducir el proceso arbitral de tal forma que sus diferencias no trasciendan ni afecten la imagen de una u otra. Al respecto, nuestra ley prevé ciertamente que el procedimiento arbitral puede ser diseñado por las partes, pueden por ejemplo decidir reserva en tal o cual diligencia o en tal o cual prueba o documentación, entre otros.

### **Libertad formal**

En la obra coordinada por Rafael Hinojosa, se menciona también como atributo del arbitraje a la libertad que tienen las partes para configurar el procedimiento arbitral en el convenio (Pág. 106) y nosotros agregamos, en el procedimiento mismo, conforme al artículo 38 de nuestra ley.

Ahora bien, no solamente hay que analizar porqué el arbitraje frente a la administración de justicia. También hay que analizarlo frente a otros métodos alternos de solución de conflictos como lo señala Bruno Oppetit, (Pág. 42-43, 2006)

Frente a la mediación, es fácil notarlo. La mediación es un método autocompositivo de solución de conflictos con un tercero neutral, el mediador, que intentará que las partes lleguen a un acuerdo, pero como no siempre se llega a ese acuerdo, y el tercero no tiene el *imperium* que tiene un arbitro o juez, entonces, la mediación no siempre es eficaz, porque el mediador es un facilitador pero el éxito de la mediación depende de las partes, si ellas no realizan acuerdo alguno, entonces, la mediación no habrá solucionado el conflicto. Precisamente, cuando la mediación falla, las partes acuden al arbitraje o a la justicia ordinaria. Lo propio ocurre con la negociación entre las partes, por ello, el arbitraje tiene acogida entre los métodos alternos de solución de conflictos.

Otra ventaja del arbitraje a nuestro modo de ver es que en nuestra legislación se prevé una instancia de mediación, luego de contestada o no la demanda o la reconvencción, si esta última existiese. Esta es una clara ventaja del arbitraje, pues se le da la oportunidad a las partes de que terminen el conflicto ellos mismos previo a conformar el tribunal arbitral. En este sentido el arbitraje es eficiente, pues permite que se termine el procedimiento por anticipado; por otra parte, si ya se hubiere realizado una mediación previa, el arbitraje sigue siendo eficiente, pues el acta de imposibilidad suscrita suple la etapa de mediación dentro de arbitraje.

### **Ejecución del laudo arbitral**

Inicialmente se vería como una desventaja, pues es sabido que los árbitros no pueden ejecutar sus decisiones, -a pesar de que ejercen funciones jurisdiccionales reconocido tanto por el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil como el artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial- y que las partes que quieran ejecutar un laudo forzosamente de un arbitraje doméstico deberán acudir a los jueces estatales, lo que se torna aún más dificultoso cuando se trata de un laudo extranjero.

Pero desde la perspectiva del arbitraje internacional, si se hiciera un parangón entre una sentencia judicial de un país determinado frente a un laudo de una Corte Internacional de arbitraje (que hayan resuelto el mismo conflicto sin que ninguno decline competencia por el otro) ¿qué tendría mayor fuerza? ¿Una sentencia que se puede ejecutar dentro de un país o un laudo que se puede ejecutar en varios países del mundo a través de la Convención de New York? Claro, este ejemplo en el evento que el conflicto fuere exclusivamente referente a una circunscripción territorial determinada. **(Cantuarias, F. 2012)**

Ahora bien hasta aquí se han esgrimido ventajas del arbitraje, que lo hacen atractivo como elección del individuo; pero ello va mucho más allá. El arbitraje no es solamente una buena elección; el arbitraje es necesario y hasta se podría decir inevitable, como dice Fernando Cantuarias, tanto en el ámbito doméstico como en el internacional (Cantuarias, F, Página 1 y siguientes). Concretamente este autor, sostiene que el arbitraje ha tenido un gran desarrollo. Para demostrar su tesis hace

referencia a distintos países que han aprobado ya sus leyes de arbitraje, y que cada vez más Estados se apegan a la ley modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional , además del aumento del número de arbitrajes en los principales centros de arbitraje del mundo y las adhesiones de países a la Convención de Nueva Cork referido al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, o las progresivas firmas de tratados bilaterales de inversión que se suscriben entre distintos países; todo lo que hace propicio el desarrollo del arbitraje, y hace que el autor sostenga que el arbitraje no solamente es útil, sino inevitable. (Cantuarias F. 2007, Pág. 2). A este respecto coincidimos, mientras más países reconozcan el arbitraje, lo regulen, y reconozcan la eficacia del laudo arbitral nacional como el extranjero, ciertamente se está desarrollando un medio propicio para el desarrollo de este método alterno.

En el caso del arbitraje doméstico, señala Cantuarias, que el arbitraje es inevitable por las siguientes razones: 1) Por la masificación de causas en el poder judicial, señalando que es una constante en América Latina y un problema universal y que el arbitraje podría ayudar descongestionando las cortes; 2) Señala ventajas del proceso arbitral que lo hacen inevitable: 2.1) Que si bien se pierde formalidad, se gana eficacia, ya que el proceso puede adecuarse a las necesidades y expectativas de las partes; 2.2) La celeridad del proceso arbitral y no solo por los plazos sino porque se los árbitros dedican tiempo a resolver pocos casos mientras en la justicia ordinaria los jueces distraen su tiempo entre muchos procesos judiciales; 2.3) Ahorro en los costos en función de la duración de un proceso judicial, señala que ciertamente aunque inicialmente se consideren elevados los costos del tribunal, secretario y centros arbitrales ellos son notoriamente inferiores a un proceso judicial que dure años, de lo que concluye es justo considerar que la resolución justa del litigio en corto tiempo trae consigo ventajas patrimoniales; 2.4) Experticia de los árbitros, a diferencia del juez que muchas veces se le obliga a ser un “todista”. En esta ventaja señala que no solamente las partes pueden escoger a un árbitro que tenga experiencia en el tema de discusión, sino que sea en alguien en quien confíe; 2.5) La privacidad y confidencialidad del proceso arbitral. Es interesante ver como éste autor coincide con Eduardo Silva, no solo hablamos de un pacto de estricta confidencialidad en el convenio arbitral, sino cierta reserva o privacidad que se espera del proceso arbitral. A este respecto Cantuarias señala que hay conflictos que no conviene que sean de dominio público, para un comerciante o empresario

guardar su prestigio y buen nombre es sumamente importante y la publicidad que se genera en los procesos judiciales puede resultarle muy costosa, o el costo que habría si el público en general accede a su información privilegiada (Cantuarias F. 2007, Pág. 7-11). Hasta este punto efectivamente creemos el proceso arbitral tiene sus ventajas, pero no concordamos con Cantuarias de que esas ventajas sean suficientes para hacer inevitable el arbitraje doméstico. Lo hace conveniente, pero no inevitable.

En el caso de conflictos internacionales, en los que existe la posibilidad de que se apliquen dos ordenamientos jurídicos distintos y que puedan participar dos instancias judiciales, hay mayor peso para que el arbitraje sea efectivamente inevitable. Las razones las exponemos a continuación 1) La neutralidad. Pues como explica Meter D. Ehrenhaft y Lawrence Craig, la partes siempre querrán que las controversias de un contrato sean resueltas por el poder judicial de su país, bajo reglas conocidas y asesorada por abogados locales, en vez de pactar que las controversias se resuelvan en el país de la otra parte contratante, además de que la parte teme de que los jueces estatales discriminarán a favor de su nacional.(Citado por CANTUARIAS, F 2007. Pág. 13) Al respecto, consideramos que efectivamente no solo el hecho de que una de las partes sean de distintas nacionalidades hace conveniente que se escoja un tribunal arbitral independiente para conocer sus controversias, sino que lo vemos desde la perspectiva del Estado como parte. Notoriamente habrá más seguridad para cualquier inversionista o persona extranjera que contrate con un Estado, el hecho de que se coloque una cláusula arbitral ante un Centro arbitral excluyendo a los jueces estatales que son en el fondo, empleados del Estado contratante; peor aún si tenemos en cuenta que estas controversias de Estado con inversores suelen tener altas cuantías por tratarse de concesiones, obras públicas o explotaciones económicas de recursos naturales, entre otras actividades que motivan que la inversión extranjera ingrese a un Estado determinado. Por ello es que a nuestro parecer es más importante la necesidad de una instancia neutral y qué mejor que un arbitraje en un centro arbitral que no dependa de ninguna de las dos partes con certeza de las normas a utilizar, por lo que al menos en esa circunstancias, el arbitraje si sería no solo conveniente sino inevitable, pues el inversor o comerciante o comerciantes irían a litigar ante un centro arbitral que no responde a nacionalidades ni a Estados. Cabe también agregar, como lo dice Lawrence Craig, que no solo neutralidad enfocándonos en el

tribunal arbitral, sino neutralidad en función de la igualdad de las partes, pues claramente una parte siempre está favorecida ante su juez nacional, por muy imparcial que sea éste, ya que para ganar un proceso se requiere demostrar que se tiene la razón, y en esa demostración la comunicación juega un papel importante.

Como dice este autor, una parte puede comunicar mucho mejor ante un juez nacional que ante uno extranjero, y ello se da no solo por el idioma, sino por una similitud en el razonamiento jurídico que hacen que una parte sintonice con un juez nacional mejor que un extranjero (Citado por Cantuarias, F. 2007, Pág. 14).

Además de la neutralidad, Cantuarias establece dos razones: 2) Por los problemas de competencia entre jurisdicciones y 3) Problemas en la ejecución de las sentencias.

En el primero, esto es, respecto de los problemas de competencia en conflictos internacionales hay que destacar lo siguiente. En los conflictos internacionales, como lo explica Cantuarias, las partes en ciertas circunstancias no desean someter sus conflictos a la jurisdicción al poder judicial de alguno de ellos, por lo que en ciertas ocasiones eligen a un tercer Estado como jurisdicción; sin embargo como lo señala Gary B. Born, algunas cortes se han negado a declararse competentes por la falta de una razonable vinculación o relación de este tercer Estado con la controversia de las partes (citado por Cantuarias, 2007 Pág. 17), además de que en ciertas ocasiones como lo señala Born al momento que este tercer estado reconozca los pactos de sumisión a una jurisdicción determinada aplican conceptos tan amplios y pocos precisos como el orden público, el foro acordado; con lo cual, asegura Cantuarias, aumenta el riesgo de que aun cuando las partes seleccionen el foro en el cual desean resolver sus controversias, terceras jurisdicciones se nieguen a reconocer dicho pacto. (citado por Cantuarias, 2007 Pág. 17).

Por otra parte, como lo explica Cantuarias, sería peor que las partes no pacten cláusula de controversias que fije una jurisdicción, pues cada parte demandaría en la jurisdicción que más le convenga y aquí cita lo que en doctrina se conoce como "jurisdicción exorbitante", esto es, cuando las cortes se atribuyen competencia para resolver ciertos conflictos por circunstancias previstas en la normas que son exageradas, como en Estados Unidos o en Francia, con un enorme riesgo de que apliquen sus propias normas sustantivas para resolver conflictos de fondo.



Cantuarias cita alguno de estos criterios exagerados como lo que ocurre en Francia, siempre que el demandante sea francés los tribunales franceses tendrán competencia, sin importar si el demandado fuere extranjero, si tuviere domicilio allí o no, si fuere residente en Francia o si no estuviere siquiera presente y sin importar si los hechos sobre los que se basa la demanda tengan alguna relación o no con ese país. (Cantuarias, 2007 Pág. 18 y 19).

Con todos estos posibles inconvenientes de jurisdicción en la contratación internacional, Cantuarias indica que la mejor forma de reducir drásticamente estos problemas, es pactando la sumisión de las controversias a arbitraje; lo que creemos correcto, pues el convenio arbitral es libremente negociable y se puede ajustar a los intereses de las partes, ellas pueden escoger una sede neutral, con una legislación amigable.

En el segundo, esto es, respecto de la ejecución de sentencias, como lo señala Cantuarias, a diferencia de lo que ocurre con los laudos, no existe a nivel mundial un tratado que permita la ejecución rápida, segura y poco costosa de sentencias judiciales (Cantuarias, 2007, Pág. 22) En efecto, no existe una como la Convención de New York sino que cada país se reserva en sus normas jurídicas internas las condiciones para ejecutar en su territorio una sentencia judicial extranjera, lo propio ocurre en el Ecuador. Como lo señala Gary Born, en estas circunstancias a veces es dificultoso o imposible obtener una efectiva ejecución de las sentencias judiciales extranjeras (Citado por Cantuarias, 2007, Pág. 23) dentro de ello, como lo señala Lissa Thompson, hay poderes judiciales que se niegan a reconocerlas porque no existe un tratado que los habilite a hacerlo, otros que se reservan a revisar los méritos del caso previo a ejecutar las sentencias judiciales extranjeras, y, otros que para ejecutarlas requieren que se pruebe la reciprocidad, es decir, que el Estado del que proviene la sentencia judicial pruebe que en su territorio se ejecutan sentencias judiciales del Estado que requiere la prueba, entre otros. (Citada por Cantuarias, 2007, Pág. 23)

Viendo estos problemas, Cantuarias, F. (2007) concluye:

**(...) La manera inevitable de asegurar que las controversias generadas en el comercio internacional no sufran conflictos de competencia**

**terminen en manos de las Cortes de brazo largo – refiriéndose a las jurisdicciones exorbitantes que hemos mencionado- o tengan finalmente problemas de ejecución de las sentencias, es pactando la sumisión de los futuros o actuales conflictos al arbitraje. Es pues el arbitraje la vía inevitable por la que tienen que discurrir los conflictos que se generan del intercambio comercial internacional, ya que garantiza neutralidad, seguridad, rapidez y eficiencia (Pág. 24-25) (la aclaración es nuestra)**

Nosotros agregaríamos que no solamente eso hace reducir los riesgos y permitir una forma ágil de resolver conflictos, sino que estos arbitrajes son necesarios cuando la contraparte es el Estado, pues notoriamente es riesgoso –por muchas razones- que los propios empleados del Estado –jueces- resuelvan las controversias de su empleador frente a nacionales peor frente a inversores o extranjeros. Creemos que en este sentido hay un temor fundado que ocurre tanto en juicios nacionales como en arbitrajes nacionales. Cuando el Estado está presente, en la mayoría de los casos, el conflicto se vuelve un poco más difícil de administrar – desde el punto de vista de un Centro arbitral o de un juzgado o Corte-

Finalmente, dentro de este apartado, queremos confirmar la vinculación entre el derecho de tutela efectiva y el arbitraje. Recordando lo anotado en el estudio del derecho de la tutela judicial efectiva, veíamos que su contenido giraba en torno al derecho a interponer las acciones y recursos que la ley prevé, al derecho a obtener una resolución de fondo y, al derecho de ejecución de esta resolución; e, innegablemente, el arbitraje se ha convertido en una herramienta eficaz para la realización (materialización) de este derecho de tutela judicial efectiva, sin dilaciones, a través de un proceso concreto y con garantías para la ejecución de la resolución de los árbitros.

Desde esta perspectiva, convencidas que el arbitraje es necesario y beneficioso es que nos planteamos el problema de investigación, pues si no existe un convenio arbitral previo, de qué forma se podría someter a arbitraje las disputas de

responsabilidad civil extracontractual teniendo en cuenta que no encontramos una justificación suficiente para discriminar a estas disputas de los beneficios del arbitraje; sin embargo, para continuar con nuestra tesis, hasta este punto, es necesario hacer una distinción de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

### **2.1.3 Responsabilidad civil**

Para estudiar esta institución del Derecho, es necesario partir del origen de la palabra *responsabilidad*. Etimológicamente, proviene del vocablo latín *responsum* (proveniente del verbo latino *responder*), que puede traducirse en el hecho de que un individuo debe hacerse cargo de las consecuencias de sus actos. Las dos grandes áreas de la responsabilidad son la civil y la penal, de las cuales, para el presente trabajo, importa la primera, siendo necesario anotar que no son capítulos totalmente ajenos, sino que ambas confluyen cuando entramos en la responsabilidad civil extracontractual originada por una conducta delictual del sujeto pasivo; sin profundizar en el tema, puesto que será tema de desarrollo en posteriores líneas.

La evolución en este campo no ha sido poca; las legislaciones, el desarrollo doctrinario y el jurisprudencial, han provocado avances en la definición de responsabilidad civil, ya no conceptualizándola únicamente desde el polo pasivo de la relación, esto es, del lado del deudor o dañador, sino que se ha sumado una serie de aspectos que han generado una ampliación necesaria a tal definición, entre ellos el porqué (fundamento o justificación) ese alguien tiene que asumir la obligación de resarcir o reparar el daño injustamente causado al otro sujeto de la relación. Esta evolución se da, a partir de las diferentes necesidades que han surgido a lo largo de los escenarios históricos, los cuales han exigido el nacimiento de nuevas teorías que fundamenten casos en que el daño debe ser reparado, aún sin que exista el elemento primigenio bajo el cual nació la idea del resarcimiento, esto es, la culpa. Por ello, en la actualidad, no podemos definir a la responsabilidad civil tan sencillamente como la obligación de reparar que tiene un sujeto, por haber ocasionado un menoscabo en el patrimonio (patrimonial y/o extrapatrimonial de otro), sino que debemos entender a la responsabilidad civil como un técnica de

imputación, que junto con sus presupuestos -en especial con el factor de atribución- permite que un sujeto (persona natural o jurídica) asuma las consecuencias perjudiciales que ha causado a otro sujeto, ya sea: por efecto de su comportamiento, o por su singular situación jurídica por la cual se estima que debe responder, o por aportar condiciones idóneas para que el menoscabo se consume, lo que el Derecho ha entendido como reparación económicamente justa.

Antiguas, pero importantes y básicas definiciones de responsabilidad civil, encontramos en autores como Alessandri, A. (1981), quien proclama respecto a ésta, lo siguiente:

**En derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor. En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra. (Pág. 217)**

Pero como anotábamos, el concepto visto desde el lado pasivo de la responsabilidad civil, ha evolucionado e, inclusive, como cátedra, ha pasado de llamarse Derecho de Responsabilidad Civil a Derecho de Daños, ello por cuanto ya no se focaliza en la deuda que tiene el responsable, sino en el crédito a la indemnización que tiene el dañado, se ha pasado de ver el daño injustamente causado por el agente dañino, al daño injustamente sufrido por la víctima. Dicha evolución ha acontecido a raíz de los presupuestos que configuran la responsabilidad civil, a mencionar: el daño, la antijuricidad, el factor de atribución y, la relación de causalidad. Todos ellos han sufrido, si no modificaciones, sí una serie de nuevas teorías que han reestructurado y ampliado sus conceptos. Este desarrollo se ha dado sobre todo por los diferentes escenarios que han presentado los casos

de responsabilidad civil, a través de su tradicional división en contractual y extracontractual o aquiliana.

Sin ser la intención de ahondar en este tema, por no ser el objetivo del presente trabajo, revisemos los presupuestos que configuran la responsabilidad civil y, que se estiman deben estar presentes tanto para la contractual como para la extracontractual.

1.- Daño: presupuesto básico de la acción de indemnización por responsabilidad civil, se traduce en el menoscabo o lesión al patrimonio de la víctima; la afectación a la integridad de los bienes y/ o de la salud física y/o psíquica de los que goza una persona.

El tratadista argentino, Jorge Mosset Iturraspe (1998) manifiesta en lo referente al daño que no puede sostenerse la existencia de un Derecho a dañar al prójimo. De ahí que el daño sea, en sí mismo, un hecho contrario a Derecho, injusto. Todo aquel que causa un daño está obligado a la reparación. Esa es la regla. Y es así porque el daño implica un desorden, un desequilibrio, un entuerto. La excepción está dada por las conductas dañosas conformes a Derecho; por ser el ejercicio de una facultad reconocida o el cumplimiento de un deber. (Pág. 22)

No se justifica la pretensión de una indemnización por responsabilidad civil sin daño o, al menos, de un daño fundadamente temido (previsto en otras legislaciones). Sin daño, carece de fundamento la institución de la Responsabilidad Civil, si precisamente la función primordial de ésta es la de indemnizar es resarcir o compensar el daño causado; y, su principal efecto consiste en la transferencia de patrimonios, de tal manera que el de la víctima recobre el equilibrio injustamente sufrido, a través de la transferencia que le hará del suyo propio el victimario.

2.- Antijuricidad: se configura como el comportamiento contrario a derecho, la realización de una conducta que está prohibida por el ordenamiento jurídico. Como todos los demás presupuesto –éste aún más- ha ido evolucionando y expandiéndose; así, de la antijuricidad subjetiva-formal, se ha llegado hasta la material-objetiva. Y, es que el tema del daño injustamente sufrido ha merecido tanto

desarrollo doctrinal, jurisprudencial y normativo, que ya no bastaba que agente dañador responda únicamente cuando actuaba a título de culpa o dolo (antijuricidad subjetiva), sino que se hizo necesario proteger la situación de vulnerabilidad del perjudicado (sobre todo en temas de derechos al consumidor), a través de factores de atribución objetivos, que configuran la antijuricidad objetiva. Hay una justificación que permite sostener la idea de que una persona responda por daños ocasionados, aún sin actuar a título de culpa o dolo; y, ésta es el fundamento técnico de la Responsabilidad Civil: el ideal de justicia, tal como manifiesta Prevot, J. (2006):

**El daño, no cabe duda, es el presupuesto basal de la responsabilidad civil, pero no su fundamento en sentido técnico. El mismo debe sencillamente buscarse en el "ideal de justicia", en la saludable filosofía de restablecer el equilibrio de los patrimonios alterados sobre la base de una identidad o de un equivalente, o de restañar minoraciones del espíritu por medio de satisfactivas reparaciones, y para tal cometido el ordenamiento jurídico se vale de una serie de factores objetivos y subjetivos de atribución (85) que permiten al intérprete dirimir si es justo que el daño quede a cargo de quien de hecho lo ha sufrido, o si, por el contrario, debe desplazar sus consecuencias nocivas a otra persona. (Pág. 5)**

Por su parte, jurisprudencia extranjera puntualiza respecto a la antijuricidad lo siguiente:

**Corte de Justicia de la Provincia de Catamarca (2005)**  
**3. Carencia de antijuricidad. El primer elemento constitutivo, la antijuricidad, ha sido definido como obrar violatorio de la máxima "alterum non laedere". Este obrar adquiere relevancia en tanto configure daño o amenace con causarlo. El derecho de daños no ha tipificado una nómina cerrada de conductas**

**antijurídicas, sino que engloba como ilícitas a todas aquellas en las que se perjudique a otro sin una razón justa. Así la antijuridicidad no reside en el resultado, sino en el obrar que puede haberlo producido. Debe tenerse presente que antijuridicidad y daño son dos elementos diferentes -pese a la obvia interrelación de que gozan- y así han de ser considerados, cada uno escindido del otro. Tal ha sido la interpretación unánime de la doctrina especializada: "La dañosidad no es pauta hábil para determinar el componente de antijuridicidad" (conf. Lorenzetti, R., LA LEY, 1991-E, 59; Zavala de González, M., en "Resarcimiento de daños", vol. 2c, p. 486, vol. 4, p. 328); "Hablar sin más de antijuridicidad en todo supuesto de indemnización, equivale a 'saltar' indebida y simplistamente aquella indispensable valoración" (Bueres en "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta", en "Derecho de daños", ps. 168/9, nota 75); "No cabe reconocer la antijuridicidad 'ex post ipso', a partir de la producción del resultado dañoso" (De Lorenzo, en "El daño injusto en la responsabilidad civil", p. 22 y sigtes.)" (Cisternas, Mario H. c. Tula, Lucía Garin de)**

Estos acertados criterios, nos permite importantes conclusiones: 1) que los presupuestos: daño y antijuridicidad no son uno mismo; no basta el hecho de existir un daño, para que deba responder un sujeto, ya que hay ocasiones excepcionales en las que muy a pesar del daño, no se responde, tales son las causales de justificación (legítima defensa, aceptación o asunción de riesgos, consentimiento del damnificado y el estado de necesidad), a través de las cuales se releva la obligación de indemnizar a la víctima; y, 2) que la antijuridicidad se respalda en un principio de justicia supremo "alterum non laedere": no hacer daño, sin que curse una causa justa que haya permitido ocasionarlo.

3.- Factor de atribución: si la antijuricidad es el comportamiento lesivo contrario a derecho, el factor de atribución es el título al cual responde ese comportamiento. En el Derecho, encontramos los factores de atribución subjetivos y los objetivos. El sistema subjetivo se aplica cuando haya que imputar el hecho un actuar culposo o doloso por parte del agente dañino; en cambio, el sistema objetivo, originada a fines del siglo XIX, se aplica bajo los supuestos del riesgo creado, de garantía, por equidad, o por casos de abuso del derecho.

Los factores de atribución subjetivos son las bases del sistema clásico, quienes alegaban que el único comportamiento que puede ser reprochable es el culpable, una conducta que no importe culpa (o dolo) no puede generar la obligación de reparar. Al dolo, para efectos de configurar el delito civil (para casos de responsabilidad civil extracontractual), se lo debe de entender como aquella intención de dañar; y, a efectos de la responsabilidad civil contractual, se debe entender la aplicación del dolo contractual u obligacional, que consiste en el incumplimiento deliberado de la obligación, es decir, no cumplir la obligación, pudiéndolo hacer. La doctrina coincide al conceptualizar a la culpa:

**Planiol, M. (1952)** “Hay que entender por culpa un acto sujeto a reproche, en el sentido de que el deudor incurre en una reprobación por un hecho preciso de acción o de omisión.” (Pág. 377)

Los factores de atribución objetivos se desarrollaron por la invención de nuevas fuentes de riesgo generadas por la aparición de las máquinas, automotores y, todo lo que implica y genera la actividad industrial. Detrás del sistema objetivo, se encuentran la teoría del riesgo creado, aplicada para los casos de responsabilidad civil extracontractual; y, la teoría de la responsabilidad objetiva en sí, que cobijaba los casos de responsabilidad civil contractual, la cual alegaba la existencia de un deber de seguridad a favor del acreedor de la relación.

Actualmente, la responsabilidad objetiva es eje de la normativa de protección de los derechos de los consumidores y usuarios, así como para temas ambientales. Así, en nuestra legislación podremos encontrar las siguientes normas:



**Ley Orgánica de Defensa al Consumidor** “Derechos del Consumidor.- Son derechos fundamentales del consumidor, a más de los establecidos en la Constitución Política de la República, tratados o convenios internacionales, legislación interna, principios generales del derecho y costumbre mercantil, los siguientes: 1. Derecho a la protección de la vida, salud y seguridad en el consumo de bienes y servicios, así como a la satisfacción de las necesidades fundamentales y el acceso a los servicios básicos.” **(Art. 4)**

**Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.- Prohibición de Comercialización.-** Comprobada por cualquier medio idóneo, la peligrosidad o toxicidad de un producto destinado al consumo humano, en niveles considerados como nocivos o peligrosos para la salud del consumidor, la autoridad competente dispondrá el retiro inmediato de dicho bien o producto del mercado y la prohibición de circulación del mismo. Los daños y perjuicios producidos por la acción de dichos bienes o productos serán de cargo del proveedor, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar. **(Art. 59)**

**Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.- Licencias.-** Las patentes, autorizaciones, licencias u otros documentos o permisos otorgados por el Estado a ciertos proveedores para la investigación, desarrollo o comercialización de bienes o prestación de servicios que puedan resultar peligrosos o nocivos para la salud del consumidor, en ningún caso eximirán de la responsabilidad por los daños y perjuicios efectivamente ocasionados a dichos consumidores, daños que de conformidad a lo dispuesto por esta u otras leyes, serán

de cargo de los proveedores y de todos quienes hayan participado en la cadena de producción, distribución y comercialización de los mencionados bienes. **(Art. 60)**

**Constitución.-** El Estado adoptará las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, cuando exista certidumbre de daño. En caso de duda sobre el impacto ambiental de alguna acción u omisión, aunque no exista evidencia científica del daño, el Estado adoptará medidas protectoras eficaces y oportunas.

La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente, además de las sanciones correspondientes, implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas. **(Art. 396)**

Es necesario dejar anotado que no todos los casos del microsistema de responsabilidad de defensa al consumidor serán imputables a título de factores de atribución objetivos. Mucho menos en nuestra legislación. Éstos sólo se dan por la transgresión del deber de seguridad en obligaciones de resultados que pesa sobre los proveedores, quienes, por el rol que desempeñan en la relación de consumo, se obligan a entregar al consumidor un producto o servicio que no atente contra su integridad y salud. La doctrina extranjera es del criterio de que constitucionalmente se prevé un deber de seguridad que pesa sobre este proveedor a favor del consumidor, que hace que ni la salud, ni la seguridad, ni los intereses económicos de estos últimos se vean en riesgo o sufran un menoscabo en su patrimonio por consumir o verse expuestos a esta relación de consumo. En palabras del argentino Sebastián Picasso (2008) La ley pone a cargo del proveedor una obligación expresa de seguridad. No otra cosa es lo que resulta del Art. 5 de la LDC, a cuyo tenor "Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios". Cabría añadir que... esa obligación de seguridad tiene también fundamento constitucional, pues dimana del

Art. 42 de nuestra Carta Magna, que establece el derecho de los consumidores y usuarios a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos. Por añadidura, poca duda cabe de que estamos, también aquí, frente a una obligación de resultado, cuyo incumplimiento generará responsabilidad objetiva. (Pág. 3)

Con este criterio concluiremos por el momento con el análisis del presupuesto del factor de atribución, sin que por ello se agote aquí el estudio del tema, sobre todo de los factores de atribución objetivos.

4.- Relación de causalidad: es precisamente el nexo entre el hecho y el daño, es esta relación de causa y efecto. Es necesario probarla, para constatar qué hecho ocasionó qué daño(s). La prueba sobre la relación de causalidad nos permitirá conocer, además, el grado o nivel de intervención del agente dañino.

Bien, hasta aquí este resumido análisis de los presupuestos de configuración de la responsabilidad civil. Para finiquitar, asimismo, este primer acercamiento a esta figura, es necesario referirnos a la división clásica de ésta, esto es, la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. El tratadista Tamayo, J. (2008), manifiesta:

**En general, la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar. Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito, el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia. (Pág. 8)**

En la actualidad, las legislaciones extranjeras pretenden abolir esta clásica división de responsabilidad civil, tratando de adoptar un sistema monista, donde lo relevante no es determinar si el caso pertenece a uno o al otro tipo, amparados sobre todo en el hecho de que reglas que rigen clásicamente a la responsabilidad civil extracontractual, son aplicables, en casi su total mayoría, a los casos de responsabilidad civil contractual; sin embargo, nuestra legislación que aún ampara esta summa divisio de la responsabilidad, nos obliga a estudiarla como tal y, a encontrar vías procesales más céleres que frenen el daño progresivo que está ocasionando el tener que someter principalmente a la jurisdicción ordinaria su solución.

Ahora bien, la definición de responsabilidad civil dada por el tratadista colombiano, da como nota común la existencia del daño proveniente de un *hecho ilícito*. Para evitar posibles confusiones -ya que es costumbre hablar de hecho ilícito para referirnos a la responsabilidad extracontractual-, hay una parte de la doctrina que atina en el criterio de que la responsabilidad contractual no nace per se del incumplimiento de una obligación preexistente, ya que si bien es una consecuencia patológica de una obligación preexistente incumplida, no es la sola la existencia de ese incumplimiento la que generará responsabilidad, sino que lo será el daño que ese incumplimiento le haya ocasionado, del cual constituirá uno (no el único) de sus elementos, dicho incumplimiento. En palabras de Prevot, J (2006):

**La indemnización sustitutiva (*id quod interest*) o acumulativa (mayores daños) de la pretensión de cumplimiento, en rigor, no nace del incumplimiento, sino del "hecho dañoso" del cual el mismo forma parte. No siempre el incumplimiento produce el deber de resarcir. En el fondo, concluye Llamas Pombo, la fuente de la obligación es siempre la misma: "el daño irrogado" al acreedor (en la obligación contractual) o la víctima del hecho lesivo (en la extracontractual). Toda responsabilidad dimana de un ilícito civil, de un *damnum inferido* a un acreedor previo, o que nace ex *instante damni infecti*. (Pág. 3)**

Afirma más adelante Juan M. Prevot que al incumplimiento debe acompañarle la existencia de una frustración en la economía del acreedor, en el interés material o moral que éste haya tenido, que no basta meramente el incumplimiento; sin embargo, la línea de nuestra legislación no es ésta, ya que para ésta, basta el mero incumplimiento (tardío, parcial o total) para dar cabida a la indemnización. Juan Prevot, (2006), citando a Gamarra, sostiene que la obligación indemnizatoria siempre es un "efecto necesario" del incumplimiento, puesto que aunque el deudor voluntariamente ejecute la obligación en forma tardía, o el acreedor obtenga la prestación debida mediante ejecución específica, existirán siempre los daños y perjuicios moratorios causados por el retardo (Pág. 25).

En el siguiente apartado, en el cual analizamos brevemente la responsabilidad contractual, detallaremos el sistema indemnizatorio que se aplica en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas de un vínculo contractual previo; mientras tanto, para finalizar las generalidades del instituto de responsabilidad civil, es imprescindible dejar mencionada su función primordial: la resarcitoria, la cual está basada en tres principios básicos: 1) alterum non laedere, esto es, no dañar; 2) principio favore victimae, que se activa cuando estamos frente a casos de consumidores/usuarios; y, 3) principio de reparación plena, el cual podrá lograrse cuando los daños causados sean meramente patrimoniales, difícilmente podremos decir que habrá reparación plena para daños extrapatrimoniales. Ahora, la intención del resarcimiento es precisamente recobrar el equilibrio del patrimonio afectado por el daño, a través, de la transferencia justa a la que está obligado el agente dañino. De ahí, sólo por mencionar, diremos las funciones accesorias de la responsabilidad civil: la preventiva y punitiva.

### ***2.1.3.1. Responsabilidad civil contractual.-***

La responsabilidad civil contractual, se genera por el incumplimiento de un deber específico y determinado entre sujetos que se encontraban vinculados por una relación de carácter contractual, en ésta se supone que el deudor ha violado su deber de cumplir con la prestación objeto del contrato y que tiene como

consecuencia la lesión del derecho de crédito de su acreedor, lo cual se traduce en daño. La doctrina se manifiesta en los siguientes términos:

**Alessandri, A. (1981) La responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente y cuya violación sirve de sanción. Es la que proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Si todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause. (Pág. 114)**

Bien, teniendo claro que el objetivo de este tipo de responsabilidad es el resarcimiento, traducido en la reintegración del derecho de crédito que se tenía originariamente, veamos ahora el ámbito de aplicación que la legislación da a la misma. Remitámonos a nuestro código civil:

**Código Civil.-** “En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.” **(Art. 1505)**

**Código Civil.-** “Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas dos cosas, a elección suya:

1.- Que se le autorice para hacerla ejecutar por un tercero, a expensas del deudor; y,

2.- Que el deudor le indemnice los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.” **(Art. 1569)**

**Código Civil.-** “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente.

Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código.” **(Art. 1572)**

**Código Civil.-** “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.” **(Art. 1573)**

Nuestro sistema de responsabilidad civil contractual maneja el esquema de que ante el cumplimiento tardío o el incumplimiento total o parcial, habrá lugar a que el acreedor tenga derecho a solicitar indemnización, constituyéndose este solo hecho (mora o incumplimiento) como suficiente para su requerimiento, no como el otro sistema que anunciábamos previamente, que apela al requerimiento de la prueba de que dicho incumplimiento haya generado una afectación a los intereses del acreedor. Gamarra, citado por Prevot, J. (2006), manifiesta en relación a nuestro sistema, lo siguiente:

**Es menester diferenciar: 1) Si estamos frente a un supuesto de "incumplimiento temporal", no cabe duda de que la obligación indemnizatoria no sustituye ni modifica la obligación primaria sino que se agrega circunstancialmente a ésta, ya que el acreedor obtiene el mismo objeto debido (por el incumplimiento tardío),**

**en virtud de lo cual la obligación de resarcir abarca únicamente el perjuicio causado por el retardo en el cumplimiento; 2) No sucede lo mismo en el "incumplimiento definitivo", donde el cumplimiento tardío ya no es posible y al acreedor no le queda más remedio que petitionar su equivalente pecuniario... En estos casos la reparación no es el equivalente de la obligación incumplida, sino la "compensación" del perjuicio que resulta del incumplimiento. Un equivalente económico del daño producido. (Pág. 10)**

Luego, podemos concluir, que el hecho generador de la responsabilidad civil contractual en nuestro sistema, es el incumplimiento parcial o total, o la mora; y, que la indemnización siempre estará presente, ya sea a título de compensatoria, cuando estemos frente a una: inexecución total, ejecución parcial o, un cumplimiento defectuoso o imperfecto del contrato; o, a título de moratoria, cuando exista un retardo culposo en la ejecución de la prestación.

Subyace, en el tema de responsabilidad civil contractual, la idea de lo que la doctrina llamó *obligación de seguridad*, entendida como la obligación implícita de que el deudor no va a dañar a su acreedor, obligación que las partes contratantes presuponen en el negocio. Este concepto, surgido a finales del siglo XIX aproximadamente, modificó el esquema de la imputación basada en la culpa (que, en todo caso, debía ser siempre probada por la víctima) y, consistía en la división de obligación de seguridad de medios y obligación de seguridad de resultados de la que gozaban ciertos contratos; así, cuando el contrato traía implícita la idea del cumplimiento de obligaciones de medios, la culpa debía ser probada por quien la alegaba, es decir, el actor (víctima) y, al contrario, cuando el contrato consistía en esencia en el cumplimiento de obligaciones de resultado, entonces, la culpa se presumía y, quien debía probar que no existía un incumplimiento culposo era el demandado (dañador).

El nacimiento de este concepto de obligación de seguridad de resultados es lo que sustenta a lo que ya mencionamos anteriormente como teoría de la responsabilidad



objetiva, a través de la cual se logra objetivizar la responsabilidad civil contractual y, a la que la doctrina contraria calificó como la contractualización de temas que eran extracontractuales. Su basamento se lo encuentra en el principio de buena fe que rige en los contratos y, su antecedente directo es deber de no dañar –*alterum no laedere*–.

Hay legislaciones extranjeras que han, inclusive, constitucionalizado este deber de seguridad, así podemos encontrarlo en la Constitución argentina en su artículo 42<sup>10</sup>, en referencia a las relaciones entre proveedores y consumidores. Este deber de seguridad es precisamente aplicable en los contratos de transporte, de consumo, y de trabajo; y, es así como lo ha aplicado la jurisprudencia al momento de juzgar conductas lesivas de este deber. Al respecto, se tiene, por ejemplo, el caso emblemático Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros, que trata de la indemnización a la que tiene derecho un sujeto por daños sufridos con ocasión de un evento futbolístico, para lo cual la justicia se basó en el deber de seguridad previsto legal, a través de la Ley de Defensa al Consumidor y, constitucionalmente, a través del mencionado artículo 42; a través de este fallo, se sancionó la negligencia de los organizadores del espectáculo por no haber tomado todas las medidas necesarias para que sus asistentes y todo aquél que se viera expuesto a esa relación de consumo, salgan indemnes del mismo, sin verse lesionados en su salud e integridad física, tal como lo preceptúa su constitución; violación a la norma que trajo como consecuencia a los organizadores el tener que reparar el daño a título de responsabilidad objetiva por incumplimiento del deber de seguridad de una obligación de resultados.

En nuestra legislación podemos encontrar ciertas normas de las que podría decirse se configura este deber de seguridad en ciertos contratos; a citar, por ejemplo:

**Código de Trabajo.- Riesgos provenientes del trabajo.- Los riesgos provenientes del trabajo son de**

---

<sup>10</sup> Artículo 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

cargo del empleador y cuando, a consecuencia de ellos, el trabajador sufre daño personal, estará en la obligación de indemnizarle de acuerdo con las disposiciones de este Código, siempre que tal beneficio no le sea concedido por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social. **(Art. 38)**

**Ley Orgánica de Defensa al Consumidor.- Prohibición de Comercialización.-** Comprobada por cualquier medio idóneo, la peligrosidad o toxicidad de un producto destinado al consumo humano, en niveles considerados como nocivos o peligrosos para la salud del consumidor, la autoridad competente dispondrá el retiro inmediato de dicho bien o producto del mercado y la prohibición de circulación del mismo. Los daños y perjuicios producidos por la acción de dichos bienes o productos serán de cargo del proveedor, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar. **(Art. 59)**

De las normas citadas podríamos inferir la existencia implícita del deber de seguridad, en estos casos, por parte del empleador y del proveedor, respectivamente. Muy a pesar de ello, de existir estas normas que viabilizan la aplicación de este deber de seguridad, la jurisprudencia nacional no sido muy adepta a invocarla y aplicarla.

A manera de colofón y, para lo que importa en nuestro sistema, la responsabilidad civil contractual difiere esencialmente de la extracontractual por la diferencia estructural de la relación obligatoria que las genera, que en la primera nace de una fuente lícita, el contrato, y la otra, de un hecho ilícito, delito o cuasidelito.

### ***2.1.3.2. Responsabilidad civil extracontractual-***

La responsabilidad civil extracontractual, nacida de los hechos ilícitos: delito o cuasidelito, debe entenderse como la regla general en responsabilidad, cuyas

normas sólo se dejan de aplicar ante la existencia de un contrato que genere la aplicación de dicho régimen de responsabilidad.

Como se dijo, la diferencia entre un tipo y otro de responsabilidad es el hecho generador, en este caso, el acto o hecho ilícito, el cual es la causa del daño y, que doctrinalmente se concibe que este hecho dañoso puede ser por cualquiera de estos tres tipos:

- a) por culpa;
- b) por el hecho de una cosa (responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades peligrosas que están a nuestro servicio); o,
- c) por el hecho de otra persona (responsabilidad por el hecho ajeno).

Para iniciar, la culpa es el fundamento tradicional de la responsabilidad civil, como ya hemos anotado y, aunque legislaciones y doctrina extranjeras tiendan cada vez más a la disminución de la culpa como factor de atribución, no así nuestro sistema de responsabilidad civil, a excepción de su postura determinante respecto a temas ambientales, donde es inequívoca la aplicación por mandato constitucional, de la responsabilidad objetiva por daños ocasionados al ambiente; además, de los típicos casos dados por la legislación civil en su Libro IV, Título XXXIII “De los delitos y cuasidelitos”, normativa que es además el pilar de la responsabilidad civil extracontractual que hemos entrado a analizar. Ahora, si bien los factores de atribución objetivos han logrado enmarcar un número significativo de situaciones generadoras de daño, la culpa sigue siendo el principio general sobre el que descansa la responsabilidad, ya que es a ésta a la que se acudirá si un injusto es causado y no hay norma expresa que castigue y obligue reparar un daño causado. La doctrina, al respecto, expresa:

**Prevot, Juan (2007) ...se sostiene que la culpa, lejos de haberse convertido en una pieza de museo, continúa siendo el fundamento troncal de la responsabilidad, y que si bien se ubica en igualdad de condiciones con el resto de los factores objetivos de atribución, opera en un ámbito indefinido o universal, con vocación de**

**aplicarse a cualquier supuesto salvo disposición en contrario; es decir, desempeña el rol de una "norma de clausura" o "válvula de cierre del sistema". Ello así, la culpa fue y sigue siendo entonces el principio general, y la responsabilidad por riesgo una mera excepción, si bien numéricamente importante. (Pág. 4)**

Luego, encontramos a la responsabilidad civil extracontractual generada por el hecho de una cosa y la generada por el hecho de otra persona, las cuales entraremos en detalle a continuación, no sin antes realizar ciertas particularidades de la responsabilidad civil extracontractual.

Es necesario apuntar los parámetros que permiten diferenciar el campo de la responsabilidad civil contractual de la extracontractual, ya dijimos que lo que las diferencia esencialmente es el hecho generador, pero a más de ello, encontramos otras características que permiten diferenciarlas, a saber:

Diferente naturaleza del interés lesionado.- en la responsabilidad civil contractual, hablamos de la lesión a un derecho relativo, el derecho de crédito del acreedor; en cambio, cuando hablamos de responsabilidad civil extracontractual, entendemos que hay una lesión a un derecho absoluto de la víctima, como puede ser su salud, su vida, su propiedad, entre otros;

Diferentes deberes vulnerados.- en la responsabilidad civil contractual se lesiona el deber específico de la prestación a la que se obligó a cumplir el deudor; al contrario, en la responsabilidad civil extracontractual, nos hallamos ante la lesión del deber genérico de no causar daño;

Diferentes obligaciones.- en la responsabilidad civil contractual la obligación es derivada de un vínculo preexistente, y en la responsabilidad civil extracontractual la obligación ex novo o nueva, surge con el ilícito;

Diferentes faltas.- en la responsabilidad civil contractual el deudor falta al deber de cooperación y, en la extracontractual se perpetúa el daño injusto; y, finalmente

Diferentes ideas.- ya que en la responsabilidad civil contractual impera el verdadero sentido de obligación, donde hay una relación entre sujetos determinados; mientras que frente a la responsabilidad civil extracontractual lo que existe es un deber jurídico de indemnizar, entre sujetos desconocidos que se han visto vinculados únicamente por el ilícito.

Por ello, el evento dañoso, presente en ambos tipos de responsabilidad, no crea o da lugar a lo mismo, así, en la responsabilidad civil extracontractual este evento: 1) genera la relación obligatoria; 2) origina el deber de reparar; y, 3) configura el elemento antijurídico, con el salvamento de alguna causal de justificación; lo que no acontece en la responsabilidad civil, donde la relación obligatoria no la genera recién el evento dañoso, sino que ya existe previamente, la antijuridicidad se configura objetivamente con el incumplimiento y, el deber de reparar dependerá de la inejecución imputable y efectivamente dañosa del deudor.

Las diferencias mencionadas, que tienen efecto meramente didácticos, de los que se ha servido la doctrina para mantener la división tradicional de la responsabilidad civil; no tiene otro fin más que el teórico, pero no por ello inútil. Sin embargo, las diferencias que en la práctica han importado pueden, según nuestra legislación, resumirse en dos: el período del tiempo en el que prescriben y, el alcance de la indemnización a la que daría lugar particularmente cada fattiespecie de responsabilidad.

En relación a la prescripción, el artículo 2235 del Código Civil, señala que será de cuatro años para las acciones encaminadas a reclamar indemnizaciones por casos de responsabilidad generados por delitos o cuasidelitos, mientras que las acciones emprendidas con el objeto de reclamar indemnización por incumplimiento del contrato, seguirá la regla general dada por el artículo 2415 del mismo cuerpo legal. Observemos para el efecto:

**Código Civil.-** Las acciones que concede este Título por daño o dolo prescriben en cuatro años, contados desde la perpetración del acto. **(Art. 2235)**

**Código Civil.-** Este tiempo es, en general, de cinco años para las acciones ejecutivas y de diez para las ordinarias.  
**(Art. 2415)**

Finalmente, antes de entrar al análisis de los siguientes dos tipos de eventos dañosos en la responsabilidad civil extracontractual, creemos necesario volver a mencionar la tendencia actual a la acumulación o concurso de la responsabilidad civil, sobre todo cuando debemos recordar que la existencia de una relación obligacional preexistente, no excluye definitivamente, la opción de que el lesionado ejercite la acción aquiliana con ocasión de que el incumplimiento de su deudor, se haya perpetuado, por ejemplo, a través de la comisión de un delito, como podría ser que nos hallemos frente a un fraude. De ello, desprendemos que las órbitas de la responsabilidad civil no sólo que no son excluyentes, sino que además vinculantes y complementarias. Por ello, la doctrina realiza el siguiente análisis y se plantea la siguiente cuestión:

**Prevot, Juan (2007) Ocurre con frecuencia que a través del contrato y de su incumplimiento, coetáneamente, se avasalla el "deber general de no dañar. En este evento debe decidirse si las reglas contractuales son, por sí propias, suficientes para resolver la cuestión; si cabe ajustarse sólo a ellas cuando el contrato ha servido de medio para lesionar derechos ajenos más allá de su contenido específico; si debe constreñirse la indemnización a lo previsto para la responsabilidad contractual cuando, de no haber existido ese contrato, el principio básico del neminen laedere igualmente habría dado cabida a la obligación de reparar, con alcance y en ámbito distinto. En otros términos, cuando un hecho del deudor ha puesto en juego la responsabilidad contractual, el acreedor ¿puede al mismo tiempo demandar la aplicación de las reglas de la**

**responsabilidad delictiva suponiendo que estén  
reunidas las condiciones? (Pág. 8)**

La respuesta es que el afectado puede preferir ejercer la acción aquiliana, siempre y cuando, aparte de ser más favorables para el dañado, no eliminen las limitaciones especiales o inmunidades contractuales, es decir, que la víctima no podrá elegir la acción aquiliana cuando contractualmente se encuentra en mayor medida tutelado, o cuando su propósito sea tergiversar, alterar o desvirtuar las disposiciones que se convinieron para el negocio. Por ende, el acreedor afectado podrá ejercer la acción aquiliana, puesto que ésta estará siempre presente a título de subsidiaria, protegiendo el deber general de no dañar.

El planteamiento del problema no es una fórmula meramente teórica o doctrinal, sino que fue surgiendo la duda, la existencia de casos, de supuestos que en la práctica resultan de dudosa aplicación entre una y otra responsabilidad. Entre esos supuestos podemos encontrar los siguientes:

- 1) El caso del transporte benévolo.- ¿existe o no un contrato de transporte? ¿si hay lesiones o muerte, suponiendo que existe un contrato, qué reglas se aplica: las de responsabilidad contractual o extracontractual?;
- 2) En temas de deportes.- ¿qué sucede cuando entre deportistas profesionales o amateurs se ocasionan daños? ¿qué responsabilidad tienen los organizadores frente a terceros lesionados en o con ocasión del espectáculo deportivo? O los deportistas, ¿pueden reclamarle al club deportivo ante un daño sufrido en el desenvolvimiento de su actividad profesional?;
- 3) La responsabilidad médica en los hospitales públicos.- ¿qué tipo de responsabilidad civil adquieren ante un caso de negligencia o deficiencia en el servicio que brindan?;
- 4) En los temas de accidentes de trabajo.- ¿el empleador indemniza a título de responsabilidad civil contractual o extracontractual?;
- 5) En temas de consumo.- ¿existe una relación contractual entre el proveedor y el consumidor? El tratamiento normativo especial del que goza, excluye toda posibilidad de aplicar las reglas de la responsabilidad civil contractual o extracontractual?;

- 6) Las escuelas.- los daños causados a terceros o sufridos por los alumnos, son casos de qué tipo de responsabilidad;
- 7) De los hoteleros.- ¿las pérdidas de los bienes de los huéspedes genera una responsabilidad por la que debe indemnizar, a título de contractual o extracontractual?

Y, así podríamos enumerar un sinnúmero de situaciones en donde parece que existiese un vínculo previo entre la víctima y ciertos sujetos, que si bien no ocasionaron el daño, su situación de guardián o custodio, de propietario, o de representante, hacen dudar el tipo de régimen de responsabilidad a aplicarse.

Para poder definir el ámbito de responsabilidad de estos casos, a continuación analizaremos los dos tipos restantes del hecho dañoso.

#### **2.1.3.2.1. Responsabilidad civil extracontractual: por culpa.-**

A decir de varios autores, incurren en este tipo de responsabilidad aquellos comportamientos culposos que no se encuentran taxativamente previstos en el título XXXIII del Libro Cuarto del Código Civil, ya que constituye la regla general de que quien causa un daño por haber cometido un delito o cuasidelito, está obligado a resarcir a la víctima. Así inicia el precitado título, del Código Civil:

**Código Civil.-** 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.” **(Art. 2214)**

Como ya se mencionó, en este tipo de hecho dañoso el factor de atribución es la culpa, de la cual no ahondaremos en análisis, puesto que ya se lo efectuó en líneas anteriores.

La doctrina colombiana asimila a este tipo de culpa como responsabilidad extracontractual personal, directa o por hecho propio, argumentando que este



primer tipo abarca no sólo hechos ilícitos cometidos por la propia persona, sino también el daño que es causado por una persona o cosa que estaba bajo cuidado del demandado. Alegan, además, que lo realmente importante en este tipo de responsabilidad extracontractual no es tanto el origen del daño, sino la prueba de que el demandado tuvo culpa (actuó culposamente, p.e., negligencia, imprudencia o impericia), sin necesidad de que haya actuado inmediatamente. En este sentido, han manifestado:

**Tamayo, J. (2008). Si bien el artículo 2341 fue concebido inicialmente para regular aquellos daños causados personalmente por el agente, con el paso de los años la institución se hizo aplicable en todos aquellos eventos en que existe una culpa comprobada del agente, poco importa que el daño haya sido causado en forma inmediata por una persona o por una cosa que estaba al cuidado del demandado. Es decir: lo que torna aplicable la norma no es el origen del daño, sino el hecho de existir una culpa probada en cabeza del demandado. (Pág. 579)**

El sustrato de este tipo de responsabilidad civil extracontractual, descansa en el *deber general de prudencia* y, su evolución responde a la necesidad de que el nexo de causalidad entre daño y agente no se diluya o pierda, ya que bien puede la persona alegar que no actuó directamente.

Para poder imputarle a alguien este tipo de responsabilidad, explica la doctrina colombiana, que debe cumplirse estos tres requerimientos:

1. La intervención directa o inmediata del agente;
2. En su defecto, la intervención de una persona o cosa que estaba a su cuidado;
3. La prueba de la culpa, por el resquebrajamiento del deber general de prudencia.

Señalan además, que el *deber general de prudencia*, consiste en la prohibición de causarle daño a terceros en forma ilícita. Es lo que hemos explicado anteriormente, como el principio de alterum non laedere.

#### **2.1.3.2.2. Responsabilidad civil extracontractual: responsabilidad por el hecho de otras personas.-**

La responsabilidad extracontractual por el hecho de otras personas engloba los casos en los que debe responder una persona por hechos que no han sido cometidos por esta misma, pero que por ostentar una determinada calidad o jerarquía sobre esa otra que perpetró el hecho ilícito, se encuentra en la obligación de resarcir el perjuicio causado.

Podemos encontrar los siguientes supuestos:

- Responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos;
- Responsabilidad del comitente por el hecho de sus encargados;
- Responsabilidad de la institución pública por el hecho de sus agentes;
- Responsabilidad de los maestros por el hecho de sus alumnos.

El principio general que rige para este tipo de hecho de dañoso, es que la persona será responsable no sólo por sus propios hechos, sino por el de las personas que estén bajo su cuidado o que sean sus dependientes. Previene nuestra normativa, lo siguiente:

**Código Civil.-** 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.

**(Art. 2220)**

Este principio general hace que toda persona que tenga la obligación contractual o legal de cuidar a otra, sea responsable de los daños que cause esta última cuando estuviese bajo el cuidado de la primera. Los autores interpretan como “persona a su cuidado”, de la siguiente manera:

**Tamayo, J. (2008). En efecto, en la práctica puede suceder que en virtud de un contrato, una persona tenga a otra bajo su cuidado, a pesar de no estar con ella en una relación de subordinación. Así, p.e., el huésped de un hotel, el paciente de un hospital o el pasajero dentro de un vehículo transportador que se encuentran estos lugares en virtud de una relación contractual, se considerarán bajo el cuidado del hotelero, del hospital o del transportador y, en consecuencia, si causan un daño a un tercero mientras están bajo el cuidado del deudor comprometerán la responsabilidad por el hecho ajeno de este último (hotelero, hospital, transportador). (Pág. 677)**

La responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno, según la doctrina, se establece como un factor de atribución objetivo de garantía, que hace que las personas que tienen bajo su cuidado o dependencia a otra, deban responder por los hechos ilícitos que éstas cometan.

### **2.1.3.2.3. Responsabilidad civil extracontractual: responsabilidad por el hecho de las cosas y por actividades peligrosas que están a nuestro servicio.-**

El origen de este tipo de hecho dañoso, lo encontramos como parte de las consecuencias de los avances tecnológicos y estragos que causaron las máquinas, culpables de la existencia de siniestros incuantificables, donde la responsabilidad de quienes se beneficiaban escapaba a las reglas comunes que regían para la culpa, lo que redundaba en la impunidad de situaciones realmente injustas, creándose por ello la necesidad de implementar un régimen de responsabilidad peculiar para estos casos, a través del cual la víctima no tuviera que demostrar la culpa del demandado y éste a su vez, pudiera exonerarse de la misma probando la ausencia de culpa (entiéndase diligencia o cuidado).

La base de esta responsabilidad la ubicamos en los casos de responsabilidad objetiva previstos en el código civil, relativos a la obligación que tiene de reparar los daños causados por animales fieros, donde se prescinde de la prueba de la culpa del dueño, toda vez que la mera existencia de dicha cosa representa un riesgo permanente a la integridad de las personas.

Así, ante el infortunio de muchos perjudicados, quienes no tenían otra opción que demandar bajo la figura de responsabilidad por culpa, la jurisprudencia logra sentenciar a favor de los perjudicados, amparados en la transgresión del principio general de no dañar. Los primeros beneficiados son las víctimas de accidentes de trabajo, bajo la sentencia conocida como *Teffaine*, en 1896, la cual luego logra normativizársela, haciendo asumir a los empleadores la obligación de reparar a sus trabajadores por los daños que éstos sufriesen como consecuencia de la actividad laboral que éstos ejecutan a su provecho. Luego, obviamente, resultó insuficiente esta normativa para acaparar todos los daños que causaban las máquinas producto de la industrialización, ya que éstos no se agotaban en el tema laboral, constituyendo nuevamente la jurisprudencia un nuevo referente para obligar al dueño de la máquina a reparar a un tercero perjudicado por ésta. El caso es conocido como *Jand' Heur*, el cual dio paso para que en 1930 el código francés

logre normativizar efectivamente el principio general de responsabilidad por el hecho de las cosas.

La doctrina francesa habla de tres requisitos concurrentes para que se genere este tipo de responsabilidad, a saber:

- La cosa.- entendida como un bien material corporal;
- El hecho de la cosa.- o comportamiento de la cosa, traducido en la posición anormal o en un defecto de la cosa; y,
- La guarda o custodia de la misma.- traducida en el uso, dirección y control que una persona tiene sobre la cosa.

Los corolarios de aplicación para la aplicación de la responsabilidad extracontractual por el *hecho de las cosas*, son:

- La cosa puede ser mueble o inmueble;
- Puede estar o no accionada por la mano del hombre;
- Puede o no estar en movimiento;
- Puede o no ser peligrosa;
- Debe ser instrumento del daño;
- El daño se atribuye a la guarda de la cosa, no a la cosa misma;
- Se presume que el propietario es el guardián;
- La guarda consiste en el poder de dirección, control y vigilancia de la cosa;
- El dependiente, en principio, no tiene la guarda de la cosa, ya que intelectualmente no puede disponer de ella;
- El demandado solo se libera mediante la prueba de una causa extraña;
- La guarda puede ser acumulativa (guarda en la estructura y guarda en el comportamiento);
- En el transporte a título gratuito también se aplica la responsabilidad por el hecho de las cosas

Por otra parte, estaremos frente a casos de responsabilidad civil extracontractual por *actividades peligrosas*, cuando la naturaleza misma de la actividad se presenta

como una fuente de riesgo ante la sociedad. El autor colombiano Tamayo, J. (2008) nos explica sobre la esencia de estas actividades peligrosas lo siguiente:

**Su estructura o comportamiento generan más probabilidades de daño de las que normalmente está en capacidad de soportar por sí solo el hombre común y corriente. Esta peligrosidad surge porque los efectos de la actividad se vuelven incontrolables o imprevisibles debido a la multiplicación de energía y movimiento, a la incertidumbre de los efectos del fenómeno o a la capacidad de destrozo que tienen sus elementos. (Pág. 935)**

Los corolarios para su aplicación son los siguientes:

- La actividad peligrosa puede ejercerse con cosas o sin ellas;
- La peligrosidad puede surgir de la estructura o del comportamiento;
- La peligrosidad puede surgir por la multiplicación de la energía o el movimiento, por la capacidad de destrozo que tienen ciertos elementos, o a causa de la incertidumbre de los efectos generados por la actividad.

### **2.1.3.3. Responsabilidad de la empresa por actos ilícitos.-**

Este apartado especial, está dedicado a particularizar las situaciones en las que la persona jurídica debe responder por los actos ilícitos perpetrados por sus administradores y sus dependientes.

**DE CARLUCCI, Kemelmajer**, citado por **MOSSET, J. (1998)** explica que “Negar la responsabilidad del empresario por los daños producidos por estos sujetos, contractual o extracontractualmente, sería tanto como negar la existencia misma de la empresa” **(Pág. 448)**

En la actualidad, la mayoría de las legislaciones extranjeras están a favor de declarar la responsabilidad civil y penal de las personas jurídicas, basadas en lo que la doctrina moderna ha denominado *riesgos de empresa*, que explica que la responsabilidad de la empresa por el obrar de sus representantes y el de sus dependientes tiene como factor de atribución objetivo el riesgo creado por la propia persona jurídica, atendiendo las peculiaridades de su conducta. Cita la IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal, que debe existir una relación entre la función y el daño causado por el representante o el dependiente, que debe responder a los siguientes criterios:

**IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (1990).- 1) El daño debe ser causado por el dependiente en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas; 2) El ámbito funcional comprende no sólo el ejercicio propio o regular, sino también el abusivo y el aparente; y, 3) Para caracterizar el concepto de ocasión, debe ponderarse la existencia de una razonable relación entre la función y el acto del dependiente. (Pág. 34)**

Como criterio para poder imputar la responsabilidad, se sostiene que es necesaria la relación razonable entre las tareas del administrador y el hecho ilícito como requisito sine qua non para que la persona jurídica se responsabilice por los actos de sus administradores o dependientes. El criterio de relación razonable responde a que el ilícito se haya cometido con ocasión de las funciones del representante o dependiente, que es un criterio más amplio y justo del que la persona jurídica deba responder sólo cuando el administrador actuaba en ejercicio de sus funciones.

Nuestro sistema de imputación de responsabilidad de la persona jurídica, primeramente, relativo a los actos de los representantes, está restringido al hecho

de que dichos actos se reputan de la empresa, cuando han sido ejecutados por el representante sin que éste haya excedido los límites de su mandato; extralimitado en sus funciones, el único responsable será dicho representante.

Respecto de los dependientes, claramente la norma civil declara al empresario como responsable de los hechos de sus dependientes. Repasemos el artículo ya citado que aplica responsabilidad por el hecho ajeno:

**Código Civil.**- Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su 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..." (Art. 2220)

La doctrina asimila que la responsabilidad de la persona jurídica por los actos cometidos por sus dependientes es igual a la de las personas físicas y, por ende, deben responder por el hecho ajeno, ya que estas personas se reputan medios puestos en movimiento para la producción de la empresa.

Los autores, refuerzan este criterio de responsabilidad en los siguientes postulados:

**IV Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal (1990)** 1) La dependencia debe ser aprehendida con un criterio de amplitud. Ella existe cuando media una autorización para obrar proveniente del principal y a condición de que éste detente un poder efectivo o virtual de impartir órdenes o instrucciones; 2) la dependencia es una situación de hecho y puede ser jurídica, técnica o económica; 3) el dependiente puede ser no sólo una persona física sino también un ente colectivo; 4) el interés o provecho puede existir a favor del principal,



**ser compartido por éste y el dependiente en la función o actividad, o puede no existir en concreto en beneficio del principal. (Pág. 36)**

Ahora, el tipo de responsabilidad por el que queda obligada la empresa entre un representante o un dependiente, es distinta; cuando estamos frente a un hecho ilícito perpetrado por un representante de la empresa, la persona jurídica asume una responsabilidad directa, mientras que si el hecho ilícito es cometido por un dependiente, la persona jurídica responde de manera indirecta; en ambos casos la responsabilidad se genera por el factor de atribución objetivo del riesgo creado.

Podemos señalar, asimismo, algunos casos prácticos en los que pueden los terceros ejercitar la acción aquiliana por hechos ilícitos cometidos por sus representantes: la adquisición de acciones inducida por maniobras dolosas de los directores, quienes ofertan las mismas presentando balances falsos, información inexacta o incompleta de la situación, rendimiento o status de la empresa; el otorgamiento de créditos a favor de la compañía, exhibiendo estados financieros maquillados; la celebración de actos societarios como fusiones y adquisiciones, manipulando, de igual manera, la información contable verdadera; entre otros. Estos casos se encuadran en lo previsto por el artículo 256 de la Ley de compañías, que expresa:

**Ley de Compañías.-** “Los administradores son solidariamente responsables para con la compañía y terceros: ...2) De la existencia real de los dividendos declarados; 3) de la existencia y exactitud de los libros de la compañía...” **(Art. 256)**

A más de lo expuesto, las personas jurídicas tienen frente a la víctima la obligación de indemnizar daños y perjuicios por el hecho de las cosas de las cuales es guardián o custodio y, por las actividades peligrosas o riesgosas que ésta desempeña, muy especialmente cuando estamos frente al régimen especial de consumidores, y de temas ambientales. Así, los proveedores y todos los que intervienen en la cadena de producción, distribución y comercialización, así como el

agente dañador del medio ambiente, están obligados a resarcir a los afectados los perjuicios irrogados, así como a la restauración del ecosistema afectado; tal como lo preceptúan el artículo 60 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y, el artículo 396 inc. 2 de la Constitución.

#### **2.1.4. Posibles formas para solucionar conflictos de responsabilidad civil extracontractual en arbitraje**

Una vez que hemos delimitado las formas de responsabilidad civil extracontractual, entraremos a tratar de cómo se han solucionado éstos conflictos.

Tradicionalmente los conflictos de responsabilidad extracontractual se someten a resolución de la justicia ordinaria, y ello no solamente es algo común y lógico respecto de los conflictos entre personas jurídicas de derecho privado, pues el Estado tradicionalmente ha sometido sus conflictos de responsabilidad civil extracontractual a conocimiento y resolución de sus propios jueces; pero esto no es solamente porque exista alguna preferencia en particular; es ya conocido que existen legislaciones que prohíben expresamente que los estados sometan sus conflictos de responsabilidad civil extracontractual a arbitraje.

Precisamente, en nuestra legislación se sanciona con nulidad al convenio arbitral suscrito por las entidades del Estado que sometiere asuntos no contractuales a arbitraje, conforme lo dispone el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación en su literal d).

**Ley de Arbitraje y Mediación.-** 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. (Artículo 4)***

Como se aprecia de la norma mencionada, no hay limitación para que las entidades de derecho privado, como las empresas<sup>11</sup> puedan someter sus conflictos de responsabilidad civil extracontractual a arbitraje, es mas, como lo señalamos en párrafos anteriores, es difícil argumentar lo contrario, pues no encontramos razones válidas y contundentes que permitan justificarlo, mas bien nuestra investigación, es precisamente determinar esas posibles formas en que las empresas puedan someter sus conflictos de responsabilidad extracontractual a arbitraje. La limitación como se dijo va dirigida, sin sentido, al sector público.

---

<sup>11</sup> Para efectos de esta tesis, al referirnos a empresas, nos referimos a aquellas personas jurídicas reguladas por el derecho privado excluyendo a las empresas públicas.

Regresando al tema, el sector privado puede perfectamente someter sus conflictos de responsabilidad no contractual a arbitraje. Lo que ocurriría normalmente es que se suscriba un convenio arbitral específico –sea en un documento autónomo o comunicaciones cruzadas, etc- sobre la responsabilidad civil extracontractual entre las partes, sin embargo ello no lleva implícito un reto investigativo, por lo que direccionalaremos nuestra investigación a determinar otras posibles formas de lograrlo en las que no solamente hablaremos de contratos y de pactos entre partes, sino también sobre normas jurídicas y jurisprudencia que nos permitan dar un horizonte claro de las posibles soluciones al problema planteado en esta tesis de investigación.

Antes de iniciar con la primera forma queremos hacer ciertas precisiones de la relación arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual. Como hemos dicho con anterioridad al citar a Caivano, el arbitraje ha experimentado un auge durante los últimos años, para Eduardo Zuleta Jaramillo (2005), se ha dado, fundamentalmente por el “crecimiento del comercio exterior y de la interdependencia de los países en la llamada era de la globalización, pero también porque acertadamente o no, se percibe al arbitraje como un mecanismo rápido y efectivo para la solución de conflictos, como una alternativa que garantiza un grado de neutralidad mayor que el de los tribunales nacionales y como un sistema que permite, reducir el papel de las cortes nacionales y, por la otra, disponer de convenciones internacionales que permiten ejecutar los laudos arbitrales con mayor celeridad que las sentencias judiciales” (Pág.221).

Dentro de esta tendencia de crecimiento del arbitraje, señala Zuleta (2005) que además de una cantidad importante de doctrina y jurisprudencia arbitral también se ha dado lugar al fortalecimiento de centros administradores de vieja data, así también respecto del convenio arbitral se han dado un sinnúmero de tesis y recomendaciones en busca del pacto arbitral ideal para que permita a las partes en conflicto someter a la decisión de árbitros las diferencias que surjan entre ellas en una o más relaciones jurídica determinadas, evitando aquellos defectos en la redacción del pacto que impidan o dilanten la resolución del conflicto por la vía arbitral. De ahí es que, cada centro recomienda o patrocina una cláusula y sugiere

textos que cubran “todos los posibles eventos” de manera que no exista debate sobre el alcance del pacto (Pág.. 221)

Es así como este autor señala como ejemplos: La Corte de la Cámara de Comercio Internacional (**CCI**) se refiere a “desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste”; La American Arbitration Association (**AAA**) propone un pacto que cubra “cualquier controversia o demanda que surja de o tenga relación con este contrato”; el pacto sugerido por la London Court of International Arbitration (**LCIA**) hace referencia a “cualquier controversia o demanda que surja de o tenga relación con este contrato, incluyendo cualquier cuestión referente a su existencia, validez, o terminación”; La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (**CNUDMI o UNCITRAL**) propone un pacto arbitral que abarque “cualquier disputa, controversia, o demanda que surja de o tenga relación con este contrato, o con su incumplimiento, terminación o invalidez” (Pág. 222)

Como vemos, Zuleta (2005) señala con precisión, que la mayoría recomiendan cláusulas con lenguaje amplio. De cualquier forma que fuere, como este autor lo señala, la mayoría de la doctrina, al menos en arbitraje internacional recomienda que las cláusulas incluyan “todas las posibles controversias que puedan surgir de una relación jurídica sin que ello implique desconocer la facultad que tienen las partes de limitar el pacto arbitral a determinados puntos específicos (Pág. 222). Efectivamente, como lo señala Zuleta las partes contratantes tendrán la posibilidad de determinar el alcance de ese pacto, tampoco sería razonable una renuncia general entre dos personas diciendo que todos sus conflictos, todos se someterán a arbitraje, lo que llama Zuleta “pacto de arbitraje universal” pues si concordamos en que el arbitraje efectivamente conlleva una exclusión o “derogatoria” –esta última palabra la tomamos con beneficio de inventario- de la jurisdicción ordinaria que es temporal y para casos determinados.

En todo caso, es importante centrar el tema para iniciar las formas en que se pueden someter a arbitraje los temas de responsabilidad civil extracontractual. En primer lugar, revisando si las palabras utilizados en el pacto arbitral que se recomienda por los Centros Arbitrales pueden dar lugar a si asuntos que no resultan directamente del contrato o relación jurídica –como conflictos de

responsabilidad civil extracontractual están cubiertos por el acuerdo de arbitraje. Si se determinase que sí, se extendería el acuerdo de arbitraje –de un contrato- a conflictos de responsabilidad civil extracontractual. Veamos entonces esta primera forma que hemos encontrado en nuestra investigación. La extensión del acuerdo de arbitraje a temas no contractuales.

#### **2.1.4.1. Extensión del convenio arbitral**

Esta es la primera forma de solución que proponemos. Efectivamente, puede ser que no se suscriba un convenio arbitral con el ánimo de someter los conflictos de responsabilidad civil extracontractual de las partes a arbitraje, pero puede ser que la cláusula compromisoria o el acuerdo de arbitraje sean suficientes para alegarlo.

Hay que hacer ciertas distinciones.

El convenio arbitral contenido en un contrato, llamada *cláusula compromisoria*<sup>12</sup>, aunque se piense que solo podría dar paso a que un tribunal arbitral conozca de los conflictos en la ejecución o interpretación de la relación jurídica generada por ese contrato y de ese contrato –obligaciones, prestaciones, cláusulas escritas, etc-, a nuestro criterio, ello puede extenderse a otras situaciones que no sean propiamente parte de la ejecución de contrato, pero que podrían generar responsabilidad civil extracontractual entre los contratantes o generar indemnizaciones civiles.

Por ejemplo, la cláusula compromisoria podría redactarse de tal forma que incluya conflictos de responsabilidad civil extracontractual. Esto sería útil más que nada en relaciones comerciales que son continuas.

Esta opción planteada, amerita un gran análisis, pues no es tan sencillo determinar el ámbito del convenio arbitral ello dependerá en gran parte de la legislación y de la forma en que se encuentre redactado el convenio arbitral así como la interpretación que realice el tribunal o árbitros respectivos, del alcance del convenio arbitral, y solo

---

<sup>12</sup> Llamada cláusula compromisoria para diferenciarla del convenio arbitral contenida en un documento autónomo o del pacto en referencia.

así podrán determinar el alcance del convenio arbitral en razón de la materia, esto es, determinar el alcance que las partes le dieron al pacto arbitral.

En nuestra legislación, la premisa es que las partes contratantes con su autonomía pueden determinar libremente qué conflictos van a someter a arbitraje, claro, en el marco de lo que fuere transigible y con las reglas establecidas en la propia Ley.

**Ley de Arbitraje y Mediación.-** 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. **(Primer y segundo inciso Artículo 5)**

Como se observa, nuestra propia ley, acoge una realidad, las partes pueden suscribir un convenio arbitral se trate de un conflicto de carácter “contractual o no contractual”, lo que notoriamente incluiría aquellos conflictos derivados de un hecho dañoso que genere responsabilidad civil extracontractual; sin embargo, de acuerdo a nuestra legislación debe precisarse sobre qué hechos versará el arbitraje en el caso de los delitos o cuasidelitos.

Hay que distinguir. En la primera parte de este artículo dice que el convenio arbitral puede ser una cláusula compromisoria o puede firmarse un documento autónomo que trate del arbitraje, es decir, trata de la “forma” en que se puede plasmar el acuerdo de arbitraje, pero no hace distinción alguna a si el acuerdo puede referirse

a responsabilidad civil contractual o no. Ello ya está claro en el primer inciso. Entonces puede haber dos formas: 1) Que se suscriba un convenio arbitral en un documento autónomo que diga que las partes someten a arbitraje los conflictos que surjan de tal relación jurídica que tengan. En esta opción ellas pueden determinar libremente la materia es decir puede ser contractual o no contractual; o, 2) Una cláusula compromisoria dentro de un contrato que diga que se someterán a arbitraje, los conflictos contractuales o extracontractuales de las partes –lo lógico es en este último se refiere a conflictos no contractuales que se relacionen al contrato-;

A nuestro criterio, esto último, hace viable que en el convenio arbitral por ejemplo se señale que se someterán a arbitraje también “otros conflictos de responsabilidad civil extracontractual”. Por ejemplo, podría agregarse en el convenio que se someterán a determinado tribunal arbitral: *“todos aquellos conflictos surgidos por acción u omisión de los dependientes o funcionarios de las compañías intervinientes que generen responsabilidad civil a raíz de la ejecución o finalización del contrato”*. Por ejemplo digamos que en un contrato de transporte uno de los vehículos de una empresa manejado por un empleado del prestador del servicio destruye unas instalaciones de la otra parte, por accidente. Ciertamente, ese hecho no estaría en el marco de la responsabilidad contractual, ni implicaría un incumplimiento del contrato de transporte, mas bien es un hecho que se ha generado por uno de los dependientes de una de las partes que le es objetivamente imputable y que genera una indemnización de daños. En este caso, por ejemplo notoriamente es un hecho dañoso que de alguna forma se relacionó con la ejecución del contrato de transporte, por lo que sería razonable, a nuestro criterio, que este hecho sea conocido y resuelto por la misma autoridad que conocería de la responsabilidad generada por el incumplimiento de contrato.

Sea ésta u otra, de cualquier forma que se redacte, atendiendo al contrato y situación específica, la empresa es capaz de someter sus conflictos de responsabilidad civil extracontractual en un convenio arbitral, sea en una cláusula compromisoria, un convenio arbitral autónomo o por último, sea que se someta el conflicto en arbitraje por cartas u oficios como lo señala el artículo 6 de la ley de arbitraje y mediación y que es conocido en la doctrina como “pacto en referencia”.



Respecto de la última parte del artículo 5 de la Ley ecuatoriana hay que distinguir que es específico. Dice que cuando se traten de “delitos” o “cuasidelitos” civiles se deberán determinar en el convenio arbitral “los hechos sobre los que versará el arbitraje”. Estos hechos pueden ser a nuestro modo de ver igualmente plasmados en el convenio de forma general o específica, y ello solo lo deciden las partes, pues como señala Zuleta (2005) las partes tienen plena libertad para determinar el alcance del convenio arbitral para que la derogatoria –preferimos decir exclusión- de la justicia ordinaria cubra todas las controversias que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica o para limitar el alcance del pacto a una o más diferencias determinadas, conservando los jueces la jurisdicción para conocer de aquellas controversias o diferencias respecto de las cuales las partes decidieron no acudir al arbitraje (Pág. 222). Concordamos plenamente con el autor, las partes son las que deciden y son las que determinan la *materia* del arbitraje, y esto se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, pues no olvidemos que el arbitraje es una jurisdicción convencional que tiene sus límites, al igual que el principio de autonomía-, en el orden público, esto es, en razón de la materia, no se podrá someter a arbitraje asuntos no transigibles. Por ejemplo, el sector público con una empresa podría decir en el convenio arbitral que la terminación unilateral del contrato es asunto no transigible y que por lo tanto no es sometido a arbitraje sino que sobre su legalidad o no o cualquier asunto respecto de ella se resolverán en los tribunales contenciosos administrativos y que de pronto, los efectos patrimoniales de ese acto de terminación unilateral como los daños y perjuicios que pudieran causarse, serán sometidos a arbitraje.

Hasta aquí, hemos dicho que es perfectamente viable la suscripción de un convenio arbitral y que su alcance es determinado por las partes al momento de suscribir el convenio.

Pero cabe preguntarse, ¿quién es el llamado a determinar o interpretar el alcance del convenio arbitral?; o en nuestra investigación de forma específica ¿quién es el llamado a determinar si los conflictos no contractuales están o no cubiertos por un acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria?

Para responder esta pregunta, como bien lo señala Zuleta (2005) hay que distinguir cuatro escenarios:

1. **El juez.-** A veces depende del juez. Para nosotros sería un poco chocante, si cabe la expresión, admitir que ello ocurriese, pues conocemos la doctrina del *kompetenz-kompetenz*, pero es una realidad y por supuesto teóricamente también es posible. Zuleta explica que el juez al recibir una demanda relativa a un asunto para el cual las partes han acordado arbitraje deberá determinar el alcance del pacto arbitral para decidir si remite a las partes al arbitraje, para la totalidad o parte de la controversia, o si por el contrario asume total o parcialmente jurisdicción para conocer del caso (Pág. 223).

Queremos hacer un paréntesis. Esto no parecería posible a la luz de nuestra legislación pues el artículo 7 de la ley dice "*Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado*" mas aún si hay una excepción en que se declina competencia por existencia del convenio arbitral como lo señala el artículo 8 de la ley. Pero más allá de eso, recordemos, las partes pueden decir en un convenio arbitral qué cosas incluyen en el arbitraje y que excluyen, por lo que como lo admite el propio Zuleta, y como nosotros también lo admitimos, puede ser que en el marco de una relación jurídica - como una contratación entre una empresa privada y el Estado- existan asuntos transigibles que fueron sometidos a arbitraje expresamente como otros asuntos transigibles o no que son sometidos a la justicia ordinaria. A esto creemos que se refiere Zuleta y lo creemos viable, aunque no creemos que sea aconsejable, pues ¿qué pasaría por ejemplo si un tribunal contencioso administrativo anula un acto de terminación unilateral de un contrato, mientras que el tribunal arbitral que conocía de los efectos patrimoniales de esta terminación, mandó a pagar al contratista una indemnización por incumplimiento contractual al Estado?. Ciertamente habría una contradicción conceptual, pues ¿cómo un acto que fue anulado

en una jurisdicción ha mantenido sus efectos patrimoniales en otra –como el reconocimiento de una indemnización civil-?

En todo caso, creemos viable que el juez de alguna forma puede determinar el alcance del convenio e inhibirse de conocer la demanda que le fue presentada en su totalidad o inhibirse de ciertos puntos.

## **2. Los árbitros.**

Este es un escenario a nuestro modo de ver más simple y más usual. Como lo señala Zuleta (2005), los árbitros al decidir sobre su propia competencia deben necesariamente revisar el alcance del convenio arbitral y ello en virtud del principio “kompetenz-kompetenz” pues deberán establecer si el pacto arbitral incluye controversias que las partes les han sometido a su decisión. Ahora bien, si el árbitro o tribunal decidieren sobre materias que no estén incluidas en el pacto arbitral, el laudo podrá ser anulado o podrá negársele el reconocimiento o ejecución por parte del llamado juez del *exequátur* (Pág. 223). Efectivamente el juez decide si la demanda está soportada en el convenio arbitral, si el convenio arbitral es válido o no, pues en la audiencia de sustanciación, como lo prevé el artículo 22 de la ley de arbitraje y mediación, los árbitros deciden sobre su propia competencia y ese es un claro escenario en el que el árbitro decide el alcance de la competencia. Para efectos de esta investigación, el árbitro decidiría si ese conflicto o demanda que se refiere a asuntos no contractuales, están o no cubiertos por la cláusula compromisoria, y ello se podría dar solo en la audiencia de sustanciación y no antes, creemos que ello es así pues en los arbitrajes administrados la primera fase del arbitraje que se sustancia ante las Direcciones de los Centros arbitrales, basta con que se acompañe un convenio arbitral y se cumplan los requisitos formales del artículo 10 para que se inicie un arbitraje, sin que en esa fase, al momento de la presentación de la demanda arbitral sea posible que se determine si hay competencia en razón de la materia. Lo propio ocurre en el arbitraje internacional, por ejemplo en la corte de la CCI, la Corte *prima facie* ve si existe un convenio arbitral bajo su reglamento para activar el arbitraje, pero

quien decide sobre su competencia en función del convenio arbitral, de forma posterior, es el árbitro, sin lugar a dudas

### **3. El juez de anulación**

Este es otro escenario. Como lo señala Zuleta (2005) la mayoría de los países disponen como causal de anulación del laudo arbitral que éste se refiera a controversias o diferencias no incluidas en el pacto arbitral, así que si el juez considerase que si no están incluidas en el alcance del pacto, ello daría lugar a la anulación del laudo (Pág. 223). Lo propio ocurre en nuestra legislación, el artículo 31 de la ley de arbitraje y mediación señala que se puede intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: “(...)d) *El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje (...)*; por lo que ciertamente un juez puede declarar nulo un laudo si considerase que de la interpretación o del alcance de la cláusula la demanda no estaba cubierta por el acuerdo de arbitraje.

### **4. El juez del exequátur.**

Este es el último escenario, claro en arbitraje internacional pues en el doméstico solo cabe la ejecución directa del laudo arbitral. Como lo señala Zuleta, el juez ante quien se presente un laudo para su reconocimiento y ejecución podrá negarlo, a petición de la parte que se opone, si el laudo se refiere a una diferencia no prevista en el pacto arbitral (Pág. 223). En nuestro caso, creemos que los laudos arbitrales en el Ecuador deben ejecutarse directamente, sin necesidad de homologación previa, lo cual es discutible, pero para efectos de esta tesis, dejaremos sentado que en todo caso admitimos que conceptualmente se puede dar el caso que al juez del exequátur le toque interpretar el alcance del acuerdo de arbitraje.

Definidos estos cuatro escenarios, para nuestra investigación, creemos relevante, además de señalar que es factible someter a arbitraje conflictos no contractuales según las normas jurídicas, conocer qué postura han tomado los tribunales

arbitrales o jueces respecto de esta temática, porque de alguna manera u otra como hemos explicado, a los jueces y los árbitros les toca interpretar el alcance del convenio arbitral en razón de la materia.

De lo que hemos observado, han existido tribunales y Cortes con una tendencia conservadora respecto de los acuerdos de arbitraje, sosteniendo que los acuerdos o convenios arbitrales no se relacionan con la responsabilidad extracontractual o el derecho de daños, porque ello es ir mucho más allá del contrato escrito. Al respecto Benetti y Jorge Hernán Gil (2005), citan el caso colombiano, pues señalan que la doctrina colombiana niega la posibilidad que conflictos no contractuales se sometan a arbitraje con fundamento en una cláusula compromisoria, en cuanto considera que una de las diferencias fundamentales entre *compromiso* y *cláusula compromisoria*, es que bajo la segunda no se pueden someter a arbitraje controversias de carácter extracontractual. (Citados por Zuleta, Pág. 231)

Sin embargo, hoy en día, las cortes y tribunales han aceptado una interpretación extensiva del acuerdo de arbitraje y permitir que vaya más allá del acuerdo escrito, considerando particularmente la forma de la redacción del acuerdo de arbitraje como veremos. Es interesante conocer los criterios de los tribunales arbitrales a nivel internacional por lo que estudiaremos algunos casos que se han dado en otros países respecto al ámbito del convenio arbitral, en los que se han pronunciado si cabe o no extenderlo a conflictos no contractuales.

Como lo señala Gary Born, (2009), hay un número limitado de “fórmulas estándar” utilizadas en los acuerdos de arbitraje para describir el alcance del convenio arbitral. (Página 1090). Realmente este autor se refiere a expresiones comunes que se encuentran en el convenio arbitral como que todos los conflictos “que surjan de”, “en relación con”, “debajo”, “relativas a” tal contrato se someterán a arbitraje. A partir de estas expresiones varios tribunales arbitrales han interpretado el alcance de las cláusulas arbitrales y de su competencia. Para efectos de esta tesis, señalaremos las más relevantes en función del tema.

Como lo señala Gary Born (2009), los tribunales en casi todas las jurisdicciones han concluido que con la frase "**relativas a**" se puede extender una cláusula de

arbitraje a una amplia gama de controversias; y aunque las formulaciones varíen, los tribunales estadounidenses han concluido que la expresión "relativa a" abarcan conflictos no contractuales, así como contractuales, esto es, las demandas que lleguen por conflictos que tengan una relación con los hechos del contrato entre las partes. Al respecto este autor cita que lo propio ha ocurrido en Inglaterra, Canadá, Suiza y Francia. (Pág. 1093)

En Estados Unidos, Born cita los siguientes casos, en los que se ha extendido el ámbito de la cláusula arbitral a asuntos no contractuales (Born, Pág.. 1094):

***Pennzoil Explor. y prod. Co. versus Ramco Energy Ltd.***- En este caso en particular el tribunal arbitral consideró que la expresión "relating to" o en español, "relacionado a" en la cláusula de arbitraje es una expresión bastante "amplia" que no se limita a reclamaciones en virtud del contrato sino que también alcanza a aquellas demandas que "touch matters covered by the contract" o en español, que se relacionan a asuntos cubiertos por el contrato.

***Recovery Corp. versus imágenes computarizadas térmica.***- En una cláusula de arbitraje de un contrato de consultoría, con la expresión: "arising out of" or "relating to" que en español se traduce a "que surja de" o "se relacione con", el tribunal indicó que esa expresión es amplia y que abarca todas las disputas que tengan una relación importante con el contrato de consultoría independientemente de si esas demandas involucran términos del contrato o no.

En Inglaterra, este autor cita el siguiente caso: ***Overseas Union Ltd versus AA Mut. Internacional de Complementos. Co. Ltd.***- Se resolvió que la frase " en relación con el contrato "incluye las reclamaciones por errores, falsedad y negligencia"; es decir, se someten asuntos de responsabilidad civil no contractual a arbitraje, dado que esos errores, falsedad o negligencia tienen relación con el contrato.

Adicionalmente, Born señala que los tribunales también han interpretado la frase "relating to" o en español "relativas a" en términos generales. En Suiza y Francia, la frase "relativas a" se ha tomado como que debe suponer que las partes deseaban

que los árbitros tengan una jurisdicción que abarca todo. A continuación citamos algunos de los casos que señala este autor, que consideramos interesantes.

Suiza. Sentencia del 15 de marzo de 1990, ***Sonatrach v KCA Drilling Ltd, 1990***. El Tribunal Federal de Suiza dice que ante la presencia de una cláusula arbitral no hay razones para interpretarla de forma restrictiva, por lo que a partir de la fórmula "relating to" incluyen conflictos no contractuales.

***Origin Energy Resources Ltd. v Benaris Internacional NV y Woodside Energy Ltd., XXX YB Com.*** En este caso, el tribunal manifestó que si las partes han empleado los términos como 'arising out of or relating to', que en español se traducen "que surja de o esté relacionada con" el acuerdo. Estos términos ofrecen un ámbito muy amplio del tipo o categoría, de la materia que se resolverá mediante arbitraje, de tal forma que se puede extender su ámbito.

Gary Born (2009) también hace un análisis de la expresión "*Arising Under*" que se puede traducir en español como "bajo" o "derivadas de" un contrato. Señala que en esta forma de interpretación en particular, las interpretaciones han sido divergentes, algunas han dado un alcance restringido mientras que otros tribunales le han dado un alcance amplio. En Inglaterra por ejemplo, señala que "*arising under*" ha sido tomada como una fórmula restringida por la cual se limita el alcance de la cláusula arbitral a reclamaciones basadas en el contrato y se excluye cualquier asunto de responsabilidad civil que no involucre directamente a la aplicación de los compromisos de las partes contractuales –tort claims- o reclamos sobre la base de asuntos precontractuales, o compromisos postcontractuales. (Pág. 1095)

Born (2009) asegura que algunos tribunales estadounidenses han interpretado la expresión "*derivadas de*" fórmula estricta – es decir, de una determinada forma de acuerdo a la unidad que conoce el caso-, aunque no siempre de manera restrictiva, ni en particular. Algunas unidades antiguas de las decisiones judiciales de Estados Unidos han sostenido que la frase es restringida, y no incluye las reclamaciones extracontractuales. Otros tribunales de Estados Unidos, particularmente en los últimos años, han llegado a la conclusión opuesta, sosteniendo que la "*derivadas de*" la frase es muy amplia que sí las incluye. (Pág.. 1096)

También como explica Born (2009), las opiniones están divididas en el alcance que se le pueda dar a la expresión "**arising out of**" o en español, "como consecuencia". Algunas decisiones judiciales antiguas de Estados Unidos llegaron a la conclusión de que la expresión es restringida, por lo que no podría conocerse asuntos de responsabilidad civil entre las partes. Por ejemplo, en el caso **Tracer Research Corp. vs. Nat'l Env. Serv. Co** el tribunal manifestó que las indemnizaciones civiles generadas por apropiación indebida de secretos comerciales que surgieron entre las partes contratantes no se encuentran dentro del alcance del convenio arbitral. Por otra parte, otros tribunales de Estados Unidos han sugerido que "**arising out of**" es una expresión más amplia que "**arising under**", por lo que le dan mayor alcance a esa cláusula arbitral. Como ejemplo cita el caso **Sweet Dreams Unlimited, Inc. vs. Dial-A-Mattress, Internacional, Ltd.** en el que el tribunal arbitral le dio un alcance mayor a la cláusula de arbitraje y dijo que cualquier controversia entre las partes contratantes que de alguna manera esté relacionada o conectada con su contrato se podría decir que "surgen de" o "como consecuencia" de su acuerdo y por lo tanto están sujetos a arbitraje. (Born, 2009 Pág. 1097);

Del mismo modo, este autor señala que los tribunales ingleses, históricamente han sostenido que el "arising out of" o "como consecuencia", son expresiones que en lenguaje ordinario permitiría extenderá la cláusula arbitral a las demandas de responsabilidad civil no contractuales –tort claims- como a aquellas demandas que se refieren a los asuntos contractuales y obligaciones de las partes. Cita como ejemplo el **caso Fahem & Co. v Ins Mareb Yemen. Co.** En el que el tribunal se declaró competente para conocer reclamaciones extracontractuales por negligencia ya que consideró que estaban cubiertos por la frase del convenio arbitral "**arising out of**" o "como consecuencia de" en español. Born señala que algo similar ocurre en Alemania y Suiza en los que se le ha dado una amplia interpretación a las cláusulas arbitrales. (Born, 2009 Pág. 1097).

De forma relacionada, para ver el alcance del convenio arbitral, es que en Estados Unidos propiamente se ha hecho la distinción de cláusulas arbitrales "Broad" versus cláusulas arbitrales "Narrow", en el sentido de algunas son amplias y otras estrictas o específicas. Esta distinción ha llevado a que se le interprete de diferente



forma las cláusulas arbitrales. Si fuere una cláusula “broad” o “amplia” operaría el principio pro arbitraje, esto es, conceder a los árbitros la competencia para decidir disputas sobre el alcance de la cláusula.

Esta distinción ha ocasionado divergentes criterios. Como lo señala Zuleta (2005) si bien hay consenso que en torno a la aplicabilidad del pacto arbitral se utilizan las reglas de interpretación de los contratos, tanto la doctrina, como los jueces y árbitros discrepan en cuanto a su, en caso de duda respecto del alcance de la cláusula, debe favorecerse una interpretación restrictiva por tratarse de una renuncia a la jurisdicción de los jueces, o si por el contrario, en razón de existir una tendencia legislativa y una práctica comercial favorables al arbitraje, debe buscarse una interpretación que resulte en la asunción de competencia por parte de los árbitros de todas las controversias relativas a la relación jurídica de que se trate.. Este autor explica que para estos efectos la jurisprudencia anglosajona, particularmente, las cortes de Estados Unidos, han distinguido entre los pactos arbitrales restringidos o amplios según la intención de las partes y el lenguaje del pacto interpretado de manera integral. (Pág. 227) Aunque este autor reconoce que no hay reglas absolutas, y que es difícil formular una tesis universal para sostener que las dudas en cuanto al alcance del pacto deben resolverse a favor del arbitraje o que la interpretación debe ser restrictiva o estricta, lo que debe determinarse es cual fue la voluntad de las partes y no limitarse al análisis literal del pacto.

En todo caso, Born al igual que Zuleta, señala que es difícil justificar esta división “broad-narrow” y categorías que se han establecido, y que realmente los principios de interpretación contractual e inclusive la regla pro arbitraje debería aplicarse siempre en uno u otro caso (Born, 2009 Pág. 1098), que es más bien la tesis ecléctica apoyada por el CIADI al amparo de la Convención de Washington de 1965 en el caso *Amco Asia et al v. Indonesia*, del 25 de septiembre de 1993.

**CIADI (1993): Como cualquier otro convenio, un convenio de arbitraje no se debe interpretar de manera restrictiva, tampoco, de hecho, de manera amplia o liberal. Debe ser interpretado de manera que busque encontrar y respetar el deseo común de las partes; este método de**

***interpretación no es si no la aplicación del principio fundamental pacta sun servanda, un principio evidentemente común a todos los sistemas de ley nacional y de ley internacional (Citado por Zuleta, Pág.. 228)***

Nosotros consideramos que debe seguirse esta tendencia ecléctica, hay que interpretar bien la cláusula de arbitraje. Siempre que la redacción de la cláusula lo permita y que se traten de asuntos transigibles además de otras circunstancias que señalaremos, siempre podrá extenderse el ámbito o alcance del acuerdo de arbitraje a temas de responsabilidad civil no contractual, y ello se debe a que éstos tienen una relación directa o conexión con el contrato en el que se encuentra la cláusula arbitral. Al respecto citaremos a Zuleta que encuadra bien las tres circunstancias que permitirían extender una cláusula compromisoria a un asunto extracontractual.

Zuleta (2005) dice que el asunto consiste en saber si los árbitros pueden pronunciarse sobre una reclamación por responsabilidad civil extracontractual presentada en un arbitraje iniciado en razón de la existencia de una cláusula compromisoria, pues como lo señala este autor no hay discusión en que las controversias no contractuales transigibles se pueden someter a arbitraje ni tampoco se trata sobre si la legislación interna permita o no que se acumulen reclamaciones contractuales con extracontractuales. Para determinar si es posible extender el convenio arbitral, señala que la tendencia en la jurisprudencia y la doctrina internaciones es revisar tres circunstancias (Pág. 230)

- 1. La norma aplicable.** La primera circunstancia es que no exista en la norma aplicable una restricción para someter a arbitraje asuntos no contractuales bajo una cláusula compromisoria.

Ciertamente nosotros cumplimos con esta exigencia, pues la ley de arbitraje no prohíbe las extensiones del convenio arbitral, ni tampoco prohíbe que se sometan a arbitraje asuntos no contractuales en relaciones entre

empresarios o personas jurídicas de derecho privado por lo que es plenamente factible.

Otra cosa ocurre en el sector público. En este sector, tenemos el problema de la limitación establecida en el artículo 4 de la ley que sanciona con nulidad los convenios arbitrales en los que el Estado o entidades estatales hayan sometido asuntos no contractuales a arbitraje., por lo que mientras una de las partes sea el Estado difícilmente un tribunal arbitral o juez podrán extender el ámbito de la cláusula a asuntos no contractuales.

- 2. Cláusula compromisoria.-** La segunda circunstancia que señala este autor para extender el ámbito del convenio es que la cláusula sea lo suficientemente amplia para que pueda entenderse que la intención de las partes fue la de someter a arbitraje asuntos no contractuales. En este asunto nos remitimos a Born, y las formas en que se han interpretado las expresiones controversias “derivadas de”, “que tengan relación con”, etc. que hemos señalado.

Ahora, más allá de la clasificación anglosajona de cláusulas arbitrales “broad-narrow” o en español, “amplias-restringidas”, todo se reduce a cómo interpreta el árbitro o juez la cláusula de arbitraje y hasta qué principios de interpretación utiliza, para determinar si procede el arbitraje en razón de la materia -contractual o no- y así establecer el alcance de la cláusula,

Ahora bien, esta interpretación, como no puede ser de otra manera, debe ser hecha por los jueces o árbitros –en los escenarios ya señalados- bajo las mismas reglas y principios de interpretación de los contratos, por la “indudable naturaleza contractual” del pacto arbitral, por lo que Zuleta hace especial énfasis en el principio de que la verdadera intención de las partes debe prevalecer sobre la literalidad de las palabras (Pág. 223-224). Sin embargo, para nosotros, es importante anotar que también depende de la forma en que se encuentre redactado el convenio arbitral, pues si se establece que tales árbitros conocerán “todos los conflictos que surjan de las obligaciones de este contrato”, entonces ahí claramente se denota que

voluntad de las partes tuvo un límite y no se podrán conocer conflictos de responsabilidad civil extracontractual, pero si constan otras formas como “todos los conflictos relacionados al contrato”, o una expresión que permita incluir los conflictos de responsabilidad civil extracontractual y extender el convenio arbitral, el tribunal o la parte interesada tendría mayor argumento para alegar la competencia del tribunal.

Recordemos que usualmente en el marco de un conflicto cada parte de acuerdo a sus intereses particulares alegará tal o cual interpretación de la cláusula arbitral, por eso hay que tener cuidado en la interpretación de esta cláusula porque de ello depende la jurisdicción y la competencia del juez o del árbitro.

Ahora bien, tampoco es nuestra idea, que el árbitro o juez debe apartarse de lo que las partes interpreten de forma conjunta. Como lo dice Zuleta, si ambas partes entienden que una controversia o diferencia está incluida o excluida en el pacto, el juez o árbitro deberá incluirla o excluirla, según el caso, y sólo podrá abstenerse de hacerlo en la medida en que la inclusión o exclusión conduzcan a un resultado contrario al orden público (Pág. 225). Es decir, si por ejemplo la partes están de acuerdo en que se extienda la cláusula a asuntos no contractuales o están de acuerdo en que no se extienda, el tribunal arbitral o los jueces deben respetar la interpretación que hagan y no podrían dar otros remedios procesales porque en el primer caso, las partes estarían de acuerdo con la competencia del tribunal en razón de la materia y en el otro no. Pero en uno y otro, no cabe discusión. Si las partes aceptan la extensión el árbitro no puede excusarse de conocerlo, claro salvo que ello afecte el orden público, como si se trate de asuntos no transigibles en los que por ejemplo hay indicios o responsabilidad penal; en ese caso el juez o árbitro, dependiendo del escenario deberá apartarse.

También es importante en esta interpretación de si la cláusula permite o no extensiones a temas no contractuales considerar el principio pro arbitraje. Hay que aclarar, como lo señala Zuleta (2005), no es legítimo que se interprete al margen de la voluntad de las partes y menos aún en contra de

la misma, so pretexto de permitir a los árbitros desarrollar su labor o favorecer el arbitraje, pues hay que interpretar la voluntad de las partes y no los loables propósitos a favor del arbitraje que pudiere tener el juez o los árbitros, la que debe prevalecer para establecer el alcance del pacto. (Pág. 224).

Claro, encontrar la intención de las partes es lo primordial, es decir, encontrar si se quiso excluir o no a la justicia ordinaria; ahora, como también lo señala este autor, no hay que confundir la interpretación de la cláusula con el principio pro arbitraje., pues el juez o árbitro siempre tiene el deber de buscar el significado o sentido de la voluntad declarada y solamente si es que subsiste la duda, resolverla a favor del arbitraje –si es que la legislación prevé el principio favor arbitralis-. (Pág. 224) Es decir, no es que por el principio pro arbitraje se puede argumentar que una cláusula se puede extender en razón de la materia a asuntos no contractuales, no, lo que ocurre es que si realmente la voluntad de las partes no está clara para el juez o el árbitro, entonces se aplica el principio y se prefiere el arbitraje.

Con esta postura concordamos, pues como en cambio como lo señala Born a partir de la distinción anglosajona de que se trata de una cláusula “broad” o “amplia” se ha aplicado el principio pro arbitraje o no, y por ello es que este autor critica que exista esta distinción, pues lo importante primero es la interpretación de la cláusula, y luego de ella, si persiste la duda, aplicar el principio pro arbitraje. En el caso ecuatoriano, ello es lo que ocurriría.

- 3. Relación con el contrato.** La tercera circunstancia señala Zuleta (2005), para extender la cláusula compromisoria a asuntos no contractuales que se debe cumplir es que el asunto que se somete a arbitraje tenga relación con el contrato que contiene la cláusula arbitral. (Pág. 230).

En este aspecto concordamos totalmente. Como dijimos el convenio arbitral válido implica la exclusión de la justicia ordinaria, pero no por el hecho de

tener en un contrato una cláusula arbitral se podrá entender que todas las controversias entre dos partes, se puedan someter a arbitraje en virtud de la cláusula. Ello es una exageración. A nuestro criterio y como lo señala Zuleta (2005), solo tiene sentido que se pueda extender el ámbito de la cláusula compromisoria a una controversia o diferencia extracontractual que tiene relación con o surge en relación del respectivo contrato, para los efectos de la cláusula arbitral “cuando de no haber existido el contrato o de no haberse ejecutado el contrato no habría surgido el hecho o la omisión que da origen a la responsabilidad extracontractual” (Pág. 231)

Es decir, solo se puede extender la cláusula compromisoria a daños generados en virtud o como consecuencia del contrato, o como lo explica Zuleta, si entre las mismas partes con ocasión del contrato que contiene una cláusula arbitral amplia, se presenta un hecho o una omisión que dan lugar a la responsabilidad extracontractual, y si ese hecho u omisión no se hubieren presentado de no haberse celebrado el contrato o ejecutado el contrato, cualquiera de las partes podría someter a arbitraje la controversia o diferencia respectiva al amparo de la cláusula compromisoria. (Pág. 231)

Ahora, como lo señala Zuleta, para determinar si estamos en el ámbito de la responsabilidad civil contractual o extracontractual ello dependerá de los hechos del caso específico y no la forma en que se formule la pretensión, pues no se puede excluir el arbitraje un asunto simplemente calificándolo de extracontractual para excluirlo del ámbito de la cláusula compromisoria (Pág. 231).

A nuestro parecer, estas tres circunstancias son plenamente factibles en nuestra realidad, por lo que puede, con las limitaciones expresadas para el sector público, darse por parte del árbitro o del juez una interpretación extensiva de la cláusula de arbitraje que permita someter a arbitraje conflictos de responsabilidad civil extracontractual.

Ahora bien, en la legislación ecuatoriana, como dijimos, específicamente en la ley de arbitraje y mediación se señala que los convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, “deben referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje”. (Artículo 5 LAM)

Es un poco complejo interpretar esta norma. A nuestro criterio, aplicando el principio pro arbitraje, el hecho que el artículo 5 de nuestra ley se refiere a que el convenio debe contener “los hechos” ello no implica que debe crearse un catálogo de delitos o cuasidelitos civiles en el cláusula arbitral o tipificar las conductas que pueden generar indemnización o asuntos no contractuales para someterlos a arbitraje. Ello sería una interpretación literal de la norma y poco ajustada al principio de flexibilidad o libertad formal que rige el arbitraje. Creemos que es más acertada una expresión en el acuerdo de arbitraje que incluya “todas las controversias derivados de un contrato inclusive las de carácter no contractual entre las partes”; de tal forma que con ello debería permitirse darle un mayor ámbito de aplicación a la cláusula arbitral y extender la competencia del tribunal a asuntos no contractuales, mas allá de las tendencias modernas de Estados Unidos en los que, como vimos, con las simples expresiones “*arising under*” “*arising out of*” or “*relating to*” en las cláusulas arbitrales, como lo señala Gary Born ha sido fundamento suficiente para extender el alcance de la cláusula arbitral a asuntos de responsabilidad civil entre las partes, incluyendo los no contractuales –*tort claims*-, entre otros.

En conclusión, en esta parte, creemos que extender el ámbito de la cláusula arbitral es una forma válida que puede aplicarse y que no necesitaría una reforma legal específica, más que una cláusula arbitral bien redactada como una interpretación pro arbitraje de los árbitros cuando deciden su competencia así como de las partes contratantes. De esa forma válidamente podría someterse a arbitraje conflictos de responsabilidad civil extracontractual en el sector privado; -pues en lo que se refiere al sector público necesariamente tendría que reformarse el artículo 4 de la ley de arbitraje y mediación-. Zuleta (2005), por su parte, también concluye que en la legislación colombiana, no se requiere de una reforma a la ley arbitral, para aplicar los principios de interpretación, basta que los árbitros retomen la senda de interpretación del pacto arbitral como contrato de manera que sea la voluntad de las

partes –y no razonamientos al margen de esa voluntad- la que prevalezca para determinar las materias que deben someterse a arbitraje (Pág. 232).

#### **2.1.4.2. Suscripción de un convenio arbitral posterior**

Siempre que exista voluntad y capacidad de las partes se puede suscribir un convenio arbitral que incluya los conflictos de responsabilidad civil extracontractual que pudieren surgir, pero no necesariamente debe ser anterior al surgimiento del conflicto.

Esta es otra opción. Las partes, tanto víctima del hecho dañoso como responsable o autor pueden suscribir un convenio arbitral de forma posterior al hecho ilícito o dañoso para someter el conflicto a arbitraje; y ello puede darse por los propios beneficios del arbitraje, como si quisieren ventilar un proceso confidencial y evitar que sus diferencias se hagan públicas en la justicia ordinaria.

Esta opción, se tendría, reiteramos, para las empresas pues el Estado según nuestra legislación, no podría someterse a este tipo de convenios por el artículo 4 de la Ley de arbitraje y mediación.

Al respecto, nuestra ley de arbitraje, establece claramente la posibilidad de suscripción de un convenio arbitral posterior.

**Ley de Arbitraje y Mediación.-** 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.  
**(Primer inciso Artículo 5)**

Como se observa el convenio arbitral puede suscribirse aún después de surgido el conflicto, por ejemplo, puede ser que dos empresas que tienen una relación comercial continua conozcan que existe responsabilidad civil y que una debe pagar



a la otra la indemnización correspondiente pero mantienen diferencias o dificultades para determinar el monto.

Sería perfectamente viable que suscriban un acuerdo o convenio destinado a otorgar competencia a una persona o a un tribunal para que emita un laudo definitivo que determine el monto de la indemnización.

Claro, ello sería sencillo y factible para las empresas, pues el Estado en nuestra legislación solo puede someter a arbitraje las controversias existentes si ello fuere autorizado por el Procurador General del Estado, pero como el artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación sanciona con nulidad al acuerdo de arbitraje de responsabilidad extracontractual suscrito por una entidad estatal, difícilmente se producirá esta autorización.

Es más, creemos que más allá de la autorización escrita del Procurador General del Estado, el Tribunal arbitral respectivo determinará si hay nulidad o no del convenio arbitral, pues después de todo, ¿Qué ocurriese si por ejemplo una entidad estatal suscribe un convenio arbitral con un ciudadano por los daños que le ha causado?

¿Podría sostenerse como excepción la nulidad? ¿Podría dicha entidad estatal beneficiarse de la nulidad que ella misma ha causado?

Creeríamos que en ese caso, por más que el artículo 4 de la ley sancione con nulidad el convenio, no podría el Tribunal declararse incompetente fundamentándose simplemente en esa norma legal y en la nulidad del convenio arbitral, pues ¿qué ocurriría con el principio de que nadie se puede beneficiar de su propio dolo”?.

Ciertamente es un principio del derecho civil pero es justamente aplicable a cualquier contratación, inclusive de la contratación administrativa o pública, por lo que, a nuestro criterio, no está tan lejos ni tampoco es imposible la idea de que en algún momento el Estado ecuatoriano someta sus conflictos de responsabilidad extracontractual en arbitrajes internos.

En conclusión de esta parte, creemos que es una solución sencilla, pero válida, el hecho que las partes involucradas en un conflicto de responsabilidad civil extracontractual suscriban un convenio arbitral de forma posterior a que se produzcan los daños.

#### **2.1.4.3. Arbitraje Forzado**

Otra forma en que se podría lograr someter los conflictos de responsabilidad civil extracontractual a arbitraje, sencilla, pero eficaz, sería que las propias normas jurídicas obliguen a que ocurra y disponga que tales conflictos se someterán a arbitraje; pero para ello, el Estado debe tener una tendencia pro arbitraje, pues no es tan simple como plasmar en las normas el reconocimiento del arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos ni tampoco dar la posibilidad –como existen en nuestras normas- a que se suscriba un convenio arbitral concreto para dar pie al arbitraje en temas de responsabilidad civil extracontractual; mas bien para que el arbitraje forzado en temas no contractuales ocurra es necesaria la presencia de normas imperativas que impongan a los particulares o al Estado mismo –esto más difícil<sup>13</sup>- a acudir a arbitraje o a tal o cual tribunal arbitral cuando exista responsabilidad civil extracontractual.

---

<sup>13</sup> Hay que reconocer una tendencia natural y que explica el literal b) del artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana. El Estado que constitucionalmente ha sido responsable civilmente por los daños que él o sus órganos puede ocasionar a otros sujetos, prefiere que sean sus propios jueces estatales los que vayan a resolver las controversias en los cuales exista un potencial indemnización que deba cubrir el patrimonio estatal, por ello es más tranquilizante, que los propios jueces estatales conozcan de esos conflictos a que sean conocidos por un tribunal arbitral (personas naturales investidas temporalmente de funciones jurisdiccionales) peor aun si se tratase de un tribunal arbitral extranjero, que sin mayor temor o miramientos podría determinar la suma que realmente repare o compense los daños y perjuicios, pues al final del camino hay que reconocer que los árbitros dentro de un país que conocen de arbitrajes internos en los que interviene el Estado siempre tendrán mucho más cuidado cuando él interviene que cuando se trate de privados.

Claro esta es una tendencia que tiene una explicación doctrinaria y mucho desarrollo académico, pero que para efectos de dejarlo enunciado en esta tesis de investigación, lo

Ello es conocido como el arbitraje forzoso. Para mejorar su identificación, enunciaremos la clásica distinción entre: arbitraje forzoso y arbitraje voluntario.

El arbitraje voluntario es cuando el arbitraje se pacta a través de un convenio arbitral y el arbitraje es forzoso cuando por ley se establece que se debe acudir necesariamente al arbitraje.

El arbitraje voluntario, es el más común, esto es que se inicie un arbitraje con fundamento en una cláusula compromisoria, un convenio arbitral en un documento autónomo o por un pacto en referencia de acuerdo a lo determinado en nuestro artículo 6 de la ley. Como lo señala Ernesto Salcedo (2001) en este tipo de arbitrajes, las partes espontáneamente acuden a este sistema para dirimir sus controversias (Pág. 43)

El arbitraje forzoso, por otro lado, implica que los órganos legislativos, por alguna razón -fundamentada la mayor parte de las veces en la realidad de la justicia ordinaria- expidan normas que obliguen a los particulares o el propio Estado a someter sus conflictos a arbitraje. El Dr. Salcedo indica que el arbitraje se llama obligatorio o forzoso, si la ley impone de manera obligatoria esa forma de composición, en función del interés público (Pág. 43)

Dentro de ello, sea con arbitraje voluntario o forzoso, como lo explica Caivano, lo que se pretende es desplazar total o parcialmente la jurisdicción de los órganos del Poder Judicial, de tal forma que se excluya a los órganos estatales de administración de justicia para la resolución de uno o más conflictos determinados.

Esta exclusión, como lo manifiesta este autor, es normalmente consecuencia de un acuerdo de voluntades entre las partes, denominada genéricamente "pacto arbitral", pudiendo también ser dispuesta por el propio legislador que determina la remisión a

---

hacemos, como una percepción generalizada de quienes por algún motivo estamos cerca del arbitraje.

arbitraje de ciertas categorías de conflictos en los que interpreta que la vía judicial resulta inconveniente. (CAIVANO R., 2000, Página 2)

Claro, ésta en cuanto a la resolución fondo del conflicto porque es conocido que los árbitros necesitan de la colaboración judicial para ciertos actos: como la ejecución forzada de un laudo arbitral, ejecución de medidas cautelares cuando el convenio no les otorga expresa competencia, entre otros.

Para abundar un poco en este tema del arbitraje forzoso, queremos citar el caso ***Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador***<sup>14</sup> que fue conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que actualmente su sentencia está siendo ejecutada en la ciudad de Quito, Ecuador.

Para efectos de esta tesis, se describirá a continuación el caso Chaparro para determinar la naturaleza de la responsabilidad que se demandó al Estado ecuatoriano. Dentro de los antecedentes de hecho, aceptados por la Corte tenemos que el señor Chaparro, de nacionalidad chilena, era dueño de la compañía “Plumavit” que elaboraba hieleras para el transporte y exportación de distintos productos, mientras que el señor Lapo, de nacionalidad ecuatoriana, era el gerente de dicha fábrica. El 14 de noviembre de 1997, en el Aeropuerto Simón Bolívar de la ciudad de Guayaquil, los oficiales antinarcóticos incautaron un cargamento de pescado de la compañía “Mariscos Oreana Maror” que iba a ser embarcado con destino a la ciudad de Miami, Estados Unidos de América. En dicho cargamento, fueron encontradas unas cajas térmicas o hieleras en las que se detectó la presencia de clorhidrato de cocaína y heroína. Según la demanda, el señor Chaparro fue considerado sospechoso de pertenecer a una “organización internacional delincuencia” dedicada al tráfico internacional de narcóticos, puesto que su fábrica se dedicaba a la elaboración de hieleras similares a las que se incautaron, motivo por el cual la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas

---

<sup>14</sup> Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son accesibles al público a través de su portal web: <http://www.corteidh.or.cr> Esta sentencia en particular fue consultada en marzo de 2012 en la siguiente dirección: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf)

dispuso el allanamiento de la fábrica y la detención con fines investigativos del señor Chaparro.

A pesar de que se realizaron distintos peritajes que concluyeron que las hieleras incautadas no se habían podido elaborar en la fábrica del señor Chaparro y de que no existió prueba alguna que incriminara a los señores Chaparro y Lapo en el delito de tráfico ilícito de drogas, las presuntas víctimas fueron mantenidas en régimen de prisión provisional durante más de un año, y aunque nunca encontraron droga, la fábrica del Plumavit fue aprehendida el 15 de noviembre de 1997, tras su allanamiento, y fue restituida a su dueño casi 5 años después de haber sido incautada, por lo que entre otros derechos principalmente, la Comisión recalcó como derechos violentados el de la libertad personal y el derecho a la propiedad privada.

Analizando, otras normas jurídicas, la Corte llega a la convicción que las medidas cautelares adoptadas devinieron en arbitrarias –aprehensión de la fábrica-, razón por la cual el Estado afectó de manera desproporcionada el derecho del señor Chaparro al uso y goce de sus bienes en violación de la Convención Americana; y no solo la imposición de las medidas, sino que el Tribunal considera que existió una demora en la restitución de los bienes que ya no se encontraban bajo medida cautelar hizo aún más gravosa la situación del señor Chaparro para tratar de remediar, en alguna medida, la afectación al uso y goce de su propiedad. Lo que se empeoró cuando se probó que el inventario de bienes en la incautación difería del inventario de bienes restituidos, lo que llevo a la Corte a declarar que la no devolución de los bienes incide en el valor y productividad de la empresa del señor Chaparro; además de que mientras los bienes estuvieron en custodia del Estado los bienes y la propia empresa sufrió daños y que el Estado es responsable por estos daños.

Como observamos de estos breves antecedentes, los demandantes exigían una indemnización civil por responsabilidad extracontractual al Estado Ecuatoriano, entre otras cosas; y la Corte declaró la existencia del daño y el consecuente derecho de indemnización del señor Chaparro. Hasta este punto, vemos un caso normal en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los que se reconoce responsabilidad extracontractual del Estado y se lo condena a indemnizar a los

particulares cuyos derechos fueron violentados; pero lo realmente interesante del Caso Chaparro para efectos de esta tesis es que la Corte Interamericana reconoce que en su instancia es bastante difícil llegar a una liquidación de los daños, específicamente respecto los perjuicios ocasionados al señor Chaparro por la aprehensión y depósito de bienes efectuados por el Estado Ecuatoriano, ya que ello implicaría una determinación de algunas variables por lo que ordena en los numerales 232 y 233 de su sentencia que esta liquidación se realice en un procedimiento arbitral en el Ecuador. Veamos las consideraciones de la Corte:

**232 Por lo anterior y dada la complejidad que supone la determinación de valores mercantiles de una empresa, los cuales pueden incluir, *inter alia*, el patrimonio, situación financiera, inversiones de capital, bienes y sus valores, movilizad y circulante, flujos operacionales, expectativas de mercado y demás, esta Corte considera que deberá ser un tribunal de arbitraje el que determine el porcentaje de pérdidas que sufrió el señor Chaparro como consecuencia de la aprehensión y depósito de la fábrica Plumavit por parte del Estado. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte tiene en cuenta que dicha fábrica había operado por varios años y que al momento de los hechos había recibido algunos préstamos para mejorar su productividad, razones por las cuales fija en equidad el monto de US\$150.000,00 (ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) por este concepto. En caso de que el monto determinado en el procedimiento arbitral sea mayor que lo ordenado por la Corte en esta Sentencia, el Estado podrá descontar a la víctima la cantidad fijada en equidad por este Tribunal. Si el monto determinado en el procedimiento de arbitraje es menor, la víctima conservará los US\$150.000,00 (ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) fijados en esta Sentencia. La cantidad establecida por esta Corte deberá ser entregada al señor Chaparro en un plazo**

**no mayor a un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia.**

Como se observa, éste es un caso bastante interesante de un arbitraje forzado, no a la luz de normas jurídicas específicas, sino en las disposiciones de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es bastante interesante como la Corte a pesar de ser la competente para conocer del conflicto deja a un tribunal arbitral interno uno de los aspectos esenciales de la responsabilidad civil, como es la determinación del monto indemnizable, claro ello sin perjuicio que señala un monto mínimo de la indemnización pero en vez de utilizar cualquier vía, inclusive las usuales del código de procedimiento civil para la liquidación de daños y perjuicios – como el juicio verbal sumario- establece que deberá acudirse a un arbitraje interno para liquidar el monto de los perjuicios económicos derivados de la aprehensión y depósito de bienes de la empresa del señor Chaparro que debe pagar el Estado Ecuatoriano

Creemos que esto se explica de una forma razonable, el arbitraje, así sea para liquidar daños y perjuicios, como lo hemos explicado al inicio de esta tesis, es un método más neutral que la justicia ordinaria más aún si una de las partes es el Estado; por lo que creemos acertado y conveniente que la Corte Interamericana haya ordenado que se liquiden los daños en un arbitraje. Adicionalmente, la Corte Interamericana en su sentencia no solo que indicó la vía procesal para liquidar los daños, sino que también reguló ciertas normas para la conformación del tribunal arbitral. Veamos.

**233. El procedimiento arbitral señalado en el párrafo anterior deberá ser de carácter independiente, llevarse a cabo en la ciudad en la que resida el señor Chaparro y conforme a la legislación interna aplicable en materia de arbitraje, siempre y cuando no controvierta lo estipulado en esta Sentencia. El procedimiento deberá iniciarse dentro de los seis meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. El tribunal de arbitraje estará integrado por tres árbitros. El Estado y el señor Chaparro elegirán**

**cada uno a un árbitro. El tercer árbitro será elegido de común acuerdo entre el Estado y el señor Chaparro. Si en el plazo de dos meses contado a partir de la notificación de la presente Sentencia las partes no llegan a un acuerdo, el tercer árbitro será elegido de común acuerdo por el árbitro elegido por el Estado y el elegido por el señor Chaparro. Si los dos árbitros no llegaran a un acuerdo dentro de los dos meses siguientes, el Estado y el señor Chaparro o sus representantes deberán presentar a esta Corte una terna de no menos de dos y no más de tres candidatos. La Corte decidirá el tercer árbitro de entre los candidatos propuestos por las partes. La cantidad decidida por el tribunal de arbitraje deberá ser entregada al señor Chaparro en un plazo no mayor de un año contado desde la notificación de la decisión del tribunal arbitral.**

Como se observa la Corte precisó que se realice un arbitraje independiente en el domicilio de la víctima, a nuestro modo de ver era preferible un arbitraje institucional ante un Centro Arbitral que pudiese administrar este proceso, pero lo que más llama la atención es que la Corte reguló la designación del tribunal arbitral de la forma más equitativa posible, dando además oportunidad de que cada parte designe a un persona que le inspire confianza y que actúe como árbitro. Asimismo señaló la forma de designación del tercer árbitro y las posibles vicisitudes de su designación. Es decir, la Corte además se preocupó de darle operatividad señalando plazos y reglas a seguir por las partes.

En este sentido, si la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo hizo, que es una corte internacional, es un precedente que puede ser aplicado por nuestras Cortes Internas, lo puede hacer la propia Corte Constitucional por ejemplo, aunque es un caso *sui generis* podría perfectamente aprovecharse la celeridad e instancia única del arbitraje para determinar el monto de los daños y perjuicios tanto en responsabilidad civil contractual como extracontractual; y esto sería una suerte de arbitraje forzoso pues en el fondo no habría consentimiento por escrito de las partes para someter tal asunto a arbitraje sino una orden jurisdiccional que así lo dispone.



Vemos que en el caso citado, específicamente, encontramos un caso de responsabilidad civil extracontractual que es sometido a arbitraje pero en el que no existe ni consentimiento del Estado Ecuatoriano ni del ciudadano afectado; es un arbitraje dispuesto por la Corte Interamericana. No se puede decir que en este caso hay un consentimiento ni voluntad de las partes a acudir al arbitraje en temas de responsabilidad civil extracontractual, mas que la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero creemos esto justificable en función de la eficiencia y la tutela judicial efectiva, pues en el fondo, el hecho de que la Corte ordene que se siga una vía más ágil que la vía ordinaria, no es más que una forma de asegurar una reparación de los daños no tan lejana.

Este arbitraje está siendo ejecutado en la ciudad de Quito. El Secretario del Tribunal (Director de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito<sup>15</sup>) informa que después de varios incidentes en la conformación del Tribunal se ha iniciado el arbitraje en la ciudad de Quito, que es la ciudad en que reside el señor Chaparro. Estamos a la expectativa de la decisión del tribunal.

#### **2.1.4.4. Oferta pública de arbitraje**

Hasta este punto hemos planteado algunas soluciones al problema, esto es, que se someta a arbitraje el conflicto de responsabilidad civil extracontractual, sea porque las partes suscriben un convenio arbitral posterior al conflicto, porque el Tribunal se declara competente en una interpretación extensiva del acuerdo de arbitraje o porque la ley así lo dispone en un arbitraje forzado o forzoso, con la salvedad del Caso Chaparro que también nos muestra un tipo de arbitraje forzado.

Sin embargo, debemos ser concientes que en el marco de un conflicto es difícil que las partes lleguen a un acuerdo específico o siquiera a tener una relación o interés

---

<sup>15</sup> Se entrevistó al Secretario del proceso arbitral quien no pudo dar mayor información sobre la liquidación de los daños pero aseguró que se está cumpliendo lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dr. Hugo García Larriva. Entrevista telefónica. Marzo 2012.

en común, mucho menos aún si nos encontramos en la situación de un hecho dañoso que tiene su víctima y un responsable. Es bastante difícil que exista un acercamiento, peor aún si el autor del hecho dañoso no quiere reconocer la existencia de su responsabilidad.

Asimismo, debemos reconocer que no todas las legislaciones ni todos los países en sus legislaciones internas o tratados internacionales establecen normas que hagan imperativo que las partes acudan a un tribunal arbitral para resolver sus conflictos de responsabilidad extracontractual ni tampoco en todos los países existen de forma absoluta tribunales arbitrales o jueces, -o siquiera abogados que lo alegan- con tendencias modernas que permitan extender el convenio arbitral o acuerdo de arbitraje más allá del contrato escrito; y menos que una Corte ordene que se efectúe un arbitraje para tal o cual asunto como ocurrió en el Caso Chaparro.

En este sentido, el derecho, debe plantear soluciones rápidas que vayan a la misma velocidad con la que surgen los conflictos.

Es así como hemos conocido que en el mundo del arbitraje, entendido como aquel que incluye a las empresas y entidades estatales, se ha planteado la opción de la oferta de arbitraje u oferta pública de arbitraje, como una forma de configurar el consentimiento para acudir a arbitraje.

Claro, con la aceptación de la oferta, se produciría igualmente el consentimiento para someter los conflictos de responsabilidad civil extracontractual a arbitraje, pero de una forma más sencilla, pues se podría determinar la forma de aceptación con la presentación de la demanda arbitral en atención a la oferta o con una comunicación posterior, como lo veremos más adelante.

Ello implicaría que no existe realmente una suscripción de un convenio arbitral específico, sino que se ha configurado la voluntad o el consentimiento de acudir al arbitraje, y que esto podría ser suficiente para que asuntos extracontractuales o no contractuales, sean sometidos a arbitraje. De nuestra investigación, hemos encontrado que ello ocurre en el arbitraje de consumo y el arbitraje de inversiones, sin que necesariamente se limite a esas materias.

## **Arbitraje de consumo**

La expresión arbitraje de consumo, por sí sola plantea dudas. Pues en teoría, la legislación de consumo va dirigida a proteger al consumidor frente a los empresarios o prestadores de bienes y servicios, y hasta cierto punto hay normas de orden público que franquean autoridades gubernamentales controladoras y sanciones que deben cumplirse. Por ello cuando se habla de arbitraje de consumo, siempre se hace la pregunta: ¿qué asuntos pueden someterse a decisión de un tribunal arbitral?. La respuesta es *“Aquellos en que se halle comprometido el interés particular”*, por lo tanto debe desecharse, como lo señalan en la legislación argentina, la posibilidad de someter a arbitraje la aplicación de sanciones al infractor o cuando se haya producido un daño a la salud o existan indicios razonables de delito, pues en ese caso, notoriamente son temas que sobrepasan la esfera del interés particular.<sup>16</sup>

El arbitraje de consumo se define por las partes que intervienen, esto es un empresario que ofrece bienes y servicios y un consumidor o usuario. Se pensaría que en este tipo de arbitrajes solo podría demandarse temas relacionados al contrato de compraventa de bienes o de prestación de servicios, que es la relación jurídica primaria, entre uno y otro; pero mas allá, en el arbitraje de consumo es perfectamente viable que se trate sobre responsabilidad civil no contractual no solo del lado del empresario sino también del consumidor y usuario, pues los hechos dañosos, en esta materia, no están delimitados.

Ahora bien, cabe precisar que las razones del desarrollo el arbitraje de consumo. En Argentina, se ha dado como opción a los consumidores por las deficiencias del proceso judicial, que ha creado grandes costos que ciertamente han desanimado al consumidor. Casa Valles, señala:

**Casa Valles, R. (1992) Este panorama es el que, entre otras razones explica el fenómeno creciente, de la sustitución de la autodefensa de los consumidores por**

---

<sup>16</sup> Del particular puede revisarse la ley 24.240 que trata de la Responsabilidad de los proveedores.

**la intervención administrativa. Ésta se produce desde una posición de fuerza, tiene lugar de oficio (o en base a una simple denuncia) y carece de costos directos para el interesado. No obstante, también tiene sus límites y riesgos. Por ello no basta con reconocer a los consumidores la posibilidad de recurrir a la Administración. También han de estar en condiciones de defenderse por sí mismos, haciendo valer, solos o en grupo, sus derechos frente a las empresas. Para ello hay dos líneas de actuación, que desde luego, no se excluyen entre sí. La primera consiste en aumentar las facilidades de acceso a la vía judicial; la segunda, en potenciar los medios de solución extrajudicial. Ambas están presentes en la LCU, si bien de forma desigual (Pág. 764)**

Casa Valles nos explica que en Argentina, el consumidor o usuario tiene algunas opciones, entre ellos; el proceso judicial, el procedimiento administrativo de denuncia y el arbitraje de consumo. Nos indica también que cuando la Administración Pública interviene en los conflictos generados entre consumidores y empresarios, estos procedimientos administrativos tienen sus límites. También este autor señala que en gran medida se buscan mecanismos de solución extrajudicial de estos conflictos, por lo que se ha intentado con los procedimientos administrativos, pero tal como ocurre en nuestro país con la Defensoría del Pueblo, pues de ella ni de ningún órgano administrativo puede emanar una decisión definitiva y de última instancia que resuelva el conflicto. Por ello se abrió paso al arbitraje de consumo.

Es más, en la exposición de motivos del Decreto que veremos más adelante que introduce el arbitraje de consumo en Argentina se señala que el encauzamiento de la problemática del consumo a través de mecanismos alternativos al estrictamente judicial se encuentran funcionando con singular éxito en distintos países de la

UNION EUROPEA como ESPAÑA, REPUBLICA PORTUGUESA, REINO DE DINAMARCA, REINO UNIDO DE GRAN BRETAGNA E IRLANDA DEL NORTE y REINO DE LOS PAISES BAJOS, entre otros, y del resto del mundo, como ESTADOS UNIDOS MEXICANOS y la REPUBLICA DE LA INDIA, y que por esos resultados positivos que se han presenciado, en los que se a “alivianado” la tarea judicial y se ha ofrecido un dispositivo de solución de conflictos enmarcado en los principios de celeridad, eficacia, inmediatez y debido proceso adjetivo. Es decir, lo que motiva la existencia del arbitraje de consumo, como la que a nuestra consideración es el motivo del desarrollo del arbitraje es la espera de la eficiencia y eficacia en resolver conflictos.

Este arbitraje tiene sus particularidades en Argentina. Fue creado como un “Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo” mediante decreto 276/98, el Poder Ejecutivo lo creó para resolver con el carácter de vinculante y produciendo idénticos efectos a la cosa juzgada para ambas partes las reclamaciones de los consumidores y usuarios con fundamento en la ley 24.240 y demás normas que tutelan sus derechos. Esta ley a la que se hace referencia trata de la responsabilidad de los proveedores.

Mas allá de las particularidades propias de estudio que tenga el arbitraje de consumo en este país como la intervención de órganos de gobierno para conformar tribunales arbitrales, para efectos de esta tesis, señalaremos las normas relacionados a nuestro problema de investigación.

En primer lugar observamos que el decreto en su artículo 1 señala que el sometimiento de las partes es voluntario y deberá constar expresamente por escrito. Nótese que el decreto no pide necesariamente la suscripción específica de un convenio arbitral entre las partes, solo que exista el consentimiento para acudir a él, lo cual ya es un primer avance que permita la inclusión de la oferta de arbitraje.

En segundo lugar, observamos normas específicas que regulan la oferta pública, denominada la “oferta pública de adhesión al Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo. El artículo 18 del Decreto, la define expresamente.

**Decreto Argentino 276/98 -Se denomina OFERTA PÚBLICA DE ADHESIÓN AL SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE DE CONSUMO a la adhesión previa que efectúen los proveedores de bienes y servicios para solucionar a través del mismo los posibles conflictos que se lleguen a suscitar en el marco de una relación de consumo, de conformidad a las reglas que se establecen seguidamente y aquellas que defina la Autoridad de Aplicación (Art. 18)**

Como se observa, se trata de una oferta para hacer viable un arbitraje; luego el artículo 6 de este Decreto señala que si el proveedor hubiese realizado esta oferta pública, la competencia para resolver los conflictos con sus consumidores se regirá por las disposiciones del Decreto, y en los casos en que no exista oferta pública, la competencia se regirá por lo que las partes acuerden al respecto.

Hasta estas normas vemos que hay recién el primer paso para la conformación del consentimiento para acudir a arbitraje, con la realización de la oferta pública, esta oferta lleva además de la aceptación del proveedor o empresario a las normas del arbitraje de consumo, le impone un deber de publicidad de esa oferta para sus consumidores; porque de otra forma no fuera posible que existan aceptaciones a la oferta y el consecuente arbitraje de consumo.

El artículo 13 del decreto mencionado establece de qué forma se produce la aceptación del consumidor o usuario de la oferta, y señala que cuando el proveedor hubiese realizado OFERTA PUBLICA DE ADHESION AL SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE DE CONSUMO respecto de futuros conflictos con consumidores o usuarios, el acuerdo arbitral quedará formalizado con la presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante. Como se observa con la sola presentación de la demanda arbitral por parte del usuario o el consumidor, en atención de la oferta, se produce la aceptación y el consecuente sometimiento al sistema arbitral de consumo. Con ello se configuraría plenamente el consentimiento sin necesidad de la suscripción de un convenio arbitral específico.

Ahora bien, lo plausible de este Decreto es que no solamente se queda en la oferta pública de arbitraje sino que en el fondo, las autoridades argentina han querido propiciar el arbitraje, pues en una de sus resoluciones por las cuales regulan este decreto, dejan abierta la posibilidad a que sin la oferta pública, se produzca igualmente el sometimiento a arbitraje de consumo. Veamos el artículo 11 de la resolución SICM 212/98.

**Secretaría de Industrias, Comercio y Minería (1998). En caso de que el proveedor reclamado no se encuentre adherido a la OFERTA PÚBLICA DE ADHESIÓN AL SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE DE CONSUMO, se le notificará de la existencia de la solicitud de arbitraje admitida por la DIRECCION NACIONAL DE COMERCIO INTERIOR. Aquel deberá aceptar o rechazar el arbitraje solicitado dentro del plazo de CINCO (5) días de recibida la notificación. En caso de aceptarlo, deberá suscribir el convenio arbitral correspondiente y designar el árbitro de su sector dentro del citado plazo. Si el proveedor rechazara formalmente la solicitud o no se presentare a suscribir el convenio arbitral dentro del plazo establecido, se procederá al archivo de la misma, con notificación al reclamante. En cualquiera de los dos supuestos anteriores quedarán expeditas las vías administrativa y/o judicial correspondientes. (Art. 11)**

Como se observa esta norma hasta cierto punto incentiva el arbitraje, respetando la voluntariedad de las partes, pues el arbitraje de consumo bajo estas normas argentinas se fundamenta en el acuerdo de las partes sin caer en un arbitraje forzado como vimos anteriormente. Esto se observa claramente, si el consumidor o usuario presenta una demanda arbitral ante este sistema, sin hacer referencia a una oferta pública, igual la autoridad recibe la demanda y cita al proveedor o empresario para que exprese si acuerda someterse o no al arbitraje de consumo. Esto es un gran avance pues se busca que se utilice el sistema, y se le da la

oportunidad a la empresa a acceder al arbitraje de consumo a pesar de no haber hecho ninguna oferta, en este caso la presentación de la demanda arbitral a nuestro criterio sería una oferta, pero del consumidor para someterse a arbitraje, a la espera de la aceptación del empresario, quien luego de haber aceptado deberá suscribir un convenio arbitral. En este punto creemos innecesario que se suscriba un convenio si ya se configuró el consentimiento para acudir al arbitraje con la oferta y la aceptación, pero creemos que esta suscripción se justifica más en razones prácticas para viabilizar el arbitraje que para justificar competencia de árbitros, claro porque en la suscripción de un convenio arbitral se podrían establecer normas específicas del arbitraje, como si este fuere en equidad o en derecho o regular la forma de designación del tribunal, entre otros.

Es interesante ver que esta sería otra forma de resolver nuestro problema de investigación. Ya la enunciamos, que se suscriba un convenio arbitral posterior para someter conflictos de responsabilidad civil extracontractual a arbitraje, pero más allá de lo que hemos comentado, vemos que en este caso específico esa “suscripción posterior” se da al inicio del proceso arbitral en sí, esto es, luego de que se presenta la demanda arbitral. Es extremadamente interesante y hasta cierto punto consideramos que es una forma que se podría implementar, sin problema en nuestra legislación, claro esta forma sí implicaría una reforma legal pues habría que modificar el artículo 10 de la ley de arbitraje y mediación ecuatoriana que establece que necesariamente a la demanda arbitral debe acompañarse el documento que contenga el convenio arbitral, restringiendo con ello que el convenio arbitral sólo puede suscribirse o el consentimiento arbitral solo puede pactarse antes de iniciar el arbitraje.

En España, como en Argentina también se establece un sistema arbitral de consumo. En España particularmente, una compañía publica su oferta para sus consumidores en un formulario que contiene:

- 1) Datos de identificación del oferente
- 2) Datos del representante legal del oferente



- 3) Declaraciones de que conoce el sistema arbitral de consumo y las normas que lo regulan
- 4) Selección de que el arbitraje sea en equidad, en derecho o alguno de los dos a elección del consumidor
- 5) Que se intente la mediación o no previamente al arbitraje
- 6) Se selecciona si la oferta de arbitraje será de carácter indefinido o si tiene un periodo de vigencia determinado
- 7) Domicilios señalados para notificaciones en varias localidades

Con todos estos datos, los consumidores acuden a que se solucionen conflictos respecto de sus consumos. Los formularios se encuentran publicados en un portal web que hacen accesible la información a los usuarios: <http://www.consumo-inc.gob.es/arbitraje/docs/OPAterritorial1.pdf>

Hemos tratado el arbitraje de consumo, con el ánimo de estudiar la oferta pública de arbitraje, pero ésta puede darse en varios ámbitos, no solo en el arbitraje de consumo, sino también en el arbitraje de inversiones. Como lo veremos más adelante. Pues el límite real para el arbitraje es lo que se considera o no transigible, pues mientras se hable de interés particular, creemos que cabe fomentar la utilización del arbitraje como medio para solucionar conflictos.

Y esto es una mecánica sencilla de oferta-aceptación, puede regularse de distintas formas, el tema es que exista una oferta pública de arbitraje por parte del empresario o parte que desee iniciar el proceso para obtener una solución rápida. Y se dice que debe ser una oferta “pública”, para que efectivamente sea conocida por los consumidores o por las personas o al sector a que vayan dirigidas. La aceptación por otro lado, creemos que se puede dar de una forma más sencilla, es más se puede hablar de eliminar la necesidad de la suscripción de un convenio arbitral previo o posterior, y entender que con la presentación de la demanda arbitral se produce la aceptación, Claro, la demanda debería hacer relación expresa a la oferta como fundamento para la competencia del Tribunal.

Finalmente queremos destacar que si bien es cierto el arbitraje de consumo parecería que solo beneficiaría al consumidor en tener una solución rápida al

problema, a nuestro criterio, el someter cualquier conflicto, inclusive el derivado de responsabilidad civil extracontractual, a un arbitraje no es solo un beneficio para el consumidor, también es un beneficio notorio para un empresario, pues si lo vemos a nivel macro, es más eficiente tener varios arbitrajes cortos en que se resuelvan los conflictos con sus consumidores que un mar de juicios largos en la justicia ordinaria para un empresario que, precisamente se caracteriza como prestador de servicios o de bienes y que adquiere el carácter de mercantil, por la masificación o multiplicidad de transacciones.

### **Oferta en el arbitraje de inversiones**

En esta parte veremos que la oferta también se da en el marco del arbitraje de inversiones. El arbitraje de inversiones es aquel que se produce entre los Estados y los inversionistas extranjeros. Para que se dé paso a este arbitraje, existen varias fuentes, pero para lo que interesa en este trabajo, tocaremos algunas de ellas.

El arbitraje de inversiones además de surgir de la legislación nacional de cada país, puede surgir de la suscripción de un tratado bilateral o multilateral de inversiones suscrito por los Estados.

En virtud de estos tratados, los Estados se comprometen a dar a los nacionales del otro Estado (en tratados bilaterales) o de los otros Estados (en tratados multilaterales) la posibilidad de ir a arbitraje si es que hicieren una inversión en su país y el Estado abusare y no les dejare repatriar sus ganancias o los expropiara, entre otras medidas legales que afecten la inversión, etc.

En este marco, también puede ser que la ley motive estos arbitrajes de inversiones, pues es de interés para los Estados tener inversiones extranjeras dentro de sus economías, lo que los llevaría a que la legislación interna de un país permita que el Estado haga una oferta generalizada de arbitraje a todos los inversionistas que vengan al país en determinado Centro y así motivar o propiciar las inversiones; o que la misma ley franquee esta oferta de arbitraje además de los tratados bilaterales o multilaterales de inversión, como veremos más adelante.

En este punto de las ofertas y aceptaciones en el arbitraje de inversiones, podemos iniciar tomando como referencia al CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones). La primera condición para que proceda el arbitraje bajo las normas del CIADI es “*Que exista consentimiento por escrito de someter el conflicto al arbitraje del CIADI*”. Como lo explica Cantuarias, tradicionalmente para el cumplimiento de este requisito del consentimiento “por escrito” es mediante la celebración de un convenio arbitral entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista, antes o después de que nazca el conflicto, contenido en el contrato de inversión que celebran para dichos efectos en un documento independiente o en un intercambio de comunicaciones (Cantuarias 2007, Pág. 594-595).

Precisamente, como lo señala este autor tradicionalmente, se obtiene el sometimiento a arbitraje con la firma de una cláusula compromisoria o un pacto en referencia, tal como ocurre en los arbitrajes domésticos. Lo usual es suscribir el contrato que contiene el convenio arbitral de forma previa, es lo usual y como lo señala Cantuarias “la existencia de este tipo de consentimiento por escrito no genera mayor problema y ha sido la forma en que tradicionalmente los Estados han pactado con los inversionistas el acceso a la mecánica del CIADI” (Cantuarias 2007, Pág. 596); sin embargo, como lo explica este mismo autor también se considera que hay “consentimiento” cuando el Estado acepta de antemano someterse al CIADI en su ley interna sobre inversiones o mediante la aplicación de algún tratado y el inversionista acepte su conformidad.

Ahora bien, es preciso detenernos aquí. Efectivamente, este autor ha ilustrado una solución frente a nuestro problema de investigación en el arbitraje de inversiones. En este caso, no hay propiamente un convenio arbitral previo, no lo hay, pero sí se puede configurar el “consentimiento para acudir al arbitraje”, y ello incluye a los conflictos de responsabilidad civil extracontractual entre Estados e inversionistas. Como lo señala Ibrahim Shihata y Antonio Parra, el consentimiento puede surgir de la aceptación del inversionista de una oferta unilateral hecha por el estado contratante sea en su legislación de inversiones o en un tratado bilateral con un Estado, del cual el inversionista es su nacional. (Citados por Cantuarias, 2007, Pág., 597)

En este sentido, queremos resaltar que en el arbitraje internacional no es indispensable la existencia de un convenio arbitral previo entre el Estado Inversor y el inversionista, sólo hace falta alguna forma de que se genere el consentimiento para acceder al arbitraje internacional, y ese consentimiento ocurre sin distinciones sobre si se trata de responsabilidad civil contractual o no contractual, como la firma de un tratado o el consentimiento el estado “por escrito” a partir de la legislación nacional.

Shihata explica que el Estado receptor de la inversión puede ofrecer en su legislación local sobre inversiones el sometimiento de disputas que surjan de cierta clase de inversiones al Centro y que el inversionista puede dar su consentimiento, aceptar tal oferta por escrito (Citado por Cantuarias, 2007, Pág. 598); este ofrecimiento unilateral ocurre generalmente en las leyes sobre el tratamiento de inversiones extranjeras y cita un ejemplo específico que se dio en Albania. En el artículo 8 (2) de la Ley de Inversión Extranjera en Albania 7764 del 2 de noviembre de 1993, se señalaba: “El inversionista extranjero puede someter la disputa para su resolución y la República de Albania da su consentimiento expreso a tal sometimiento, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones” (Citado por Cantuarias, 2007, Pág. 598).

Al respecto, creemos que esta norma no discrimina entre conflictos de naturaleza contractual o no contractual, de tal forma que con esta norma jurídica en la legislación de Albania cualquier inversionista podría demandar al Estado por los daños que le causare, por expropiaciones, medidas legales injustas, o medidas tributarias confiscatorias, entre otras, que son medidas que causan daño al inversionista y el consecuente deber de reparación del Estado sin que se esté alegando incumplimiento de contrato o una relación jurídica determinada, lo que nos encuadraría en el campo de la responsabilidad civil extracontractual.

Para que se configure el consentimiento “por escrito” que exige el CIADI para que proceda el arbitraje, a nuestro modo de ver, sólo hace falta interponer la demanda correspondiente cumpliendo los requisitos formales del reglamento de esa entidad por parte del inversionista, acompañando copia de la oferta y manifestando que en base a ella, interpone la demanda. Con ello se configuraría el consentimiento “por escrito” y aunque no hay propiamente un convenio arbitral previo suscrito entre las dos partes, podría perfectamente someterse el asunto a arbitraje CIADI.

Al respecto REED, PAULSSON y BLACKABY, explican que el consentimiento del inversor al arbitraje puede ocurrir en cualquier momento, mientras que la legislación nacional de inversiones está en vigor (2010, Pág. 2), esto es, mientras la oferta de arbitraje siga en pie, pues el Estado puede derogar o cambiar su legislación interna de inversiones de forma soberana. Ahora bien, estos autores también indican que aunque el Estado haya derogado su legislación de inversiones en que se sometía al arbitraje, puede alegarse el principio de Estoppel, esto es, el inversionista que haya confiado en el consentimiento del Estado en el ínterin, -antes de que se derogue la norma- puede argumentar este principio ante el CIADI para sustentar la competencia del Centro para conocer una disputa (2010, Pág. 2).

Consideramos adecuada la aplicación del principio, más que todo a nivel internacional pues es bien sabido que también aplica la doctrina de que las personas –en el Ejemplo el Estado- se encuentra vinculado a sus actos y a las consecuencias de los mismos, de tal forma que el Estado no podría contradecirse y haberle ofrecido al inversionista el arbitraje CIADI y luego retractarse, claro ello puede ser argumentado solo por los inversionistas que tenían tal calidad mientras la norma estuvo vigente, pues los nuevos inversores ya no podrían alegar efecto alguno de la legislación derogada.

Como dijimos, las leyes nacionales y tratados internacionales de inversión (bilaterales o multilaterales) hacen posible que los inversores privados inicien el arbitraje ante el CIADI contra los Estados de acogida, incluso cuando no existe un acuerdo contractual entre ellos, pero se configura el “consentimiento por escrito”. Según Lucy Reed; Jan Paulsson; Nigel Blackaby, en el año 2010, el CIADI informó que el 78% de los 305 casos de arbitraje registrados a finales de 2009 habían sido sometidas a un instrumento que no sea una cláusula de arbitraje entre el inversionista y el Estado de acogida. (Investment Treaty Arbitration, 2010)

Como explican estos autores, El Centro –CIADI- ha aceptado la jurisdicción sobre los arbitrajes que se derivan de su consentimiento al arbitraje del CIADI se expresa en la legislación del Estado receptor de inversión nacional, en un tratado bilateral entre el Estado receptor y el Estado del inversor en casa, y en los tratados multilaterales entre los países que incluyen el Estado de acogida y el de los inversores Estado de origen, agregando cómo ocurre este fenómeno a nivel contractual o extracontractual.

**REED, L. PAULSSON, J BLACKABY, N. (2010) In contract-based ICSID arbitration (as in private international commercial arbitration), the parties generally give their consent simultaneously, in an arbitration clause contained in their investment contract or in a separate submission agreement. In non-contractual arbitration, the parties express their consent in two steps. First, the consent of the host State to submit to ICSID jurisdiction is contained in its national legislation or in a BIT or MIT. Second, the investor consents either by writing to the host State at any time (for example, in a simple page "53" letter or a notice of dispute) or by filing a request to arbitrate with ICSID. In this way, the parties' agreement to arbitrate is established (Pág. 1)**

En efecto, como lo explican estos autores, en los arbitrajes que derivan de un contrato, las partes dan su consentimiento al mismo tiempo, en una cláusula compromisoria contenida en su contrato de inversión o en un acuerdo de sometimiento separado. En los arbitrajes en materia extracontractual, las partes expresan su consentimiento en dos pasos. En primer lugar, el consentimiento del Estado receptor a someterse a la jurisdicción del CIADI se encuentra en su legislación nacional o en un Tratado Bilateral (BIT por sus siglas en inglés) o en un tratado multilateral (MIT por sus siglas en inglés). En segundo lugar, el consentimiento de los inversores, ya sea por escrito al Estado receptor en cualquier momento (por ejemplo, en una simple página "53" carta o una notificación de controversia) o mediante la presentación de una solicitud de arbitraje ante el CIADI.

Lo propio puede ocurrir en el ámbito doméstico. La empresa puede tener una oferta de arbitraje publicada en algún lugar accesible y visible para sus clientes o personas con las que tenga alguna relación jurídica. Y luego, la persona o cliente demandarlo ante tal centro de arbitraje determinado en la oferta, como vimos que ocurre en el arbitraje de consumo.

Ésta, a nuestro modo de ver es una forma razonable e idónea para que se puedan someter asuntos de responsabilidad civil extracontractual a arbitraje, sin que exista propiamente un convenio arbitral previo, utilizando la oferta de arbitraje y su aceptación para configurar el consentimiento.

Además de Albania, que ya hemos mencionado, REED, PAULSSON, y BLACKABY citan como ejemplo a Egipto. En este país, la Ley No. 43 del año 1974, que regulaba la inversión de fondos árabes y de Relaciones Exteriores y la Zona Franca, establecía en su artículo 8 que las disputas de inversión podían ser resueltas por un tratado, en arbitraje o en otra forma convenida por las partes. Veamos la traducción de la norma (Pág. 51)

REED, L. PAULSSON, J BLACKABY, N. (2010)  
**Diferencias Relativas a Inversiones con respecto a la aplicación de las disposiciones de esta Ley se resolverán de forma que se convenga con el inversionista, o en el marco de los acuerdos vigentes entre la República Árabe de Egipto y el país del inversor de origen, o en el marco de la Convención para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre el Estado y los ciudadanos de otros países que Egipto se ha adherido en virtud de la Ley No. 90 de 1971, donde se aplica dicho convenio. Las disputas pueden ser resueltas mediante arbitraje. Una Junta de Arbitraje se constituirá, que comprende un miembro en representación de cada parte contendiente y un tercer miembro como presidente para ser nombrado en forma conjunta por los mismos dos miembros. (Pág. 51)**

Como observamos, ésta es una norma en Egipto que permite a los inversionistas iniciar un arbitraje sin que exista un acuerdo contractual entre ellos y el Estado, a pesar de su complejidad. Como lo señalan estos autores, después de un detallado

análisis lingüístico y jurídico, se ha interpretado este texto como proporcionar una estructura jerárquica de tal manera que un acuerdo específico entre las partes que tienen prioridad, seguido por un tratado bilateral o multilateral de aplicación, y luego por el Convenio del CIADI. Con esta norma, podría iniciarse por parte del inversionista un arbitraje CIADI, siempre y cuando el inversionista acepte la oferta.

Reed, Paulsson y Blackaby, señalan que el inversionista puede dar su consentimiento en diferentes formas. En primer lugar, el inversionista podrá dar su consentimiento por medio de una comunicación por escrito al Estado o de un acuerdo formal con el Estado se refiere a la legislación nacional pertinente. En segundo lugar, si el inversionista no ha dado su consentimiento por escrito de arbitraje antes de presentar su solicitud de arbitraje ante el CIADI, se considerará que ha dado su consentimiento “por escrito”, en virtud la propia presentación de la demanda arbitral. (Pág. 52)

Como vemos opera la oferta y aceptación, sea que la oferta de arbitraje se encuentre en un tratado o en la legislación nacional, por lo que sí es posible que se sometan conflictos de responsabilidad civil extracontractual a arbitraje, aún frente a la ausencia de un convenio arbitral previo.

### **Oferta-aceptación**

Como hemos visto la oferta de arbitraje se ha dado en el ámbito del arbitraje de consumo y de inversiones; sin embargo, hay que anotar ciertas precisiones conceptuales respecto a la oferta y aceptación como elementos del consentimiento.

El consentimiento se entiende, según, Sanabria (2005) como el encuentro de las voluntades de las partes que quieren someter sus diferencias a un tribunal de arbitramento, que adquiere el carácter de contrato de arbitraje propiamente dicho (Pág. 159) y ha precisado que se ha hecho una distinción entre la voluntad declarada y la voluntad sentida o pensada; pero que para efectos de un pacto arbitral es importante la voluntad declarada (Pág. 160) A nuestro parecer, no puede ser de otra forma, pues la oferta como la aceptación deben de materializarse en el



exterior para que se produzca el consentimiento y el consecuente sometimiento a arbitraje.

Como lo indica Sanabria (2005), la oferta es una declaración o una manifestación de la voluntad dirigida por una de las partes a la otra con la invitación de celebrar un negocio jurídico; pero para que la oferta produzca sus efectos debe contener los elementos esenciales del negocio jurídico que se propone (Pág. 160) En nuestro caso, esos elementos podrían definirse a partir de la definición del convenio arbitral definido en la ley de la materia, que resumimos a continuación, en el artículo 5 se establece que el convenio arbitral debe identificar el negocio jurídico al que se refiere, o si se tratare de indemnizaciones civiles, debe identificarse los hechos, asimismo creemos que deben delimitarse claramente las partes, es decir, a quién va dirigida la oferta de arbitraje; para nosotros debe ir dirigida a una persona, o aún grupo de personas o un colectivo determinado, por ejemplo que una empresa dirija la oferta de arbitraje a sus proveedores, ciertamente ahí se estaría concretando e identificando a quién va dirigida la oferta.

Sin embargo, no todo elemento es esencial para que se produzca una oferta adecuada, o “válida” como Señala Sanabria, (2005) por ejemplo la oferta puede contener o no la forma de designación de árbitros, o las características de los árbitros u otros elementos, pero lo importante es que exista la invitación de celebrar el pacto arbitral la invitación de acudir al arbitraje, el oferente puede incluir otros elementos pero para que la oferta sea válida es necesaria la invitación. (Pág. 162)

Ahora bien, respecto de la aceptación. Sanabria (2005), indica que la oferta de pacto arbitral no es obligatoria para quien la dirige (Pág., 162). Pero una vez producida, es decir, una vez que se acepta la oferta, ya hay concurso de voluntades y se perfeccionó el consentimiento.

Creemos que esta relación oferta-aceptación, puede darse tanto en el ámbito contractual como extracontractual. Ya lo hemos señalado inclusive en el arbitraje de inversiones, esta oferta puede estar contenida en la legislación nacional del Estado o de un tratado bilateral o multilateral. En todo caso, esta mecánica se puede aplicar siempre, al igual y sin problemas, en nuestra legislación. Considerando que en nuestra legislación la condición es que esto (oferta-aceptación) se dé por escrito, conforme al artículo 5 de la ley de arbitraje y mediación, o que al menos se “deje

constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje”, es decir cualquier constancia. Solo aclaramos que en concordancia con la Ley de Comercio Electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos, esta constancia documental también puede hacerse, por equivalencia, mediante mensajes de datos o soportes electrónicos.

## Hipótesis

Para finalizar este capítulo, dejamos sentada nuestra hipótesis. De nuestra investigación, hemos encontrado formas de solución al problema de investigación planteado. Es decir, formas de someter a arbitraje conflictos de responsabilidad civil extracontractual, aún, frente a la ausencia de un convenio arbitral.

Sí es posible, y no solo con la oferta de arbitraje para configurar el consentimiento en defecto del convenio, sino con las otras formas que hemos tratado: la extensión de la cláusula compromisoria a asuntos no contractuales, el arbitraje forzado y hasta la suscripción de un convenio arbitral posterior, con la variante, que como ya hemos señalado, esta suscripción se puede dar inclusive luego de haber iniciado el arbitraje.

### 2.2 Hipótesis, variables e indicadores

Hipótesis	Variable	Indicadores
Es posible establecer formas para someter a arbitraje los conflictos derivados de la responsabilidad civil extracontractual con nuestra legislación e introducir nuevas formas para el efecto.	<b>Variable única:</b> Posibilidad de someter a arbitraje los conflictos derivados de la responsabilidad civil extracontractual	<b>De la variable única</b>  <b>1</b> El artículo 190 de la Constitución de la República, reconoce a los métodos alternos de solución de conflictos dentro del sistema de administración de justicia del Estado, estableciendo que dichos

		<p>métodos se regulan por sus leyes propias</p> <p>2 El artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación vigente establece que 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. Con ello se reconoce la validez del sistema.</p> <p>3 El artículo 5 de la ley de arbitraje y mediación señala que pueden someterse a arbitraje controversias de carácter “contractual o no contractual”, de lo que se desprende que la ley ecuatoriana ya prevé la posibilidad de que se sometan a arbitraje conflictos de responsabilidad civil extracontractual</p> <p>4 De las mencionadas normas se concluirían que si se pueden someter a arbitraje los conflictos de responsabilidad civil extracontractual, siempre que se traten de asuntos transigibles.</p>
--	--	--

## **CAPÍTULO III**

### **METODOLOGÍA**

#### **3.1 Modalidad de la investigación**

- Cualitativa, categoría no interactiva, diseño de análisis de conceptos, ya que esta investigación analiza la literatura elaborada por autores estudiosos de la Ciencia del Derecho, a cerca de la institución del arbitraje, así como de la responsabilidad extracontractual; sobre todo la naturaleza y efectos de éstos. Además, del análisis de la normativa nacional y de la legislación no comparada.
- Cualitativa, categoría no interactiva, diseño de análisis histórico, porque la investigación abarca el estudio de la figura de la responsabilidad extracontractual, a partir de las innovaciones que trajo consigo la Constitución promulgada por la Asamblea Constituyente en el año 2008; así como también, la presente investigación incorpora el estudio del arbitraje aplicado a casos de responsabilidad extracontractual en realidades de países extranjeros.
- Cualitativa, categoría interactiva, diseño de estudio de caso, ya que la presente investigación realizó sobre la muestra de los procesos arbitrales que conoce el Centro de de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil el análisis de estado actual de estas causas, así como también contó con la entrevista realizada al personal de este centro con el objeto de realizar consultas sobre la situación de cierta causa en particular. Cuenta la presente investigación, así también, con el análisis de jurisprudencia extranjera y de alcance internacional.

### **3.2 Unidades de observación (Población y muestra)**

Las unidades de observación en esta tesis son:

- Las normas jurídicas que regulan las instituciones del Arbitraje y de la Responsabilidad Civil Extracontractual, que suman 7 cuerpos legales relevantes como Código Civil, Ley de Arbitraje y Mediación Constitución de la República del Ecuador, Código de Procedimiento Civil, Código Orgánico de la Función Judicial, Ley de Arbitraje y Mediación y Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
- Criterios y sentencias, tanto de incidencia nacional como internacionales, así como jurisprudencia interna y extranjera; entre los que citamos criterios emitidos por la Corte Constitucional, pronunciándose sobre la admisibilidad de someter y resolver los casos de responsabilidad extracontractual a arbitraje; los casos de responsabilidad extracontractual que se encuentran bajo estudio para su resolución a través del arbitraje doméstico; laudos arbitrales emitidos en otros países que resuelven conflictos derivados de la responsabilidad extracontractual, ya sea a través de arbitraje nacional o internacional.
- Muestra, equivalente al 20% del universo de los casos que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil registra del 2005 al 2012, procesos a los cuales se los clasifica según la naturaleza del antecedente de la controversia que los ha suscitado, esto es, en contractual o extracontractual; así como también, se realizó sobre esta muestra, la estadística de interposición de acciones de nulidad y/o extraordinarias, con la finalidad de verificar la celeridad y la seguridad jurídica que generan estos procesos arbitrales.

### 3.3 Instrumentos de recolección de datos

Guía de registro para documentos:

- Ficha de registro de normas jurídicas;
- Fichas bibliográficas;
- Fichas de citas textuales;
- Fichas de casos (jurisprudencia);

### 3.4 Procedimiento de la investigación

El procedimiento de nuestra investigación se define en las siguientes etapas:

Información/Muestra	La información nos será proporcionada por las fuentes bibliográficas, las resoluciones y criterios de la Corte Constitucional, los casos reales nacionales y extranjeros y, las normas jurídicas.
Acceso a la información	Publicaciones de obras, Gacetas Judiciales, Registros Oficiales, Códigos y leyes.
Recolección de Datos	Los investigadores y el asesor recolectarán los datos pertinentes de acuerdo al planteamiento del problema y marco teórico.
Sistematización	Los investigadores, organizarán los datos obtenidos de forma simultánea para demostrar la existencia del problema y realizar las respuestas a las preguntas de investigación planteadas.
Análisis e interpretación	Luego de que se ha analizado toda la

	información e, inclusive las respuestas a las preguntas de la investigación.
--	--

## CAPÍTULO IV

### ANÁLISIS DE RESULTADOS

#### PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

Dentro de este capítulo, vamos a destacar los resultados objetivos de la investigación, excluyendo todas las conclusiones relevantes que se tratarán en el capítulo siguiente.

##### 1) Bases de Datos

Para efectos de añadir parámetros objetivos a nuestra investigación, hemos realizado una investigación de campo en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, único centro operativo en la ciudad de Guayaquil y en la Presidencia de la Corte Provincial del Guayas. De esta investigación, hemos obtenido la base de datos que se presentan en el siguiente numeral.

Se realizó la recopilación de información en el mencionado Centro, debido a la delimitación espacial de la tesis, esto es, la ciudad de Guayaquil y, en la Corte por las acciones de nulidad de laudos arbitrales. Adicionalmente, realizamos una investigación en la base de datos de casos de la Corte Constitucional accesible al público en general desde su portal oficial: [www.corteconstitucional.gob.ec](http://www.corteconstitucional.gob.ec) para determinar el estado de las acciones extraordinarias de protección.

Esta investigación de campo era necesaria para determinar en primer lugar si el arbitraje es un método eficiente de administración y solución de conflictos por los potenciales controles judiciales y constitucionales del laudo, tal como se analiza a continuación; y para conocer si existen arbitrajes en los que se resuelvan conflictos de responsabilidad civil no contractual.



## 2) Análisis y discusión de resultados

### Constatación del problema:

Se realizó un muestreo del 20% de los casos anuales del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil desde el año 2005 al 2012. A continuación, se ilustra el resultado, la presentación de la base de datos se la realiza primero de manera resumida, y luego de manera detallada:

AÑOS	PROCESOS ARBITRALES	Muestra	Número de asuntos contractuales	% de asuntos contractuales de la muestra
2005	36	7	7	11%
2006	53	11	11	15%
2007	45	9	9	13%
2008	57	11	11	17%
2009	33	7	7	10%
2010	47	9	9	14%
2011	45	9	9	13%
2012	26	5	5	8%
<b>TOTAL</b>	<b>342</b>	<b>68</b>	<b>68</b>	<b><u>100%</u></b>

#	Unidad de observación		Tipo de conflicto en función de los hechos y pretensión		Fundamento competencia tribunal			
	Año	No. De arbitraje	Contractuales	No contractuales	Cláusula compromisoria	Documento autónomo	Pacto en referencia	Otro
1	2005	014-05	X		X			
2	2005	010-05	X		X			
3	2005	001-05	X		X			
4	2005	002-05	X		X			
5	2005	022-05	X		X			
6	2005	019-05	X		X			

7	2005	012-05	X		X			
8	2006	053-06	X		X			
9	2006	029-06	X		X			
10	2006	048-06	X		X			
11	2006	010-06	X		X			
12	2006	004-06	X		X			
13	2006	036-06	X		X			
14	2006	026-06	X		X			
15	2006	055-06	X		X			
16	2006	046-06	X		X			
17	2006	051-06	X		X			
18	2006	052-06	X		X			
19	2007	040-07	X		X			
20	2007	042-07	X		X			
21	2007	012-07	X		X			
22	2007	043-07	X		X			
23	2007	030-07	X		X			
24	2007	005-07	X		X			
25	2007	026-07	X		X			
26	2007	037-07	X		X			
27	2007	038-07	X		X			
28	2008	038-08	X		X			
29	2008	046-08	X		X			
30	2008	039-08	X		X			
31	2008	055-08	X		X			
32	2008	009-08	X		X			
33	2008	043-08	X		X			
34	2008	052-08	X		X			
35	2008	054-08	X		X			
36	2008	022-08	X		X			
37	2008	032-08	X		X			
38	2008	025-08	X		X			
39	2009	010-09	X		X			
40	2009	006-09	X		X			
41	2009	012-09	X		X			
42	2009	022-09	X		X			
43	2009	020-09	X		X			
44	2009	016-09	X		X			
45	2009	002-09	X		X			
46	2010	003-10	X		X			
47	2010	007-10	X		X			
48	2010	006-10	X		X			
49	2010	020-10	X		X			

50	2010	031-10	X		X			
51	2010	036-10	X		X			
52	2010	042-10	X		X			
53	2010	047-10	X		X			
54	2010	009-10	X		X			
55	2011	005-11	X		X			
56	2011	009-11	X		X			
57	2011	011-11	X		X			
58	2011	014-11	X			X		
59	2011	015-11	X		X			
60	2011	028-11	X		X			
61	2011	034-11	X		X			
62	2011	036-11	X		X			
63	2011	027-11	X		X			
64	2012	005-12	X		X			
65	2012	015-12	X		X			
66	2012	018-12	X		X			
67	2012	021-12	X		X			
68	2012	024-12	X		X			
<b>Totales</b>			68	0	67	1	0	0

Como resultado, el 100% de la muestra son demandas arbitrales basadas en cláusulas compromisorias y se relacionan directamente con la ejecución de un contrato o pólizas de seguros, promesas de contrato o convenios arbitrales en documento autónomo; demostrando de esta forma de la investigación que no se someten a arbitraje conflictos de responsabilidad civil extracontractual.

Al respecto, ello fue confirmado por los funcionarios, secretarios y Directora, no se han sustanciado arbitrajes respecto a conflictos de responsabilidad civil extracontractual, ni tampoco se ha extendido la competencia del Tribunal a asuntos no contractuales. Con lo cual verificamos la existencia del problema de investigación en la ciudad de Guayaquil, esto es, que no existen arbitrajes sobre conflictos de responsabilidad civil extracontractual.

### **Sobre las ventajas del arbitraje**

Para sostener nuestra tesis de que el arbitraje es conveniente y que por ello deben incorporarse en la legislación, formas de someter los conflictos de responsabilidad civil extracontractual que aparentemente están excluidos por no contar con un

convenio arbitral previo; además de todo lo dicho en el marco teórico, realizamos estadísticas sobre las acciones que potencialmente podrían afectar la celeridad, eficiencia y eficacia del arbitraje como medio ágil para solución de conflictos. Al respecto vimos el estado de las acciones de nulidad del año 2005 al 2012 y de las acciones extraordinarias de protección del 2008 -2012 en la ciudad de Guayaquil, en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Se aclara que la estadística de las acciones extraordinarias de protección se contabiliza desde el 2008 debido a que esta acción se introdujo en el Ecuador con la Constitución de Montecristi del año 2008. Veamos:

<b>Estado de acciones de nulidad 2005-2012</b>		
Abstenciones	2	6%
Desistimiento	1	3%
En trámite	14	44%
Aceptadas	5	16%
Rechazadas	10	31%
<b>Total acciones de nulidad</b>	<b>32</b>	<b>100%</b>

#	Unidad de observación		Estado acciones de nulidad				
	Año	No. De arbitraje	Abstenciones	Desistimiento	En trámite	Aceptadas	Rechazadas
1	2005	024-04			X		
2	2005	009-05			X		
3	2005	010-05		X			
4	2005	013-05				X	
5	2005	025-05			X		
6	2005	026-05			X		
7	2005	029-05	X				
8	2005	034-05			X		
9	2006	053-06					X
10	2007	018-07			X		
11	2007	030-07			X		
12	2007	033-07					X
13	2008	008-08					X
14	2008	009-08					X
15	2008	010-08	X				
16	2008	022-08				X	
17	2008	038-08					X
18	2008	045-08				X	
19	2008	046-08					X

20	2008	050-08				X	
21	2008	055-08					X
22	2009	007-09				X	
23	2009	019-09					X
24	2009	028-09					X
25	2009	030-09			X		
26	2009	032-09			X		
27	2009	016-09					X
28	2010	001-10			X		
29	2008	036-08			X		
30	2010	007-10			X		
31	2010	037-10			X		
32	2010	005-10			X		
<b>Totales</b>			2	1	14	5	10

<b>Estado de acciones extraordinarias de protección en contra de decisiones Tribunales arbitrales 2008-2010</b>		
Inadmitidas por la Corte	7	78%
Admitidas o en trámite	2	22%
Total	9	100%
Nota: 8 Aep se propusieron contra laudos y 1 contra la declaratoria de competencia de árbitro único en la audiencia de sustanciación		

#	Unidad de observación		Estado acciones extraordinarias de protección	
	Año	No. de arbitraje	Inadmitidas por Sala de Admisión	Admitidas o en trámite
1	2008	008-08	X	
2	2008	011-08	X	
3	2009	002-09	X	
4	2009	012-09	X	
5	2009	014-09	X	
6	2010	016-09	X	
7	2010	028-10	X	
8	2007	033-07		X
9	2008	009-08		X
<b>Totales</b>			7	2

Como se observa, no existe una afectación relevante al sistema arbitral, pues de la totalidad de acciones de nulidad que han sido aceptadas o en las que se ha declarado nulo el laudo arbitral son 5 laudos en Guayaquil, que representan el 1% de la totalidad de los arbitrajes iniciados desde el 2005 al 2012.

Lo propio con las acciones extraordinarias de protección, se han intentando 9 en un periodo de 4 años de las cuales, actualmente 7 han sido inadmitidas al trámite por la Sala de Admisión, y 2 han sido tramitadas por la Corte Constitucional, de las cuales una se encuentra pendiente y otra fue desechada por el Pleno de la Corte.

Como se observa, en esta parte obtuvimos resultados positivos, los potenciales controles legales y constitucionales del laudo arbitral no afectan actualmente al sistema arbitral ni a la eficiencia ni eficacia del arbitraje.

### **3) Verificación de hipótesis o de la pregunta de investigación**

La pregunta de investigación en nuestra tesis es: ¿De qué formas se podría someter a arbitraje las controversias derivadas de los casos de responsabilidad civil extracontractual ante la ausencia de un convenio arbitral previo?

El problema principal de la investigación fue determinar la o las formas de someter a arbitraje los conflictos derivados de responsabilidad civil extracontractual, teniendo en cuenta que para someterlos es necesaria la existencia de una cláusula arbitral previa, la cual no existe precisamente por el origen de este tipo de responsabilidad, ya que no hay un convenio o una relación jurídica previa entre las partes que haya permitido pactarla.

De la investigación realizada, en especial a través de la muestra de procesos arbitrales tomada del universo de los casos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil (2005-2012), constatamos que actualmente no existen controversias derivadas de la responsabilidad extracontractual que se hayan sometido a arbitraje (considerando la delimitación espacial y temporal de nuestro trabajo), por lo cual, comprobamos que la normativa parecería no dar

formas claras para someter a este medio de resolución, los conflictos generados a partir de la responsabilidad civil extracontractual.

Sin embargo, tras la búsqueda y análisis de la normativa interna y de la jurisprudencia y doctrina extranjera, logramos verificar también nuestra hipótesis, es decir, hemos podido identificar las formas para someter a arbitraje los conflictos derivados de la responsabilidad civil extracontractual con nuestra legislación e introduciendo, además, nuevas formas para el efecto, que viabilizan el arbitraje en estos temas y hacen que éste se vuelva más familiar y accesible a la sociedad.

Estas soluciones prácticas que nos brindan las realidades de otros países, entiéndase doctrina y jurisprudencia, las resumimos en las siguientes: la extensión de la cláusula compromisoria a asuntos no contractuales; el arbitraje forzado; la suscripción de un convenio arbitral posterior, con la variante, que como ya hemos señalado, esta suscripción se puede dar inclusive luego de haber iniciado el arbitraje; y, la oferta pública de arbitraje para casos de consumo y de inversiones.

Finalmente, la implantación de estas formas de sometimiento a arbitraje de casos de responsabilidad extracontractual no transgreden, principalmente, las normas constitucionales, segundo, son perfectamente viables con la normativa vigente; y, tercero, las modificaciones e inserciones legales necesarias, aparte de ser fáciles de implantar, no lesionan los derechos y garantías ni de la víctima ni del dañado; tal como ha sido objeto de análisis en el presente trabajo. Por lo tanto, iniciar una cultura para el arbitraje en estos temas, no sólo que beneficiaría a las partes que acuden a este método, sino que significaría para la sociedad un importante reforzamiento del derecho de tutela judicial efectiva, hecha realidad a través de la prestación de una justicia más especializada y expedita, como lo es el arbitraje.

## **CAPÍTULO V**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **CONCLUSIONES**

- El arbitraje tanto en el ámbito doméstico como internacional, es el método más conveniente para resolver conflictos de naturaleza transigible. Pues la celeridad y la instancia única son los pilares que permiten una decisión ágil y definitiva del conflicto a través de un laudo arbitral, además de que estadísticamente hemos observado que en la ciudad de Guayaquil las nulidades o acciones extraordinarias de protección contra laudos arbitrales, son admitidas en un porcentaje mínimo por lo que no afectarían la eficiencia del sistema arbitral.
- En el marco de esos conflictos, no hay que discriminar a los que surgen por responsabilidad civil extracontractual pues aunque nos encontremos frente a la ausencia de un convenio arbitral previo -que es indispensable para activar el sistema arbitral-; siempre habrá la posibilidad de utilizar alguna forma para someter dichos conflictos a competencia de determinados árbitros o centros arbitrales.
- Particularmente, en la legislación Ecuatoriana interna, es factible que se someta a arbitraje los conflictos de responsabilidad civil extracontractual, lo que se observa en el artículo 5 de la ley de arbitraje y mediación vigente al decir que se pueden someter a arbitraje los conflictos de naturaleza “contractual o no contractual”, salvo los conflictos en los que interviene el Estado Ecuatoriano a nivel doméstico pues el artículo 4 de la ley de arbitraje y mediación sanciona con nulidad a los convenios arbitrales suscritos por el Estado o entidades estatales referentes a asuntos de naturaleza “no contractual”



- Dentro del problema de investigación planteado, encontramos que no necesariamente ni de forma absoluta debe existir un convenio arbitral suscrito por las partes contendientes o en conflicto para acudir al arbitraje.
- Encontramos, soluciones al problema planteado, pues encontramos cuatro posibles formas de que se configure el consentimiento para acudir al arbitraje ante la ausencia de un convenio arbitral previo en conflictos no contractuales. De forma consolidada, el consentimiento es un elemento esencial del contrato de arbitraje, al igual que la capacidad, objeto, causa; pero nuestra investigación ha encontrado la mayor parte de soluciones en ese elemento: el consentimiento.
- El consentimiento para acudir al arbitraje no puede reducirse a la suscripción de un convenio arbitral. Ya nuestra ley de arbitraje y mediación acepta el pacto en referencia, esto es, comunicaciones cruzadas en los que se manifieste la voluntad de las partes a acudir a arbitraje. Pero más allá de ello para fomentar y permitir el uso del arbitraje en conflictos en los que no existan contratos previos -como los típicos conflictos de responsabilidad civil extracontractual- deben aceptarse e introducirse nuevas y modernas formas de ver la configuración del consentimiento del acuerdo del arbitraje, además de dar apertura a la temporalidad, es decir, que ese consentimiento de arbitraje se pueda dar en cualquier tiempo inclusive luego de presentada la demanda arbitral como vimos que ocurre en Argentina en el caso específico de la oferta de consumo.
- No es necesaria una reforma legal para que se puede expandir los efectos de una cláusula de arbitraje a conflictos no contractuales; sin embargo sería recomendable que se mejore la redacción del artículo 5 de la ley de arbitraje y mediación.
- Siempre podrá someterse a arbitraje conflictos no contractuales que sean transigibles, siempre. Las partes pueden en ejercicio de la autonomía, suscribir un convenio arbitral posterior al surgimiento del conflicto en el

sector privado, pues en el sector público se sanciona con nulidad el convenio arbitral que trate de asuntos no contractuales.

- Para fomentar el arbitraje en conflictos de responsabilidad civil extracontractual, e inclusive incrementar los arbitrajes domésticos, no solo se necesitan buenos árbitros o centros arbitrales, es necesario mejorar la cultura jurídica de varios de los actores u operadores de justicia, y no solamente recaen en instituciones sino en personas relacionadas a ella como los abogados, jueces, árbitros, a quienes extenderemos recomendaciones en el siguiente apartado

## **RECOMENDACIONES**

### **REFORMAS A LA LEY DE ARBITRAJE**

- Eliminar las limitaciones del arbitraje en el sector público. Eliminar la autorización prevista en la Constitución y la Ley para que el Estado someta sus conflictos a arbitraje, creemos que ello debe ser libre.
- Entendemos que con esa autorización se intenta cuidar que el arbitraje siempre sea en derecho –para evitar cualquier riesgo cuando se tiene la percepción que el arbitraje en equidad de alguna forma implica el apartarse de la certeza de las normas jurídicas- o que se someta a arbitraje lo que sea de libre disposición o materia transigible, lo que se torna más complejo cuando una de las partes es Estatal.
- Pero creemos que en uno y otro caso, bien los árbitros, pueden resolver sobre si se tratase de materia transigible o no y de acuerdo a ello declararse competentes o no, utilizando las normas jurídicas existentes, que disponen que el arbitraje es en derecho cuando en él interviene el Estado.

Por ello, no necesitaría el Estado de ese filtro previo, ni de la autorización de ninguna autoridad para que otra autoridad estatal se someta a arbitraje.

- Reformar el artículo 4 de la ley de arbitraje y mediación. El Estado no solamente actúa con *imperium* en sus relaciones con particulares. Es claramente visible ahora, más que antes, que el Estado también es empresario y suscribe contratos de orden privado –en cuanto al objeto del contrato- con el fin de obtener recursos públicos como el arriendo de instalaciones estatales a particulares o las operaciones comerciales que realiza a través de las entidades públicas que compiten en el mercado con otras empresas privadas, como en el servicio de correo, el servicio de internet, telefonía fija o móvil, entre otras. En estas claramente es un competidor y un prestador de servicios que no solo sirve para cubrir una necesidad pública sino que es indispensable la obtención de recursos. No habría razón para excluir a esas entidades de un método eficiente y eficaz para la solución de controversias en temas transigibles en los que intervenga el Estado, ni siquiera en los de naturaleza “no contractual”
- Para evitar una mala interpretación del artículo 5 de la ley, es recomendable mejorar su redacción, pues no faltará aquel que sugiera que el convenio arbitral debe especificar exactamente los delitos o cuasidelitos que se pudieren generar o crear un catálogo de conducta, en alguna relación jurídica para atribuir competencia al tribunal. Posible, pero a nuestro criterio, no indispensable. Creemos que basta con aceptar expresiones más sencillas, como que se sometan a arbitraje todos los asuntos derivados de este contrato o relación jurídica, “inclusive los de naturaleza no contractual”
- Incluir disposiciones que propicien el arbitraje en asuntos de responsabilidad civil extracontractual, como la suscripción de un convenio arbitral posterior con la variante de que esta suscripción se puede dar una vez iniciado el proceso arbitral. Como ocurre en Argentina en el arbitraje de consumo. Se puede implementar que al citar con la demanda arbitral, la contraparte manifieste si acepta o no someterse a arbitraje. Si aceptase, previo a la contestación de la demanda, podría suscribirse una cláusula arbitral.

- Si existe la posibilidad de someter conflictos de daños o no contractuales a arbitraje en el Ecuador, no hay razones ni constitucionales ni legales –salvo la limitación anotada con el sector público- para excluir este tipo de conflictos de las ventajas del arbitraje. Debe propiciarse la utilización de las formas estudiadas, sea con la suscripción de un convenio arbitral posterior al hecho dañoso, con la extensión de la cláusula de arbitraje, inclusive con el arbitraje forzado o con la oferta-aceptación de arbitraje para configurar el consentimiento y hacer posible utilizar la vía arbitral para conocer conflictos no contractuales o de daños.

#### A LAS EMPRESAS NACIONALES E INVERSORES EXTRANJEROS

- Pacten arbitraje como método para resolver los conflictos de naturaleza transigible que pudieren surgir de sus contratos o relaciones jurídicas cuando tuvieran oportunidad de negociar con el Estado u otras personas de derecho privado, e incluyan los de naturaleza extracontractual relacionados al contrato expresamente.

#### A LA FEDERACIÓN DE CÁMARAS DE COMERCIO DEL ECUADOR

- Fomenten el arbitraje. Difúndanlo, ya que en nuestro país el arbitraje se vive con mayor intensidad en el ámbito doméstico en los centros de arbitraje de las Cámaras.
- Difundan entre las Cámaras de Comercio un modelo de cláusula arbitral o la idea de que los convenios arbitrales propuestos por cada entidad incluyan conflictos de responsabilidad civil no contractual que se relacione directamente con el negocio jurídico que contiene el contrato.

## AL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS Y CONSEJO DE LA JUDICATURA

- Como encargados de la modernización de la justicia, y especialmente encargados de la descongestión de los juzgados y tribunales de justicia para una administración de justicia eficiente, promuevan el arbitraje en asuntos transigibles. Estos asuntos se da en la mayoría de las ramas del derecho, no solo en el derecho civil, comercial o mercantil, también puede darse en propiedad intelectual, derecho de competencia, derecho aduanero, entre otros.

## A LOS ÁRBITROS Y CENTROS ARBITRALES

- Fomenten acercamientos con entidades estatales y privadas, para difundir el arbitraje en ramas del Derecho en que poco se elige este método alternativo aunque la materia sea perfectamente transigible pues mira a intereses particulares, entre ellas, el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, Superintendencia y Dirección de Competencia, Consejo de la Judicatura, teniendo en cuenta que existe una masificación de causas evidente en el poder judicial que pone en riesgo la eficacia del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida por el Estado Ecuatoriano.
- Interpreten de forma adecuada los convenios arbitrales. Existen ciertamente frases comunes que suelen repetirse en los convenios arbitrales y que pueden permitir que se extienda el ámbito de la cláusula compromisoria a conflictos de responsabilidad civil extracontractual
- Se incluyan en sus reglamentos normas que permitan al árbitro extender el convenio arbitral a conflictos no contractuales o inclusive partes no signatarias, todo en función de que se mantenga la continencia de la causa en una sola jurisdicción –en caso de partes no signatarias- y que se pueda

resolver en arbitraje conflictos derivados de responsabilidad civil extracontractual que demorarían años en resolverse en la justicia ordinaria, de tal forma que estos conflictos también puedan sometidos a arbitraje.

## A LOS JUECES

- No solamente preocúpense de resolver las causas puestas a su resolución, contribuyan con la construcción de una justicia eficiente. Apliquen las normas y deriven casos transigibles a centros de mediación y conciliación, pues fomentando uno de los métodos alternos puede darse paso más fácilmente al arbitraje y conseguir disminuir la congestión y masificación de causas en el poder judicial.
- Frente a una cláusula arbitral, deben en primer lugar determinar correctamente el alcance de la cláusula. Si expresamente se hubiere sometido a arbitraje la totalidad de las controversias surgidas de tal contrato, deberán inhibirse de conocer la demanda. Si en el conflicto presentado existe una cláusula arbitral pero notoriamente no son transigibles –por ejemplo cuando se trate de la legalidad o no de un acto administrativo– deberán asumir competencia parcialmente para conocer de esos asuntos.
- Deben colaborar con la institución arbitral. Deben ser eficientes en su colaboración. Si tienen duda respecto a la cláusula arbitral, deben inhibirse de conocer el conflicto y derivar el caso a la jurisdicción de arbitraje por el principio pro arbitraje previsto en nuestra legislación
- Específicamente a los jueces que conocen de las acciones de nulidad. Cuando interpreten el alcance de la materia del convenio arbitral, por la causal d) del artículo 31 de la ley de arbitraje y mediación, tengan presente en primera instancia la voluntad de las partes para interpretar correctamente la cláusula de arbitraje, y, si subsiste la duda, favorezcan el arbitraje y el laudo arbitral interno.

- Específicamente al juez del exequátur. Cuando interpreten el alcance de la materia del convenio arbitral, tengan presente en primera instancia la voluntad de las partes para interpretar correctamente la cláusula de arbitraje, si subsiste la duda, favorezcan el arbitraje y el laudo arbitral extranjero o no nacional. Se aclara que para efectos de esta tesis, se menciona al juez del exequátur para fines académicos en el tema del alcance o interpretación del convenio arbitral, aunque las autoras consideran que en el Ecuador tal procedimiento no es necesario, pues conforme a la *lex arbitri*, puede perfectamente ejecutarse directamente.

## A LOS ABOGADOS

- Sugieran cláusulas arbitrales a sus clientes, no solo cuando se está iniciando una relación comercial o jurídica con la firma de un contrato. Deben notar que también se puede suscribir una vez iniciado el conflicto, y que también pueden someterse a arbitraje los conflictos de naturaleza no contractual o de daños a arbitraje.
- Redacten cláusulas arbitrales sencillas pero eficientes y eficaces, no es recomendable que se pongan instancias previas como la negociación o mediación obligatorias; si hubiere oportunidad de hacerlas en el marco de un conflicto pueden efectuarse sin necesidad que conste en las cláusula de arbitraje o convenio arbitral, pues como hemos anotado frente a otros métodos alternos de solución de conflictos el arbitraje es el que representa más ventajas principalmente el hecho de ser un método heterocompositivo de solución de conflictos y que dentro del trámite de ley se permitirá una mediación para otorgar a las partes la oportunidad de resolver su conflicto, antes de la conformación del tribunal arbitral

## A LA COMUNIDAD JURÍDICA EN GENERAL

- Entender que el arbitraje, más allá de ser un método alternativo, no constituye una justicia privada que va a beneficiar siempre al sector comercial, es una instancia que desde cualquier perspectiva propugna la neutralidad frente a las partes y que es un método alternativo que existe para coadyuvar a que se materialice la tutela judicial efectiva.
- Entender que no se afecta a la tutela judicial efectiva cuando exista duda en utilizar el arbitraje o la justicia ordinaria, pues se trata de un método distinto con operadores distintos, pero las normas jurídicas que se aplicarán -sustantivamente- para conocer el fondo son las mismas pues en la práctica, ni aún en el arbitraje en equidad ocurre un apartamiento certero de las normas jurídicas. Lo que se gana con el arbitraje es eficiencia. Eficiencia que hemos perdido y que tenemos que recuperar en pro de una tutela judicial efectiva.



## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Referencias doctrinales**

- 1. ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo. (1981)** De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil, Santiago de Chile, Imprenta Universal, Primera edición;
- 2. BORN, Gary B. (2009).** Internacional Commercial Arbitration. Estados Unidos de Norteamérica. Editorial Klower Law Internacional, Volumen I.
- 3. CAIVANO, Roque J. (2000)** Arbitraje. Buenos Aires, Editorial AD-HOC S.R.L. Segunda edición.
- 4. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (2007)** Arbitraje comercial y de las inversiones, Lima, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L, Primera edición.
- 5. CASA VALLES, R. (1992)** Comentarios a la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios. Madrid. Editorial Civitas, coordinado por Bercovitz y Salas, Madrid 1992.
- 6. FARIÑA, Juan, (2004),** Defensa del Consumidor y del Usuario, Buenos Aires, Editorial Astrea, Tercera Edición;
- 7. GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán (1993)** Curso práctico de Arbitraje. Santafé de Bogotá D.C., Ediciones Librería del Profesional. Primera Edición.
- 8. HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (Coordinador). (2006).** Autores varios: HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, COSTA GARCIA, Mercedes, CUBILLO LOPEZ, Ignacio, GALEOTE MUÑOZ, Maria, GARCIA PIÑEIRO, Nuria

SISTEMAS DE SOLUCIÓN EXTRAJURISDICCIONAL DE CONFLICTOS,  
Madrid, Editorial Universitaria Ramon Areces. Primera Edición

9. **MOSSET, Jorge**, (1998), Responsabilidad por Daños.- El Acto Ilícito, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, Primera Edición;
10. **NAVARRINE, Susana**. (1992) Arbitraje. Editorial, La Ley. Buenos Aires, Primera edición
11. **OPPETIT, Bruno** (2006) Teoría del arbitraje, Colombia, Editorial Legis Editores S.A., Primera edición.
12. **PICASSO, Sebastián**, (2008), La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema, Argentina, Editorial La Ley.
13. **PREVOT, Juan**, (2007), La Responsabilidad Extracontractual, Argentina, SJA 21/3/2007; JA 2007-I-1182;
14. **PREVOT, Juan**, (2006), La Responsabilidad Contractual, Argentina, SJA 12/7/2006 ; JA 2006-III-1319;
15. **PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges y PICARD, Maurice** (1952). Tratado práctico de Derecho Civil, París. Editorial Cultural S.A., Traducción primera edición. Primera Edición.
16. **SALCEDO VERDUGA, Ernesto**. (2001) El Arbitraje: La Justicia Alternativa., Guayaquil, Editorial Jurídica Minués Mosquera. Primera Edición.
17. **SILVA ROMERO, Eduardo**. Conferencia internacional de Arbitraje. Jueves 1 y de marzo de 2012, Quito Ecuador

**18. TAMAYO, Javier (2008)** Tratado de Responsabilidad Civil, Colombia, Editorial Legis.

**19. Autores: ZULETA Eduardo, SILVA ROMERO Eduardo, ALJURE Antonio, ANZOLA Marcela, BARRAGAN Luis, BEJARANO Ramiro, BENETTI Julio, BERNAL Rafael, BLACKABY Nigel, CARDENAS, Juan, SANABRIA, Arturo. entre otros.** (2005) Director Académico: Eduardo Silva Romero y Coordinador Académico Fabricio Mantilka Espinosa. EL CONTRATO DE ARBITRAJE. Colombia. Legis Editores S.A. Primera Edición

### **Normas jurídicas**

**20.** Constitución de la República del Ecuador

**21.** Código Civil del Ecuador

**22.** Código de Procedimiento Civil del Ecuador

**23.** Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador

**24.** Código de Trabajo

**25.** Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador

**26.** Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador

**27.** Ley de compañías

**28.** Ley orgánica de defensa del consumidor

**29.** Decreto 276/98. Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo Argentino.

30. Resolución SICM 212/98. Secretaría de Industrias, Comercio y Minería (Argentina) (1998)

**Otras fuentes:**

31. <http://www.consumo-inc.gob.es/arbitraje/docs/OPAterritorial1.pdf>, consultado el 3 de Febrero de 2012
32. EL ARBITRAJE Y JUDICATURA: UN BINOMIO NECESARIO EN LA ECUACIÓN DE PROCURACIÓN DE SEGURIDAD JURÍDICA.. Francisco González de Cossío. consultado el 10 de Marzo de 2012 (<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/ARBITRAJE%20Y%20JUDICATURA.pdf>).
33. ICSID Investment Treaty Arbitration, por: Lucy Reed; Jan Paulsson; Nigel Blackaby. Consultado el 9 de marzo de 2012.
34. AGUILÓ, Joseph. Escuela de Alicante, Seminario de argumentación jurídica y de fuentes del Derecho. Universidad Católica Santiago de Guayaquil, 2011
35. Sentencia del 21 de noviembre de 2007 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. Consultado en marzo de 2012 en la dirección: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf)
36. Consulta de casos. Corte Constitucional del Ecuador. [http://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php?option=com\\_wrapper&view=wrapper&Itemid=2](http://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=2)
37. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (2012) Conferencia internacional de Arbitraje. Jueves 1 y de marzo de 2012, Quito-Ecuador