



UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO
FACULTAD DE DERECHO
CARRERA DE CIENCIAS JURÍDICAS

Proyecto de Investigación
previo a la obtención del
título de Abogada de los
Tribunales y Juzgados de la
República del Ecuador

Título del Proyecto de Investigación:

**“LA RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN
EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES”**

Autora:

MABEL BEATRIZ VERA MENÉNDEZ

Director de Proyecto:

Ab. Víctor Hugo Bayas Vaca MSc.

Quevedo – Los Ríos - Ecuador.

2017

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHO

Yo, **MABEL BEATRIZ VERA MENÉNDEZ**, declaro que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentado para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

La Universidad Técnica Estatal de Quevedo, puede hacer uso de los derechos correspondiente a este trabajo, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normatividad institucional vigente.

Atentamente

MABEL BEATRIZ VERA MENÉNDEZ

C.C. 120370441-4

Autora

CERTIFICACIÓN DE CULMINACIÓN DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

El suscrito, Ab Víctor Hugo Bayas Vaca MSc., Docente de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, certifica que la estudiante **MABEL BEATRIZ VERA MENÉNDEZ**, realizó el Proyecto de Investigación de grado titulado “**LA RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES**”, previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, bajo mi dirección, habiendo cumplido con las disposiciones reglamentarias establecidas para el efecto.

Ab. Víctor Hugo Bayas Vaca MSc.

DIRECTOR DE PROYECTO DE INVESTIGACION

**CERTIFICACIÓN DEL REPORTE DE LA HERRAMIENTA DE
PREVENCIÓN DE COINCIDENCIA Y/O PLAGIO ACADÉMICO**



UNIVERSIDAD TÉCNICA ESTATAL DE QUEVEDO

FACULTAD DE DERECHO

CARRERA DE CIENCIAS JURÍDICAS

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

Título:

“LA RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES”

Presentado a la Ing. Guadalupe Murillo Campuzano MSc, Vicerrectora Académica
Encargada de la Facultad de Derecho, como requisito previo a la obtención del título de
Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

Aprobado por:

DR. COLÓN BUSTAMANTE FUENTES MSc.
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

ABG. ENRIQUE CHALÉN ESCALANTE MSc.
MIEMBRO DEL TRIBUNAL

ABG. EDISON FUENTES YÁNEZ MSc.
MIEMBRO DEL TRIBUNAL

QUEVEDO – LOS RÍOS – ECUADOR

2017

AGRADECIMIENTO

Agradezco en especial a Dios Todopoderoso por permitirme estar firme a lo largo de mis estudios y mi vida. A mi familia. A todos aquellos maestros que impartieron sus enseñanzas. A todos y a cada una de las personas que de una u otra manera colaboraron en el desarrollo y ejecución de este Proyecto de Investigación.

MABEL BEATRIZ VERA MENÉNDEZ

DEDICATORIA

Al concluir el trabajo final, lo dedico con una expresión de agradecimiento, respeto y gratitud, primero a Dios, por ser el pilar fundamental de mi existencia, a mi Madre Beatriz, a mis tres tesoros que son el motor de mi vida, Ricardo Antonio, Ricardo de Jesús y Abel Antonio y a mi esposo Antonio por ser mi apoyo.

MABEL BEATRIZ VERA MENÉNDEZ

RESUMEN Y PALABRAS CLAVES

Dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación se incluyen todo tipo de obligaciones para los mismos. Entre estas obligaciones, tenemos que una de ellas, es contar con elementos administrativos y técnicos necesarios para la conducción de los arbitrajes, archivar laudos y actas de mediación para la consulta y la expedición de copias certificadas, y también cobrar los honorarios de los árbitros y establecer tarifas o métodos para su cálculo. Estas son las funciones propias de los centros: brindar apoyo para la conducción normal de un arbitraje. La administración de justicia es un servicio público que es prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley. En consecuencia, el Estado es responsable en los casos de error judicial, detención arbitraria, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso. Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, en virtud del recurso de revisión, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos en la forma señalada en este Código. Todas las servidoras y servidores de la Función Judicial, así como los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos a su cargo. Serán administrativa, civil y penalmente responsables por sus acciones u omisiones en el desempeño de sus funciones, según los casos prescritos en la Constitución, las leyes y los reglamentos. Serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley. Los jueces y árbitros son prestadores de un servicio público. Ante un daño se buscará una solución, acudiendo a un centro de mediación y arbitraje, que suele tratarse de instituciones de reconocida experiencia y prestigio, ofreciendo no sólo una nómina o lista de árbitros especializados, sino también las reglas adecuadas al tipo de los negocios involucrados en cualquier litigio, adaptadas – por la experiencia ganada a través del tiempo – a las necesidades que se plantean en materia de solución de controversias entre las partes contractuales.

Palabras claves: Partes contractuales, Responsabilidad contractual, Mediación, Arbitraje.

ABSTRACT AND KEY WORD

Within the Arbitration and Mediation Law and regulations of the centers operating all types of obligations thereof they are included. Among these they have administrative and technical resources necessary for the conduct of arbitrations elements, archive awards and acts of mediation for consultation and the issuance of certified copies, and also charge fees of arbitrators and establish rates or methods for calculation. These are the characteristics of the centers functions: to provide support for the normal conduct of arbitration. Similarly, the administration of justice is a public service that is provided in accordance with the principles established in the Constitution and the law. Consequently, the State is responsible in cases of miscarriage of justice, arbitrary detention, unwarranted delay or improper administration of justice, violation of the right to effective judicial protection, and violations of the principles and rules of due process. When a conviction is amended or revoked, under judicial review, the State will repair to the person who has suffered punishment as a result of such conviction and declared responsibility for such acts of servants or public administrative or judicial servers, he repeated against them in the manner described in this Code. All servers servants and the judiciary, whatever their denomination, function, work or degree as well as other justice, apply the principle of due diligence processes responsible. They will be administratively, civilly and criminally responsible for their actions or omissions in the performance of their duties, as the case prescribed in the Constitution, laws and regulations. The judges will be responsible for the damage caused to the parties by undue delay, negligence, denial of justice or violation of law, in accordance with the provisions of the Constitution and the law. In our legal system it has ruled that judges and referees are providers of a public service. When it is believed that damage happens and a solution is sought, normally attends a mediation and arbitration, which typically involve institutions of recognized experience and prestige, whose purpose is to serve as professional and non-profit parties litigants, offering not only a list or list of specialized referees, but also the rules appropriate to the type of business involved in any litigation, adapted - by the experience gained over time - to the needs that arise in the settlement of disputes between the contracting parties.

Keywords: Contractual parties, Contractual liability, Mediation, Arbitration

TABLA DE CONTENIDO

PORTADA.....	¡Error! Marcador no definido.
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHO	ii
AGRADECIMIENTO	vi
DEDICATORIA.....	vii
RESUMEN Y PALABRAS CLAVES.....	viii
ABSTRACT AND KEY WORD	ix
ÍNDICE DE TABLAS.....	xiv
ÍNDICE DE FIGURAS	xv
CÓDIGO DUBLIN	xvi
INTRODUCCIÓN.....	xvii
CAPÍTULO I.....	1
CONTEXTUALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	1
1.1. Problema de la investigación.....	2
1.1.1. Planteamiento del problema	2
1.1.1.1. Diagnóstico.....	3
1.1.1.2. Pronóstico.....	3
1.1.2. Formulación del problema.....	3
1.2.3. Sistematización del problema.....	4
1.3. Objetivos	4
1.3.1. Objetivo General	4
1.3.2. Objetivos Específicos	4
1.4. Justificación	5
CAPÍTULO II.....	6
FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA DE LA INVESTIGACIÓN	6
2.1. Marco Conceptual	7
2.1.1. Partes contractuales	7
2.1.2. Responsabilidad Contractual	8
2.1.3. Mediación	8
2.1.4. Arbitraje	9

2.2.	Marco Referencial	10
2.2.1.	La Mediación como medio alternativo	10
2.2.1.1.	La Mediación	11
2.2.2.	Arbitraje	18
2.2.3.	Relación contractual de las partes y la institución arbitral	18
2.2.3.1.	El consentimiento y su perfeccionamiento	19
2.2.3.2.	El objeto del contrato y sus elementos	20
2.2.4.	La causa del contrato	21
2.2.5.	Caracterización del contrato de administración de arbitraje	22
2.2.6.	La relación jurídica como contrato de mandato	23
2.2.7.	Similitudes con el contrato de mandato	24
2.2.8.	Diferencias con el contrato de mandato	26
2.2.9.	La responsabilidad en el mandato	27
2.2.10.	La relación jurídica como un contrato de arrendamiento de servicios	27
2.2.11.	Consecuencias de que la relación sea contractual	28
2.2.11.1.	El incumplimiento	29
2.2.11.2.	Culpa o dolo	30
2.2.11.3.	Daño	32
2.2.12.	Extensión de la indemnización	33
2.2.13.	Aplicación de la condición resolutoria tácita	37
2.2.14.	Prescripción	38
2.2.15.	Eximentes de responsabilidad	38
2.2.16.	La cláusula de exoneración de responsabilidad	39
2.2.17.	La mediación como forma de resolución alternativa de conflictos	41
2.2.18.	Consecuencias de que la responsabilidad sea extracontractual	41
2.3.	Jurisprudencia	42
2.4.	Legislación	43
2.4.1.	Constitución de la República del Ecuador, 2008	43
2.4.2.	Código Laboral Ecuatoriano, 2010	44
2.4.3.	Ley de Contratación Pública, 2011	44
2.4.4.	Ley de Arbitraje y Mediación, 2014	45
2.4.5.	Código Orgánico de La Función Judicial, 2009	46
2.5.	Derecho Comparado	47

2.5.1.	Código de Procedimiento Civil de Colombia, 2011	47
2.5.2.	Programa Nacional de Mediación De Argentina, 1995.....	48
CAPÍTULO III		51
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN		51
3.1	Localización.....	52
3.2	Tipos de investigación.	52
3.2.1.	Bibliográfica	52
3.2.2.	De campo	52
3.2.3.	Descriptiva.....	52
3.3.	Métodos de investigación	53
3.4.	Población y Muestra	53
3.5.	Fuentes de recopilación de información.....	56
3.5.1.	Primarias	56
3.5.2.	Secundarias	56
3.6.	Diseño de la investigación.....	56
3.7.	Instrumentos de la investigación	57
3.8.	Tratamiento de los datos.....	57
3.9.	Recursos humanos y materiales.....	57
3.9.1.	Humanos	57
3.9.2.	Materiales	58
3.9.3.	Presupuesto.....	58
CAPÍTULO IV		59
RESULTADOS Y DISCUSIÓN		59
4.1.	Análisis e interpretación de gráficos y resultados	60
4.1.1.	Encuesta a Moradores de la ciudad de Quevedo	60
4.1.2.	Encuesta a Profesionales del Derecho de la ciudad de Quevedo	65
4.1.3.	Entrevista.....	70
4.2.	Discusión	72

CAPÍTULO V	77
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	77
5.1. Conclusiones.....	78
5.2. Recomendaciones	79
CAPÍTULO VI.....	80
BIBLIOGRAFÍA.....	80
CAPÍTULO VII.....	85
ANEXOS	85

ÍNDICE DE TABLAS

Encuesta a Moradores de la ciudad de Quevedo

Tabla 1: La mediación para solucionar toda clase de conflictos	60
Tabla 2: Incentivar el uso de la mediación para el manejo de conflictos	61
Tabla 3: Quienes administran justicia deben sugerir la mediación	62
Tabla 4: Los principios procesales en materia de mediación y arbitraje.....	63
Tabla 5: Talleres de concientización sobre mediación y arbitraje.....	64

Encuesta a Profesionales del Derecho de la ciudad de Quevedo

Tabla 6: Indemnizar por los daños irrogados	65
Tabla 7: Responsabilidad por los perjuicios que por acción y omisión,	66
Tabla 8: La responsabilidad en la mediación y arbitraje	67
Tabla 9: Los principios procesales en materia de mediación y arbitraje.....	68
Tabla 10: Creación de talleres de concientización sobre mediación y arbitraje....	69

ÍNDICE DE FIGURAS

Encuesta a Moradores de la ciudad de Quevedo

Figura 1: La mediación para solucionar toda clase de conflictos.....	60
Figura 2: Incentivar el uso de la mediación para el manejo de conflictos.....	61
Figura 3: Quienes administran justicia deben sugerir la mediación.....	62
Figura 4: Los principios procesales en materia de mediación y arbitraje.....	63
Figura 5: Talleres de concientización sobre mediación y arbitraje.....	64

Encuesta a Profesionales del Derecho de la ciudad de Quevedo

Figura 6: Indemnizar por los daños irrogados.....	65
Figura 7: Responsabilidad por los perjuicios que por acción y omisión,.....	66
Figura 8: La responsabilidad en la mediación y arbitraje.....	67
Figura 9: Los principios procesales en materia de mediación y arbitraje.....	68
Figura 10: Creación de talleres de concientización sobre mediación y arbitraje.	69

CÓDIGO DUBLIN

Título:	LA RESPONSABILIDAD DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES			
Autor:	MABEL BEATRIZ VERA MENÉNDEZ			
Palabras clave:	Partes contractuales	Responsabilidad contractual	Mediación	Arbitraje
Fecha de publicación:				
Editorial:				
Resumen:	<p>Resumen: La administración de justicia es un servicio público que es prestado de conformidad con los principios establecidos en la Constitución y la ley. Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo injustificado, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley, de conformidad con las previsiones de la Constitución y la ley. En nuestro sistema jurídico se ha declarado que los jueces y árbitros son prestadores de un servicio público. Cuando se cree que ocurre un daño y se busca una solución, normalmente se acude a un centro de mediación y arbitraje, que suele tratarse de instituciones de reconocida experiencia y prestigio, cuyo objeto es servir de manera profesional y sin ánimo de lucro a las partes litigantes, ofreciéndoles no sólo una nómina o lista de árbitros especializados, sino también las reglas adecuadas al tipo de los negocios involucrados en cualquier litigio, adaptadas – por la experiencia ganada a través del tiempo – a las necesidades que se plantean en materia de solución de controversias entre las partes contractuales.</p> <p>.-Abstract. -The administration of justice is a public service that is provided in accordance with the principles established in the Constitution and the law. The judges will be responsible for the damage caused to the parties by undue delay, negligence, denial of justice or violation of law, in accordance with the provisions of the Constitution and the law. In our legal system it has ruled that judges and referees are providers of a public service. When it is believed that damage happens and a solution is sought, normally attends a mediation and arbitration, which typically involve institutions of recognized experience and prestige, whose purpose is to serve as professional and non-profit parties litigants, offering not only a list or list of specialized referees, but also the rules appropriate to the type of business involved in any litigation, adapted - by the experience gained over time - to the needs that arise in the settlement of disputes between the contracting parties.</p>			
Descripción:	Dimensiones, 29 X 21 cm + CD-ROM 6162			
URI:				

Introducción

El motivo que justificó el realizar esta investigación jurídica y doctrinaria, se debió al observar los continuos debates en las demandas que se suscitan y que de acuerdo a lo que manifiestan los jueces para lograr un arreglo extrajudicial, se sugiere la figura de la mediación o arbitraje, lo cual cuando las partes deciden someter sus controversias a arbitraje tienen dos posibilidades, que el arbitraje sea administrado o que sea independiente. Sin embargo existe el problema que si la opción es elegida para buscar la resolución de la disputa: la institución arbitral encargada de administrar la controversia al incurrir en algún determinado error, perjudicando a una de las partes, no se responsabiliza del mismo y el perjudicado tiene que asimilarlo muchas veces sin reclamo la parte perjudicada. De allí que surge una duda, ¿cuál es la naturaleza jurídica de la relación que poseen los suscriptores del convenio arbitral y el centro de arbitraje?

La primera postura es que se trata de una relación contractual y se sustenta en que ambas partes han llegado a un acuerdo para crear obligaciones, sin embargo, los resultados que pudieren resultar errados, el mediador no es responsable del hecho.

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

El fundamento de esta posición es que, en los procesos judiciales bajo la justicia ordinaria, las diligencias de calificación a la demanda, citación, notificación y resolución de la recusación, son responsabilidad de los jueces.

En el arbitraje administrado, la práctica de estas diligencias es responsabilidad de los directores del centro de arbitraje, presentando un fallo que deben acatar ambas partes en litigio. Dicha acción es necesario que el mediador sea totalmente responsable de sus actos y que en caso de perjudicar a una de las partes, por su culpa comprobada, se le indemnice inmediatamente.

CAPÍTULO I
CONTEXTUALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Problema de la investigación.

1.1.1. Planteamiento del problema

Con mayor frecuencia los particulares utilizan los mecanismos de solución alternativa de conflictos, y surge la duda de cómo se responsabilizan los centros de arbitraje por el desempeño de sus funciones y cuál es el alcance de esta responsabilidad. Debemos tomar en cuenta que es un principio consagrado por nuestro ordenamiento jurídico el que todo daño ocasionado ilícitamente debe ser reparado por quien lo causó. Es por ello que si la institución arbitral ocasiona perjuicios a los usuarios de sus servicios, debe, en principio, indemnizarles por los daños irrogados.

Es común encontrar en los reglamentos de los centros de nuestro país, una disposición que busca exonerarles de responsabilidad en los arbitrajes.

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

Una disposición muy similar está presente en los reglamentos de otros centros, como el Art. 18 del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, y el Art. 21 del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Ante estas disposiciones que buscan exonerar al centro de los perjuicios ocasionados a los usuarios del servicio nos preguntamos, ¿es válida esta cláusula de exoneración de responsabilidad? ¿De qué manera se puede limitar la responsabilidad de los centros? ¿Cuál es la naturaleza jurídica de los reglamentos de arbitraje en nuestro país?

Frente a esta problemática nuestro criterio es que la responsabilidad de la institución arbitral es contractual, siempre que no contravenga las disposiciones legales, el orden público, la moral o las buenas costumbres. Las cláusulas que actualmente se encuentran redactadas en los reglamentos de las instituciones arbitrales del país no son suficientes para

exonerarles de responsabilidad por sus incumplimientos, por lo que es perfectamente posible demandar el cumplimiento del contrato o su terminación, con una indemnización.

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

1.1.1.1. Diagnóstico.

Cuando las partes deciden someter sus controversias a arbitraje existe el problema que si la opción es elegida para buscar la resolución de la disputa: la institución arbitral encargada de administrar la controversia al incurrir en algún determinado error, perjudicando a una de las partes, no se responsabiliza del mismo y el perjuicio tiene que asimilarlo muchas veces sin reclamo la parte perjudicada.

1.1.1.2. Pronóstico.

Si no se aplica el interés común de que el mediador y el árbitro deben reconocer la responsabilidad dentro de este sistema de justicia ordinaria, buscando la forma más adecuada para resolver sus disputas y que cuando fallando dicha responsabilidad se perjudica a una de las partes en litigio, esto desmotivará a los actores de este mercado a utilizar el servicio de arbitraje y mediación, por lo que las instituciones arbitrales pueden verse en el riesgo de ser demandadas, por tal motivo se exigirá una indemnización para la parte perjudicada, producto de una errada mediación.

1.1.2. Formulación del problema.

Del análisis realizado sobre el problema presentado en nuestro contexto y fundamentado en la normativa vigente en nuestro país, me permito estructurar el siguiente problema:

¿De qué manera se podrán establecer los principios procesales en materia de mediación y arbitraje referente a responsabilidad de los mediadores frente a los usuarios?

1.2.3 Sistematización del problema

¿Cuáles son los razonamientos jurídicos y doctrinarios que permiten analizar la responsabilidad de los mediadores en materia de mediación y arbitraje?

¿Qué normativas dentro del marco jurídico se aplican en la relación de la responsabilidad de los mediadores en materia de mediación y arbitraje tomando el caso de países colindantes al Ecuador?

¿Cuáles son los mecanismos que permitirán establecer la creación de talleres de concienciación dirigidos a los administradores de justicia sobre los principios de mediación y arbitraje y su responsabilidad de los mediadores?

1.3 Objetivos

1.1.1. Objetivo General

Establecer la responsabilidad de los centros de arbitraje y mediación en el ejercicio de sus funciones.

1.1.2. Objetivos Específicos

- Analizar los razonamientos jurídicos y doctrinarios referentes a la responsabilidad de los mediadores en materia de mediación y arbitraje.
- Determinar la relación de la responsabilidad de los mediadores en materia de mediación y arbitraje tomando el caso de países colindantes al Ecuador conforme al Derecho Comparado.
- Establecer los mecanismos para la creación de talleres de concienciación dirigidos a los administradores de justicia sobre los principios de mediación y arbitraje y la responsabilidad de los mediadores.

1.2. Justificación

Se considera que los centros de mediación y arbitraje son una alternativa permanente e imparcial ante las partes en litigio. La aceptación se produce en el convenio arbitral, pero la notificación de esta aceptación se da cuando cualquiera de las partes presenta la demanda. Si ninguna notifica, el contrato no se ejecuta.

Por tal motivo, la importancia de esta investigación radica en que cada manifestación de voluntad, además de emitida, debe ser comunicada a la otra parte. No sería lógico que la institución arbitral se encuentre vinculada a las partes sin conocerlo. Solamente cuando la controversia surge y se presenta la demanda ante la autoridad de justicia competente, el centro tendrá conocimiento de la necesidad de su acción a seguir.

De igual manera, es necesario proceder a analizar en el transcurso de esta investigación jurídica, cada uno de los aspectos mencionados, oferta y aceptación, para demostrar dicha afirmación.

En el presente caso sí se cumple dado que precisamente los centros ofrecen sus servicios con la intención de que los particulares los seleccionen en sus convenios arbitrales. Además, que sea precisa o completa implica que posee todos los elementos necesarios para que el futuro contrato se perfeccione con la simple aceptación de las partes.

La cuestión es entender que cuando dicha figura jurídica falla, es necesario también tomar en cuenta la responsabilidad de quienes actúan como mediadores y determinar dicha responsabilidad de los mismos, beneficiando de esta manera a las partes en conflicto, cumpliendo los principios de eficacia, agilidad, celeridad y ética.

Los beneficiarios de esta investigación serán las personas que necesiten en algún momento de la intervención de los centros de arbitraje y mediación.

De igual manera, la trascendencia de esta investigación es hacer conciencia en los administradores de justicia para que por medio de la mediación se respeten los derechos y garantías constitucionales de los afectados.

Así mismo, la investigación fue factible realizarla ya que se contó con el apoyo de los docentes, autoridades de la UTEQ, Autoridades judiciales, moradores del cantón Quevedo y abogados en libre ejercicio.

CAPÍTULO II

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Marco Conceptual

2.1.1. Partes contractuales

El derecho contractual a veces se describe como un sistema de derecho de decisiones privadas.

“La parte contractual es la base para las relaciones de negocios, que es el medio de la estructuración de las relaciones comerciales. Las empresas tienen un gran rango de autonomía en la fijación de las condiciones de sus contratos. Contratos crean el derecho privado que regirá la relación entre las partes, crean las normas individuales”.¹

Un contrato es un acuerdo jurídicamente vinculante entre dos o más partes. Un acuerdo contractual requiere la intención de crear relaciones jurídicas. El contrato es el conjunto de mutuas promesas, las promesas de una de las partes es la consideración de las promesas de la otra parte.

“Las promesas hechas por las partes definen los derechos y obligaciones de las partes. El contrato permite a las partes para definir su relación, que es el medio de relaciones de estructuración. El principio fundamental del carácter vinculante de los contratos (*pacta sunt servanda*) requiere que el acuerdo se hará en condiciones de plena competencia”.²

Los contratos son vinculantes para las partes pueden hacerse cumplir por ellos en los tribunales. Si una de las partes cumple con sus obligaciones contractuales y la otra parte no existe un "incumplimiento de contrato" y la parte ofendida tiene derecho a recibir indemnizaciones a través de los tribunales.

¹FOLBERG J. TAYLOR A. *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. México DF, México: LIMUSA Ediciones.(2011).

²MEJIA GÓMEZ J.K. *Mediación como forma de tutela judicial efectiva*. Valencia, España: El Derecho Editores.(2014).

2.1.2. Responsabilidad Contractual

La Responsabilidad Contractual se presenta en caso de incumplimiento de la ejecución del contrato.

“La Responsabilidad en el contrato se basa en el compromiso voluntario de las obligaciones por el individuo y por lo tanto se diferencia de la responsabilidad en los agravios que se imponen por la ley y que se basa en la actividad de los individuos”.³

La Responsabilidad Contractual establece que las controversias que surjan en virtud del contrato deben ser resueltas por mediación extrajudicial. Tales cláusulas generalmente incluyen el nombre de la organización que va a dirigir el arbitraje, la ciudad en la que se llevará a cabo el arbitraje, y el método para la selección de los árbitros.

2.1.3. Mediación

“Mediar es interceder o rogar por alguien también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.....”⁴

La mediación es una actitud positiva que permite a las partes llegar a un arreglo sustancial con beneficios acordados para ambos y que no termine en enemistad o desuniones lamentables.

“Mediación (Mediation) del latín mediato (de mediare, interponerse) Procedimiento pacífico para la solución de conflictos..... Se distingue del Arbitraje por el hecho que llega a una solución que es propuesta pero que no es impuesta a las partes....”⁵

La Ley de Arbitraje y Mediación al referirse a la mediación manifiesta que el objetivo es buscar soluciones a los problemas en disputa.

“TÍTULO II.- DE LA MEDIACIÓN, Art. 43.- La mediación es un procedimiento neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.”⁶

³CABANELLAS, GUILLERMO. (2011). *DICCIONARIO DE DERECHO USUAL*. BUENOS AIRES.

⁴GONZAINE, Osvaldo “Formas alternativas para la resolución de conflictos”

⁵GUAGLIONE, Horacio “Diccionario Jurídico” 1966

⁶Ley de Arbitraje y Mediación Ley s/n (Registro Oficial 145, 4-IX-97).

Mediante la mediación se podrán resolver cualquier problema o conflicto entre dos partes, para evitar llegar a un proceso tedioso y costoso.

“En un procedimiento de mediación judicial, un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes a solucionar su controversia de manera mutuamente satisfactoria. Cualquier acuerdo al que lleguen las partes se formaliza en un contrato. La experiencia muestra que los litigios en materia de propiedad intelectual suelen culminar en un acuerdo. La mediación es un modo eficaz y económico de alcanzar ese resultado manteniendo, y en ocasiones mejorando, la relación entre las partes.”⁷

El mediador es el encargado, previa aceptación de las partes, de buscar soluciones a los conflictos en pos de la satisfacción de los demandantes y demandados.

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI la define así “La mediación es ante todo un procedimiento no obligatorio. Ello significa que, aun cuando las partes hayan convenido en someter una controversia a la mediación, no están obligadas a continuar el procedimiento de mediación después de la primera reunión. En este sentido, las partes controlan siempre la mediación. La continuación del procedimiento depende de que éstas sigan aceptándolo”⁸

Por lo tanto, mediación es el procedimiento en el que los participantes, con la asistencia de una persona imparcial consideran alternativas para llegar a un acuerdo siempre que se trate de cuestiones que el ordenamiento jurídico permita negociar y que no estén expresamente prohibidas, allí el mediador aísla las cuestiones en disputa con el objeto de desarrollar opciones mutuamente aceptables.

2.1.4. Arbitraje

La clara ventaja del Centro de Arbitraje y Mediación es un procedimiento de arbitraje con un calendario claramente definido, proceso eficiente y rápida resolución.

“Con el fin de hacer esto posible, actúa como árbitro, con diligencia estudia toda la profundidad de cada circunstancia, incluso antes de la primera reunión. Esto le permite realizar el caso de manera eficaz y eficiente. Se decide, con el consentimiento de todas las

⁷R.A. Baruch Bush. & Joseph.P. Folger. La Promesa de Mediación. Editorial Ediciones GRANITA S.A. Argentina. Buenos Aires. 2008

⁸Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI. 2010

partes, el orden de las pruebas presentadas en el caso y cuando se escuchará cada parte. En esta reunión también se fija una fecha para la decisión arbitral, haciendo que el proceso que se conoce de antemano y más fácil para todos a cumplir”.⁹

Esta alternativa intenta resolver la disputa por el bien de todos los participantes en un proceso corto definido, que permite a las partes seguir adelante con sus vidas y negocios con la menor interrupción posible.

2.2. Marco Referencial

2.2.1. La Mediación como medio alternativo

La mediación es actualmente un medio alternativo disponible para la salida de disputas y cuya ventaja es facilitar una mejor solución, para evitar que se degenere la conducta en las relaciones humanas, facilitando una mejor calidad de vida y promoviendo la paz social.¹⁰

La mediación constituye un procedimiento pacífico para resolver conflictos, su objetivo es llegar a un acuerdo rápido y económico en términos de tiempo, dinero y esfuerzo, para ambas partes, lo cual sería difícil de conseguir cuando los procesos se realizan dentro del sistema judicial.

Se la define como un:

“sistema de negociación asistida, mediante el que los participantes implicados en un problema intentan resolverlo por sí mismas, con la ayuda de un tercero imparcial que actúa como guía en el proceso de consecución de una salida viable y beneficiosa para las partes”

//

Los interesados buscan alternativas posibles de solución y tratan de controlar el proceso cuyo desarrollo debe ser rápido e informal. La decisión que se tome será elaborada por ellos mismos y no por terceras personas, como en el caso de un pronunciamiento judicial,

⁹BENNETT G. Picker. (2010). *Guía práctica para la mediación: Manual para la resolución de conflictos*. Buenos Aires, Argentina: PIADOS Ediciones.

¹⁰ Morocho, Moncayo Jorge, “La Mediación y la Conciliación en la Legislación Civil Ecuatoriana”, Epicentro Cía. Ltda., Riobamba- Ecuador, Primera Edición 2004.

¹¹ URIBE RESTREPO, Fernando. *El Derecho de la Integración en el Grupo Andino*. Quito, Ecuador. 2010.

pues el propósito de la mediación es evaluar sus propias posibilidades, límites, ganancias y posibles pérdidas fruto del acuerdo al que se arribe.

“Se trata de una instancia voluntaria a la que asisten las partes interesadas solas o, asistidas por sus abogados. Su objetivo primordial es superar el conflicto, arribando a un acuerdo que evite la necesidad de recurrir a la administración de justicia”.¹²

Es un proceso donde no existen ganadores ni perdedores, pues todos los involucrados son beneficiados por los acuerdos que resulten, de igual manera, a través de la mediación, las relaciones personales y comerciales no se deteriorarán ni destruirán como ocurre cuando el proceso se dilata por tramitación de prolongados juicios y trámites.

2.2.1.1. La Mediación

“Mediar es interceder o rogar por alguien, también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.....”¹³

La mediación es una actitud positiva que permita que dos partes lleguen a un arreglo sustancial con beneficios acordados para ambos y que no termine en enemistad o desuniones lamentables.

“Mediación (Mediation) del latín mediato (de mediare, interponerse) Procedimiento pacífico para la solución de conflictos..... Se distingue del Arbitraje por el hecho que llega a una solución que es propuesta pero que no es impuesta a las partes....”¹⁴

La Ley de Arbitraje y Mediación al referirse a la mediación dice en el

“TÍTULO II.- DE LA MEDIACIÓN, Art. 43.- La mediación es un procedimiento neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.”¹⁵

“En un procedimiento de mediación, un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes a solucionar su controversia de manera mutuamente satisfactoria. Cualquier acuerdo al que

¹² Ídem

¹³GONZALINE, Osvaldo “Formas alternativas para la resolución de conflictos”

¹⁴GUAGLIONE, Horacio “Diccionario Jurídico” 1966

¹⁵Ley de Arbitraje y Mediación Ley s/n (Registro Oficial 145, 4-IX-97).

lleguen las partes se formaliza en un contrato. La experiencia muestra que los litigios en materia de propiedad intelectual suelen culminar en un acuerdo. La mediación es un modo eficaz y económico de alcanzar ese resultado manteniendo, y en ocasiones mejorando, la relación entre las partes.”¹⁶

La Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI la define así

“La mediación es ante todo un procedimiento no obligatorio. Ello significa que, aun cuando las partes hayan convenido en someter una controversia a la mediación, no están obligadas a continuar el procedimiento de mediación después de la primera reunión. En este sentido, las partes controlan siempre la mediación. La continuación del procedimiento depende de que éstas sigan aceptándolo”¹⁷

Por lo tanto, mediación es el procedimiento en el que los participantes, con la asistencia de una persona imparcial, consideran alternativas para llegar a un acuerdo siempre que se trate de cuestiones que el ordenamiento jurídico permita negociar y que no estén expresamente prohibidas, allí el mediador aísla las cuestiones en disputa con el objeto de desarrollar opciones mutuamente aceptables.

2.2.1.2. Proceso histórico de la mediación

Thesmonetas (Grecia Antigua):

“Se encargaba la disuasión y preservación de los espíritus en crisis para avenirlos en transacción o compromisos arbitrales”¹⁸

En el Derecho Romano existían los jueces desavenencia y, en la época de Cicerón, los juicios de árbitros de equidad.

El Tribunal de Aguas de Valencia (1239) mediaba entre los campesinos para regular el uso del agua. Se reunía una vez por semana en las puertas de la Catedral de Valencia.

¹⁶R.A. Baruch Bush. & Joseph.P. Folger. La Promesa de Mediación. Editorial Ediciones GRANITA S.A. Argentina. Buenos Aires. 2008

¹⁷Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI. 2010

¹⁸DERECHO ROMANO, Notas de clase Universidad Central del Ecuador, Escuela de Derecho. Quito. 2011

En México (Oaxaca) se regulaban los conflictos populares combinando procesos y culturas indígenas y castellanas. La idea Zapoteca de "balance" procuraba restablecer el equilibrio en las relaciones interpersonales.

En la primera Conferencia por la Paz de La Haya (1899) los Estados acuerdan:

"...el papel del mediador consiste en conciliar las reclamaciones antagónicas y apaciguar los sentimientos de agravio que puedan haber surgido entre los estados desavenidos. " ¹⁹

En el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Art. 12) se describen las funciones del mediador y las principales características del proceso.

En la antigüedad estaba configurada la componenda de las partes más no investía un acto de decisión.

La mediación, ha ido perfeccionándose, como toda institución y ha llegado a adquirir importancia y trascendencia; se ha ido reforzando su eficacia a lo largo de su existencia como método efectivo para proporcionar soluciones más viables a los litigios.

El sistema aparece como participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o a interesados. Más tarde pasó hacer el apaciguamiento real o intentado en una controversia, conflicto o lucha.

Mediación es "Intervención, intercesión, conciliación".

Dentro del estudio del derecho se toma la materia de Derecho Internacional Público, allí se analiza las posibilidades de la solución pacífica de las controversias y ésta se viabiliza a través de figuras como la negociación, los buenos oficios, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Luis Solari Tudela dice

"Esta solución pacífica de las controversias, son tratadas tanto la Carta de las Naciones Unidas como la Carta de la OEA. En la Carta de Naciones Unidas el artículo 1º se señala "lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional..."²⁰

¹⁹CABANELLAS Guillermo "Diccionario Jurídico Elemental" Buenos Aires, Editorial Heriasta. 2010. pag. 253

²⁰Luis Solari Tudela. Mediación. Editorial Karma. 2011

Estos medios pacíficos que hace referencia el artículo 1º se recogen en el artículo 33 de la carta en mención.

La Carta de la OEA establece en su artículo 3º, inciso h, que:

"las controversias de carácter internacional que surjan entre dos o más Estados Americanos deben ser resueltas por medio de procedimientos pacíficos".

Pasa a detallar éstos en su artículo 24 así

"...la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje...".²¹

Estos organismos consideran otras formas de solucionar controversias de forma pacífica y entre los medios considerados, está la mediación y el arbitraje.

“En el sistema procesal se ha contemplado, como fórmula para concluir un litigio, la instancia denominada "audiencia de conciliación". No obstante, ésta se ha depreciado, pasando a convertirse en un trámite más; a la que asisten los abogados para ratificarse y ventilar los fundamentos de hecho y de derecho contenidos en la demanda y en su contestación ante el funcionario del juzgado, que no es necesariamente el Juez de la causa.”²²

La práctica judicial y la tendencia a la confrontación han desaprovechado este valioso recurso para resolver -por mejor vía- el conflicto. Creo que en parte, se debe a la misma enseñanza del Derecho, que esta inclinada a formar abogados litigantes; tenemos como fin solucionar conflictos exclusivamente por medio del juicio; no estamos adiestrados para evitar o prevenir el litigio mediante el uso de otros procesos. La corriente mundial actual, determina que el Ecuador se inscriba dentro de los mecanismos alternativos para resolver conflictos y la vieja conciliación judicial se robustece en la figura del arbitraje como institución jurídica autónoma e independiente.²³

Hoy se buscan medios rápidos para resolver controversias, y se utiliza la mediación y el arbitraje para solucionar diferendos entre personas (tanto naturales como jurídicas),

²¹Luis Solari Tudela. Mediación. Editorial Karma. 2011

²² BENNETT G., Picker. Guía práctica para la mediación: Manual para la resolución de conflictos Buenos Aires. Editorial Piados 2010. 155p

²³ Morocho, Moncayo Jorge, “La Mediación y la Conciliación en la Legislación Civil Ecuatoriana”, Epicentro Cía. Ltda., Riobamba- Ecuador, Primera Edición 2009.

considerándose como un instrumento valioso y más humano, que llevar a los Tribunales de Justicia la causa tema del conflicto, siempre que las disposiciones legales no lo prohíban y puedan ser resueltos a través de las opciones a las que hago referencia.

2.2.1.3. La mediación en la socialización de conflictos

"La mediación, en tanto espacio intencionalmente organizado para facilitar conversaciones y negociaciones facilitadas profesionalmente por un tercero, se convierte en un proceso que por su particular organización, cuestiona las relaciones de poder dentro de la familia. En el tratamiento de conflictos en familias atravesadas por violencia doméstica puede constituir un dispositivo que, reconociendo las limitaciones con las que se trabajará, permite crear condiciones que favorezcan la instalación de un proceso de democratización de las relaciones."²⁴

Es importante manifestar que la Resolución Alternativa de Conflictos, tiene historia en los distintos pueblos. La mediación es tan antigua como el conflicto, nació junto con la vida del hombre en sociedad, sin embargo, hace poco tiempo apareció una nueva idea sobre la Mediación que emplea principios técnicos, conocimientos, habilidades del mediador, y normas éticas para su ejercicio.

En el Ecuador, en virtud de lo que establece el artículo 190, en cuanto a los medios alternativos de solución de conflicto, la actual Constitución de la República del Ecuador

“reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la Ley, que someten las partes de mutuo acuerdo, sobre una materia transigible, de carácter extra judicial y definitivo, que ponga fin a un conflicto.”²⁵

A partir de la vigencia del mencionado precepto constitucional, particularmente en la contratación pública, la Procuraduría General del Estado ha impulsado la inclusión de una cláusula contractual de solución de divergencias o controversias que se deriven entre *las* partes a través de los mecanismos alternativos de arbitraje y mediación, esto con el objetivo de descongestionar a la función judicial e impulsar la cultura del diálogo, y para

²⁴ VII Congreso Internacional .Derecho de Daños. Responsabilidades en el Siglo XXI. Octubre 2012. Buenos Aires.

²⁵ Constitución de la República del Ecuador, Sección Octava sobre los medios alternativos de solución de conflictos, Art. 109.

que las entidades del sector público, de manera previa a concurrir a los juzgados y tribunales de justicia, concurren a hacer valer sus derechos a los centros de Mediación y Arbitraje para precautelar los intereses del Estado.²⁶

2.2.1.4. Los Centros de Mediación

Los Centros de Mediación contribuyen a que se genere una conducta de paz, y están orientados a practicar el siguiente lineamiento en la prestación del servicio de Mediación:

“Brindar un servicio profesional y ágil en materia de conflictos familiares y de esta manera un conflicto familiar resuelto por la vía judicial demoraría en resolverse varios meses, a través de mediación puede requerir una sola sesión para concluirse, con la satisfacción de ambas partes, puesto que en la mediación todos ganan.²⁷

Promover una solución económica. La mediación, por su dinámica, significa ahorro de dinero, tiempo, energías, pero sobre todo evitar la carga emocional. Además, previene y resuelve los conflictos en el menor tiempo posible y con el menor costo.²⁸

Adaptabilidad. La mediación se adapta a las necesidades de las partes y busca satisfacer sus intereses. Desde luego ello implica que ambas partes concedan algo en beneficio del otro”.²⁹

“En la antigua China, la conciliación y la mediación fueron los principales recursos para resolver desavenencias, e incluso establece la historia que existió un emperador que había ordenado que los Tribunales fuesen lugares sucios, de condiciones insalubres, donde además el personal tratase de forma grosera al público. De esta manera trataba de desincentivar a sus súbditos, para que no recurrieran al litigio y resolvieran sus conflictos a través del diálogo. La mediación se sigue ejerciendo en la República Popular China a través de los comités populares de conciliación”.³⁰

“La filosofía de Confucio (551 – 479 A.C.), también influyó enormemente en el modo de actuar del pueblo chino, el expreso: “La resolución optima de una desavenencia se logra a través de la persuasión moral y el acuerdo, no bajo la coacción.

²⁶ Morocho, Moncayo Jorge, “La Mediación y la Conciliación en la Legislación Civil Ecuatoriana”, Epicentro Cía. Ltda., Riobamba- Ecuador, Primera Edición 2004.

²⁷Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. www.projusticia.gov.ec 2013

²⁸Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. www.projusticia.gov.ec 2013

²⁹Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. www.projusticia.gov.ec 2013

³⁰Mediación, Cultura del Diálogo – Harold Lantan. Editorial Heriasta. 2011

En Japón, país de rica tradición mediadora en sus leyes y costumbres, el líder de una población se transformaba en mediador para ayudar a sus miembros a resolver sus diferencias. Con el tiempo se aprobaron disposiciones legales para que los tribunales japoneses emplearan la conciliación de forma habitual”.³¹

La regulación de la conciliación en este país, fue aprobada antes de la segunda guerra mundial”.- Como nota curiosa se menciona que Japón, gracias a su vocación de dialogo y de resolver sus conflictos a través de la mediación y la conciliación, existen más japoneses dedicados al arreglo floral que abogados.³²

“En la antigua Roma, las Doce Tablas respetaban el acuerdo que hubiesen alcanzado las partes. El célebre orador romano Cicerón, favorecía la conciliación, fundamentando su posición en el aborrecimiento de los pleitos, diciendo de la conciliación que era un acto de liberalidad digno de elogio para quien lo realizaba”.

“En los Estados Unidos, los primeros cuáqueros ejercían tanto la mediación como el arbitraje para resolver sus desacuerdos comerciales, sin recurrir al litigio. No obstante, los antecedentes y modelos de mediación más conocidos en los Estados Unidos provienen de los procedimientos de resolución de desavenencias laborales industriales”.

Fomentar el empleo de la mediación facilita la solución de conflictos y contribuye a evitar las preocupaciones y la pérdida de tiempo y dinero asociados a los pleitos judiciales, lo cual, a su vez, permite al ciudadano defender sus derechos con eficiencia.

La mediación se aplica a los pleitos transfronterizos en materia civil y mercantil. Abarca los conflictos en los que al menos una de las partes está domiciliada en un Estado miembro distinto del de las demás en la fecha en la que todas ellas convienen en acogerse a la mediación o en la fecha en que un órgano jurisdiccional ordena la mediación.³³

La mediación, entonces, está dirigida a los problemas que generalmente se suceden en lo relacionado a materia civil y mercantil.

³¹ Ídem

³² Mediación, Cultura del Diálogo – Harold Lantán. Editorial Heriasta

³³ Sala Giner, Daniel. 2007. La milenaria Acequia de Mislata. Javier Boronat Editor. Valencia. 183 páginas.

2.2.2. Arbitraje

“El arbitraje es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes”³⁴.

Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales.

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

Sobre la base de este enunciado, el arbitraje parece ser una construcción triangular, con la participación de al menos dos partidos de oposición (demandante y demandado) y un tomador de decisiones (el tribunal arbitral), por lo tanto, debe regirse en los requisitos de existencia y validez en la relación contractual de las partes y la institución arbitral.

El Arbitraje se define generalmente como "un proceso por el cual las partes consensualmente someten una controversia a un tomador de decisiones no gubernamental, seleccionada por o para las partes, una decisión vinculante para resolver una controversia de conformidad con neutro, los procedimientos de adjudicación que ofrezcan las partes un oportunidad de ser escuchado".³⁵

Sin embargo, en muchos o en la mayoría de los casos, existe una entidad mayor que desempeña un papel decisivo en el desarrollo del arbitraje: la institución arbitral, la función básica de la que es la administración de un procedimiento arbitral. Además de sus funciones administrativas, las instituciones arbitrales a veces actúan como adjudicadores (tomadores de decisiones). Este es especialmente el caso si hay una disputa entre las partes, sobre determinadas cuestiones de procedimiento o de organización (por ejemplo, si un árbitro debe o no debe ser retirado por falta de independencia o imparcialidad).

³⁴Mediación, Cultura del Diálogo – Harold Lantan. Editorial Heriasta. 2011

³⁵HAROLD LANTAN. *Mediación, Cultura del Diálogo*. Editorial Heriasta. México DF. 2011

2.2.3.1. El consentimiento y su perfeccionamiento

La formación de un contrato requiere una negociación en la que hay una manifestación de mutuo consentimiento o el intercambio.

“Un contrato se forma cuando una de las partes (el "oferente") hace una oferta que es aceptada por la otra parte (la "afectada").

Una oferta es una propuesta para formar un contrato. Puede ser verbal o por escrito.

Una aceptación es el asentimiento del destinatario de la oferta a los términos de la oferta. Puede ser tácito, por signo o conducta (incluido su desempeño por la oferta), verbal o por escrito”.³⁶

Ningún contrato se forma hasta que el destinatario acepta una oferta que no se expresa como "no vinculante". El consentimiento es la base para la responsabilidad contractual.

“En general, el oferente es libre de revocar la oferta en cualquier momento antes de la aceptación por el destinatario. Hasta que una oferta es aceptada, el oferente es gratis a menos que sea comprometido a mantener la oferta abierta de revocar la oferta.

Una oferta que se ha terminado no se puede aceptar.

En lugar de aceptar el destinatario puede hacer una contraoferta y empezar la negociación. Una contra-oferta, como un rechazo total, termina el poder legal del destinatario de la oferta de aceptación. En ofertas complejas la negociación es el núcleo de la negociación que permite la reunión de las mentes y el consentimiento de un acuerdo equilibrado. . Durante la negociación las partes pueden firmar acuerdos no vinculantes (cartas de intención, memorando de entendimiento, etc.).”³⁷

Una de las partes puede utilizar condiciones estándar en su oferta o aceptación (tales como las condiciones generales de venta o de compra). Esto puede conducir a la batalla de la forma. Cada día los contratos son generalmente contratos de adhesión, en el que no puede haber una modificación de las condiciones.

³⁶CABANELLAS, GUILLERMO. (2011). *DICCIONARIO DE DERECHO USUAL*. BUNOS AIRES.

³⁷Valencia Zea, Arturo, Derecho Civil, Tomo Iv De Los Contratos, Edición Editorial Temis Colombia 1970.

2.2.3.2. El objeto del contrato y sus elementos

El objeto de un contrato es someter las controversias a un sistema diferente del judicial, debe contener alguna expresión que indique la existencia o posible existencia de la voluntad de las partes.

Dos individuos o entidades pueden llegar a un acuerdo con respecto a cualquier curso de los negocios y poner este acuerdo en la forma de un contrato.

“Si una de las partes no confirmamos su parte del trato, la parte no infractora podrá emprender acciones legales por este incumplimiento. Con el fin de prevalecer con una demanda tal, la parte actora deberá establecer ciertos elementos legales”.³⁸

Un acuerdo puede hacerse verbalmente, en un apretón de manos y muchos contratos no implican un escrito. .La mayoría de los contratos son ejecutables si son orales o escritas.

“En las relaciones comerciales no se requiere una escritura, pero es muy recomendable para la precisión y el rigor de los términos. Tener que establecer los términos de la contratación obliga a las partes a pensar en las obligaciones respectivas y la firma del contrato subraya el compromiso asumido. Al concluir el contrato sobre la mera base de las discusiones es probable que deje un montón de condiciones sin resolver. Esto aumenta las dificultades potenciales de acuerdo a fecha posterior, en un momento de dificultades de rendimiento, lo que conducirá a un deterioro de la relación y diferencias. En caso de un litigio para hacer cumplir el contrato o demandar por daños y perjuicios, un contrato escrito reducirá la disputa sobre los términos del contrato. Además en un contacto oral, las partes pueden tener diferentes recuerdos de lo que acordaron finalmente como resultado de las discusiones”.³⁹

Algunos tipos de contratos deben ser por escrito para ser ejecutados. Requisitos de las leyes estatales varían de un país a otro, pero en la mayoría de los países, un contrato para la venta de bienes por \$ 500 o más deben hacerse por escrito (ley_de_fraudes).

³⁸ Borda, Guillermo A. Manual de Contratos. Óp. Cit. p. 82. 2013

³⁹Fores Macall, Roberto, abuso del derecho en los contratos de mutuo, simple e hipotecarios en El Salvador.2014

2.2.4. La causa del contrato

Desde siempre se ha tenido como punto de discusión el asunto relativo a la definición de la causa y por qué se quiere o se puede producir un efecto jurídico.

“Ya que nos podemos encontrar con distintas categorías, esto debido a las funciones que realicen las causas, como son:

- ← Causa De La Atribución Patrimonial: Toda atribución o traslado de la titularidad de bienes o derechos patrimoniales necesita una causa, razón o justificación.
- ← Causa De La Obligación: Se refiere únicamente a la fuente de la obligación.
- ← Causa Del Contrato: función o propósito práctico que las partes persiguen al realizar un determinado contrato.”⁴⁰

La causa del contrato es la función concreta del contrato; siendo el contrato la única fuente de producción de los efectos.

Antes de abundar en nuestros puntos principales de a investigación, lo primero que se debe hacer es definir a la causa, pero hacerlo dentro de las obligaciones jurídicas.

“Para el Derecho civil, para que nazcan los actos jurídicos provenientes de un contrato, debe existir una causa, que, justifique la acción que se va a realizar. Esto es, el motivo preciso por el cual las partes llevaron a cabo dicho contrato”.⁴¹

Se dice que un contrato no tiene causa cuando las manifestaciones de voluntad no son las correspondientes con la función social que debe cumplir; tampoco cuando se simula una causa. Esto quiere decir que el contrato debe tener causa, y esta ha de ser existente, verdadera y lícita.

“Es uno de los requisitos básicos para la existencia del contrato. Es el motivo fundamental por el que cada contratante se obliga frente al otro. Así, uno se obliga a pagar un precio

⁴⁰Arias, José, Contrato Civiles Teoría Y Practica, Tomo Ii, Compañía Argentina De Editores Sociedad De Responsabilidad Limitada Tecuman, 826 Buenos Aires 2011.

⁴¹Valencia Zea, Arturo, Derecho Civil, Tomo Iv De Los Contratos, Edición Editorial Temis Colombia 2015.

porque el otro se obliga a entregar una mercancía; un contratante se obliga a beneficiar a otro, sin recibir nada a cambio, porque quiere recompensarle un servicio ya efectuado”⁴².

Los motivos referidos no tienen relevancia jurídica mientras son lícitos: la causa es el motivo estereotipado en los grandes grupos de contratos. Cuando el motivo es ilícito o inmoral, adquiere relieve propio: aparece el concepto de causa ilícita, eclipsando el concepto estereotipado, y se perfila la nulidad del contrato.

2.2.5. Caracterización del contrato de administración de arbitraje

El contrato de administración de arbitraje tiene las siguientes características.

“En primer lugar, es un contrato plurilateral, como mencionamos al hablar de la causa del contrato. En segundo lugar, es un contrato oneroso porque su objeto es la utilidad de las partes que se evidencia a través de las obligaciones recíprocas que contraen.”⁴³

Todos los celebrantes de este contrato reportan un beneficio. Las partes reciben el servicio de administración y el centro recibe el pago por sus servicios. Un contrato conmutativo porque la ganancia o pérdida no depende de ningún acontecimiento incierto.

“En palabras de nuestro Código Civil, El contrato oneroso es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, se llama aleatorio”.⁴⁴

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

⁴²Bennett G. Picker. (2010). *Guía práctica para la mediación: Manual para la resolución de conflictos*. Buenos Aires, Argentina: PIADOS Ediciones.

⁴³ Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Contractual*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2012 p. 90.

⁴⁴ Código Civil. Óp. Cit. Artículo 1457. 2012

“Y la institución arbitral debe proporcionar sus servicios. Debe hacerse una precisión sobre el carácter solemne o consensual de este contrato. Consideramos que este contrato es consensual porque queda perfeccionado con el simple consentimiento”.⁴⁵

No se requiere de ninguna solemnidad para perfeccionarlo. Como explicamos, éste contrato se perfecciona cuando la oferta de administración de arbitraje del centro es aceptada por las partes. Esta aceptación se da en el convenio arbitral y luego es notificada al centro a través de la presentación de la demanda. En ningún momento se exige que todas las partes, los suscriptores del convenio arbitral y el centro, comparezcan a dejar por escrito su contrato.

2.2.6. La relación jurídica como contrato de mandato

De acuerdo a nuestro Código Civil “mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera”.⁴⁶

El mandato se entiende que es una gestión de negocios, gestión de un determinado asunto o la salvaguardia de ciertos asuntos del mandante.

“Se entiende que la esencia del mandato es desempeñar una actividad jurídica por parte del mandatario por cuenta del mandante”.⁴⁷

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

⁴⁵ Pratesi, Juan Carlos. “Clasificación de los Contratos”. Tratado... Óp. Cit. p. 47. 2013

⁴⁶ Código Civil. Óp. Cit. Art. 2020. 2012

⁴⁷ O'Callaghan, Xavier. “Contrato de mandato. Concepto y clases”. Compendio de Derecho Civil. Tomo 2 (Obligaciones y Contratos) Volumen 2. Madrid: Edersa, 2012, p. 1.

2.2.7. Similitudes con el contrato de mandato

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

“Bajo la ley francesa, la relación entre las partes es similar a un contrato de agencia, en la medida en que la institución se compromete a realizar diversas tareas que se enumeran en su reglamento y aceptados por las partes, al menos implícitamente, cuando eligen esa institución en su acuerdo de arbitraje”.⁴⁸

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

“En la categorización del contrato entre la institución de arbitraje y las partes contendientes como una agencia, se argumenta que la institución organiza y administra la referencia arbitral en nombre de las partes que actúan como su agente. En el desempeño de esta función, la institución arbitral actúa como representante de las partes contendientes a los árbitros que nombre a decidir su disputa. Para la realización de las funciones acordadas, las partes contendientes remuneran la institución de arbitraje”.⁴⁹

En primer lugar, en virtud del contrato de administración de arbitraje, el centro puede designar los árbitros cuando las partes no hayan llegado a un acuerdo o cuando así lo hayan pactado. “Esta designación normalmente corresponde a las partes y cuando el árbitro acepta, existe una relación contractual entre los árbitros y las partes llamada contrato de compromisario”.⁵⁰

Cuando las partes no llegan a un acuerdo o simplemente consienten en que los árbitros sean designados por la institución arbitral, están encargando la celebración de un contrato al centro, el contrato de compromisario. En este caso existe un acto jurídico llevado a cabo por la institución por encargo de las partes. En segundo lugar, el centro también realiza los pagos de los honorarios a los árbitros. En este caso también existe una actividad jurídica que consiste en extinguir la relación existente entre los suscriptores del convenio arbitral y

⁴⁸ Gaillard Emmanuel y John Savage. Fouchard Gaillard... Óp. Cit. p. 603. 2012

⁴⁹ Onyema, Emilia. “Other collateral contracts”. International Commercial... Óp. Cit. Sección 4.1.2. 2012

⁵⁰ Abeliuk Manasevic, René. “El arbitraje y las obligaciones de las partes... Óp. Cit. pp. 44 y 45. 2012

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

“Art. 2062.- El mandante está obligado:

1. A proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato;
2. A satisfacerle los gastos razonables causados por la ejecución del mandato;
3. A pagarle la remuneración estipulada o usual;
4. A pagarle las anticipaciones de dinero con los intereses corrientes; y,
5. A indemnizarle de las pérdidas en que haya incurrido sin culpa, y por causa del mandato. No podrá el mandante exonerarse de cumplir estas obligaciones, alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menos costo, salvo que le pruebe culpa.”⁵¹

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

El mandato es consensual, al igual que el contrato de administración de arbitraje.

Sería un mandato especial porque es para la administración de un negocio específico.

Otra de las similitudes que encontramos entre ambos es la confianza. El mandato “tiene origen en la confianza recíproca y especialmente en la confianza que al mandante le inspira el mandatario”.⁵²

El contrato de administración de arbitraje también se basa en la confianza. Justamente, una de las principales razones por las que las partes optan por un arbitraje institucional es el prestigio y experiencia, para que esta institución provea de personal capacitado para administrar el arbitraje.

“La institución se asegura de que el tribunal arbitral se poseione, que se realicen los pagos de honorarios de árbitros y que se cumplan los plazos señalados”.⁵³

⁵¹ Código Civil. Óp. Cit. Artículo 2062. 2012

⁵² Barcia Lehmann, Rodrigo. Lecciones de Derecho Civil... Óp. Cit. Tomo II. p. 109

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

2.2.8. Diferencias con el contrato de mandato

Una diferencia importante que existe es que el contrato de administración de arbitraje por lo general no implica una actividad jurídica.

“Cuando la actividad jurídica no prevalece sobre los servicios que también se le encargan al mandatario, no estamos frente a un mandato sino frente a otro contrato que puede ser de trabajo o de prestación de servicios”.

La principal característica, como mencionamos anteriormente, del contrato de mandato es la actividad jurídica que debe desempeñarse. Sin ella, no hay mandato.

“No se puede dejar la caracterización de un contrato por una circunstancia accidental, como lo son los dos casos mencionados en los que el centro designa a los árbitros, o concluir que es un mandato simplemente porque una de sus obligaciones consiste en pagar los honorarios de los árbitros, sin tener en cuenta que la institución posee muchas más obligaciones que no revisten el carácter de actividad jurídica”.⁵⁴

En nuestro contrato de administración de arbitraje, solamente cuando las partes no designan los árbitros o cuando señalan que el centro lo haga, éste celebra el contrato de compromisario a nombre de ellas, y las obliga. Si no, las partes celebran este contrato directamente y se obligan con los árbitros. Además, solo una de las obligaciones de los centros, que es la de pagar los honorarios a los árbitros, consiste en una actividad jurídica.

⁵³ Blackaby, Nigel, Partasides, Constantine, Redfern, Alan y Hunter, Martin. Redfern and Hunter... Óp. Cit. p.

56

⁵⁴ Código Civil. Óp. Cit. Artículo 2071.

2.2.9. La responsabilidad en el mandato

Por tratarse de un servicio remunerado y que se elige por la confianza que las partes tienen en la institución arbitral, la responsabilidad de los centros debería mirarse aplicando principios similares a los del mandato. Esta responsabilidad, como mencionamos, es de culpa leve, y como lo establece nuestro Código Civil, implica que responde por “la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”.⁵⁵

El Art. 2033 del Código Civil establece que el mandatario responde por culpa leve y que esta responsabilidad es más exigente en el caso de que sea remunerado.

Este artículo no quiere decir que el mandatario remunerado responda por culpa levísima, sino simplemente que el valor de la indemnización será fijada de forma más estricta.

Si aplicamos este régimen a las instituciones arbitrales, por ser remuneradas por su servicio, la fijación de la indemnización deberá ser más estricta en caso de que falten al cumplimiento del encargo que se les encomendó.

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

“El contrato de servicios inmateriales tiene por objeto los servicios en que predomina la inteligencia sobre el esfuerzo solamente físico o material”⁵⁶.

Esta definición es la que está recogida también en nuestro Código Civil Art.172 No existe una regulación extensa sobre este contrato. Sus regulaciones se aplican a los servicios prestados por los profesionales.

“El contrato de prestación de servicios profesionales es aquel en el cual una persona llamada profesionalista se obliga a prestar sus servicios profesionales, técnicos, científicos o

⁵⁵ Código Civil. Óp. Cit. Artículo 29. 2012

⁵⁶Barcia Lehmann, Rodrigo. Lecciones de Derecho Civil... Óp. Cit. Tomo II. p. 109

artísticos en beneficio de otra llamada cliente, quien a su vez se obliga a pagar los honorarios pactados.”⁵⁷

El contrato de administración de arbitraje es similar a éste pues también incluye la prestación de un servicio a cambio de un honorario. No obstante, se diferencia en que no existe un profesional a cargo de la prestación del servicio sino una institución que se dedica a administrar arbitrajes. Nuestro Código Civil hace un reenvío a través del Art. 1946 al régimen jurídico del mandato. Por lo que las consideraciones hechas con anterioridad se aplican también a este contrato.

2.2.11. Consecuencias de que la relación sea contractual

El convenio arbitral, no solo vincula a las partes y las obliga en cuanto a lo pactado como contenido, sino que lo hace oponible entre ellas. Significa entonces, que llegado el conflicto, las partes deben someterse a la jurisdicción arbitral ya que si una de ellas pretende recurrir a la jurisdicción ordinaria, se le opone el convenio arbitral y el opositor puede hacer valer la excepción a que se refiere.

“Ha quedado demostrado que la relación entre las partes y el centro cumple los requisitos necesarios para ser considerada contractual. Esto sin duda trae aparejadas una serie de consecuencias, como la aplicación del principio pacta sunt servanda o la buena fe contractual o como el hecho de que la institución arbitral puede ser encontrada responsable civilmente por algún incumplimiento contractual y ser obligada a indemnizar”.⁵⁸

En toda mediación o arbitraje, lo principal es la buena fe de los involucrados para llegar a un acuerdo de las partes.

Así también, como todo acreedor, los suscriptores del convenio arbitral tienen derecho a exigir la ejecución forzosa de las obligaciones de la institución y viceversa.⁵⁹

Es por esta razón que las principales implicaciones de que esta relación sean consideradas como contractual.

⁵⁷ Legal-Empresarial. “Contrato de prestación de servicios profesionales. Características y aplicación.” Taller de Prácticas. No. 449, marzo de 2008, p. B1.

⁵⁸ Código Civil. Óp. Cit. Artículo 1561. 2012

⁵⁹ Planiol, Marcel y Georges Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo IV. México DF: Cardenas Editor y Distribuidor, 1991, pp. 123 y 124

2.2.11.1. El incumplimiento

Una situación que puede darse en nuestro caso es el incumplimiento de las obligaciones de las partes.

“La mora consiste en la falta de cumplimiento de la obligación en tiempo oportuno”.⁶⁰

Nos interesa más enfocarnos en los incumplimientos de la institución arbitral. Para que se produzca el incumplimiento, es necesario que la institución se encuentre en mora de sus obligaciones.

“No cualquier retardo constituye [la mora], sino sólo el que no está justificado en la ley, como el supuesto de un deudor que por caso fortuito o fuerza mayor se ve impedido para cumplir, aunque llegue el momento del pago; este deudor no incurre en mora”.⁶¹

La mora no está justificada por la ley, solo en un caso fortuito o de fuerza mayor puede ser justificado.

“De acuerdo al Art. 1567 del Código Civil, ésta se puede dar en tres situaciones: cuando la obligación no se cumple en el término estipulado, cuando debía ejecutarse en determinado tiempo y el deudor no lo ha hecho, o cuando hay una interpelación judicial”.⁶²

Como en el caso de una catástrofe natural, el cual puede ser un atenuante para aplazar una mora con el acuerdo de las partes.

“Dependiendo de la obligación debe verse de qué forma se constituye en mora a la institución. Por ejemplo, el Art. 11 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que la citación de la demanda debe realizarse dentro de los cinco días siguientes a la calificación”.⁶³

Esta obligación debe ser cumplida por la institución en este término, por lo que vencido éste sin que se realice la citación, la institución estaría en mora de sus obligaciones.

“Para dar cumplimiento a la obligación de resolver recusaciones de los árbitros establecida en el Art. 21 de la Ley de Arbitraje y Mediación, no existe un plazo determinado, por lo

⁶⁰ Borda, Guillermo A. Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Tomo I. Buenos Aires: Perrot, 1998, p. 55. 179

⁶¹ Martínez Alarcón, Javier. Teoría general de las obligaciones... Óp. Cit. p. 237. 2011

⁶² Código Civil. Óp. Cit. Artículo 1567.

⁶³ Ley de Arbitraje y Mediación. Óp. Cit. Artículo 11.

que debería ser resuelta en un plazo razonable. No obstante, en ausencia de la decisión se debería realizar la reconvencción judicial para asegurar la constitución en mora de la institución”.⁶⁴

La constitución en mora es fundamental porque puede implicar la responsabilidad del deudor y su consecuente condena a indemnizar daños y perjuicios.

“La mora, desde luego, es un elemento sine qua non, es el fundamento para la indemnización y sin él no se produce la responsabilidad civil”.⁶⁵

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

“Los incumplimientos del centro pueden ser de tres tipos, de acuerdo a lo establecido en el Art. 1572 del Código Civil, puede tratarse de un cumplimiento imperfecto, de un cumplimiento tardío o un incumplimiento absoluto. En nuestro caso podrían darse estos tres incumplimientos”.⁶⁶

Un cumplimiento tardío si la institución cumple sus obligaciones fuera de término, como la de citar al demandado que ya fue mencionada. También puede darse incumplimiento absoluto si, por ejemplo, la institución nunca se pronuncia sobre la recusación. Y el cumplimiento imperfecto podría darse si la resolución del director del centro sobre la recusación es infundada o incompleta. Pero para que surja el derecho a ser indemnizado es necesaria también la culpa o dolo del deudor.

2.2.11.2. Culpa o dolo

El dolo implica la intención deliberada de una de las partes de no cumplir. Esta circunstancia también genera la responsabilidad del deudor. “Finalmente, debe mencionarse que todo incumplimiento se presume culposo, por lo que corresponde al deudor demostrar que su incumplimiento fue justificado.

⁶⁴ Ley de Arbitraje y Mediación. Óp. Cit. Artículo 21.

⁶⁵ Martínez Alarcón, Javier. Teoría general de las obligaciones... Óp. Cit. p. 239.

⁶⁶ Código Civil. Óp. Cit. Artículo 1572. 2012

“Se entiende por culpa, en general, la falta del deudor al cumplimiento de su obligación. Esta falta puede ser voluntaria, intencionada cuando el deudor de mala fe se substraer al cumplimiento de su obligación; es decir incurre en dolo”.⁶⁷

Si la falta no es intencionada, sino que resulta de imprudencia, torpeza o negligencia del deudor, recibe especialmente el nombre de culpa.

“Nuestro sistema, en el Art. 1563 del Código Civil, establece un sistema de gradación de la culpa dependiendo de quien obtenga provecho del contrato”.⁶⁸

Así, en los contratos útiles para ambas partes el deudor responde de culpa leve, en los que sólo son útiles a éste último, es responsable de culpa levísima y en los que son útiles sólo al acreedor es responsable de la culpa lata.

“En los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes la situación de ellas es análoga; y por lo mismo su responsabilidad debe ser idéntica; pero en los contratos en que una sola de las partes es la beneficiada y que dan, por lo tanto, nacimiento a una sola obligación hay que distinguir si la persona beneficiada es el acreedor o si es el deudor”.⁶⁹

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

“La culpa leve, llamada también descuido leve, descuido ligero, consiste en la falta de la diligencia o cuidado ordinario o mediano que la generalidad de los hombres emplea ordinariamente en sus negocios propios; y es la que debe responder el deudor en los contratos que son a la vez útiles a él y al acreedor, como la venta, el arrendamiento, la sociedad, por ejemplo”⁷⁰.

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

“Respecto del dolo no hay que hacer la distinción que hacemos con respecto a la culpa, porque cualquiera que sea la naturaleza del contrato, desde que todo contrato debe

⁶⁷ Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2011, pp. 497 y 498.

⁶⁸ Código Civil. Óp. Cit. Artículo 1563. 2012

⁶⁹ Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Óp. Cit. 1988, p. 497.

⁷⁰ Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Óp. Cit. 1988, p. 498

ejecutarse de buena fe, el contratante comete dolo contra el otro contratante, es responsable de todos los perjuicios que fueren una consecuencia inmediata o directa de su dolo”.⁷¹

Así, si la institución arbitral ha incumplido, debe demostrar que éste incumplimiento no le es imputable para no ser responsable.

2.2.11.3. Daño

En el mundo jurídico, el daño se define como una pérdida o daño resultante de lesiones a una persona, propiedad o reputación.

“Daños y perjuicios, por el contrario, se refiere a la compensación - como una sentencia monetaria - proporcionada a una persona que ha sufrido una pérdida o el daño debido al acto ilícito u omisión de otro. La persona culpable - el que causó la pérdida o daño - debe compensar (o pagar) la parte perjudicada por sus pérdidas, es decir, debe pagar sus daños y perjuicios por el daño que causó”.⁷²

Daño es un concepto importante en virtud de la ley, porque a menos que una de las partes sufre daños (es decir, una pérdida), no se pagará daños y perjuicios (compensación monetaria). Por ejemplo, una situación en la que se incumple un contrato: Joe tiene un contrato para comprar un artículo a Stan por \$ 400. Si Stan decide no vender a Joe el producto se especifica en el contrato (alias viola el contrato), sino que da a Joe un mejor artículo de forma gratuita, entonces Joe técnicamente ha sufrido un incumplimiento de contrato. Sin embargo, debido a que no sufrió ninguna pérdida financiera o daño (no sufrió ningún daño), no puede demandar y cobrar daños y perjuicios por incumplimiento de contrato.

“Demostrando daños también es importante en un caso de lesiones personales. Esto puede ser un problema, especialmente en los casos de negligencia médica en base a los síntomas perdidos de una enfermedad.”⁷³

⁷¹ Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Óp. Cit. 1988, p. 499

⁷²Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones civiles. México D.F.: Oxford University Press, 2014, p. 210. 184 C

⁷³Cabanellas, Guillermo. (2008). *Diccionario De Derecho Usual*. Buenos Aires.

El demandante tendrá que probar que la negligencia del médico - es decir, faltan los síntomas - le causó a sufrir daños.

Si el médico puede argumentar con éxito que la enfermedad del demandante habría causado el mismo tipo y el alcance exacto de los daños, incluso si se hubiera diagnosticado correctamente, entonces el demandante no debe sufrir ningún daño real como consecuencia de la negligencia del médico”.⁷⁴

Así que no será capaz de cobrar daños y perjuicios, incluso si el médico fue negligente.

2.2.12. Extensión de la indemnización

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

“La indemnización debe representar tan exactamente como sea posible el daño realmente sufrido por el acreedor”.⁷⁵

Como se mencionó, de acuerdo al Art. 1573 del Código Civil, los daños y perjuicios se cuantifican desde que el deudor se ha constituido en mora.

Además, esta indemnización debe abarcar el daño emergente y el lucro cesante.

“El daño puede componerse de dos elementos distintos. Por una parte, la pérdida sufrida, es decir el empobrecimiento experimentado por el patrimonio del acreedor; por la otra, la ganancia que ha dejado de obtenerse. Ya los romanos habían hecho esta distinción y llamaban al primero de estos elementos *damnum emergens*, y al segundo *lucrum cesans*”.⁷⁶

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

⁷⁴BENNETT G. Picker. (2010). *Guía práctica para la mediación: Manual para la resolución de conflictos*. Buenos Aires, Argentina: PIADOS Ediciones.

⁷⁵ Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Óp. Cit. Tomo IV. p. 181.

⁷⁶ Planiol, Marcel y Georges Ripert. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Óp. Cit. Tomo IV. p. 181. 2012

“Cuando el daño proviene de un retardo o mora en el cumplimiento de una obligación, se repara por esa mora y la indemnización correspondiente recibe el nombre de moratoria. Su cuantía será igual a las pérdidas o los perjuicios que hubiese sufrido el acreedor por el cumplimiento retardado”.⁷⁷

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

“La decisión a la que eventualmente arriben es elaborada por ellas mismas y no por un tercero, como en el caso de un pronunciamiento judicial, pues el producto de evaluar sus propias posibilidades, límites, ganancias y posibles pérdidas fruto del acuerdo al que se arribe” (OMPI, 2014)⁷⁸.

Los interesados asumen su protagonismo en la búsqueda de alternativas posibles de solución y controlan por sí mismas el proceso cuyo desarrollo es rápido e informal.

“Si el daño consiste en el demérito o pérdida definitiva de los bienes o en la frustración de los derechos de la víctima, por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones del deudor, la indemnización deberá ser un sucedáneo o sustituto de aquellos que se han deteriorado o han desaparecido”.⁷⁹

Compensa su depreciación o ausencia por lo cual se le da el nombre de indemnización compensatoria

Finalmente, se debe analizar si existe dolo o culpa por parte del deudor.

“Esto se debe a que de acuerdo al Art. 1574 del Código Civil, si el incumplimiento fue culposo, es responsable el deudor de los daños previstos o previsibles al momento de contratar. En cambio, si fue doloso, es responsable de todos los perjuicios que son consecuencia directa de su incumplimiento”.⁸⁰

⁷⁷ Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones civiles. Óp. Cit. p. 209. 2011

⁷⁸OMPI. (2014). *Centro de Mediación y*

Arbitraje. <http://www.arbiter.wipo.int/arbitration/arbitrationrules/complete-es.html> el 22 de junio del 2014

⁷⁹Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones civiles. Óp. Cit. p. 209. 2011

⁸⁰Código Civil. Óp. Cit. Artículo 1572. 2011

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

“Existe una figura del Derecho de Daños que también puede ser aplicable a nuestro caso. Se trata de la indemnización de perjuicios por la pérdida de una chance. “La pérdida de chance resulta ser otro de los rubros indemnizables en materia de responsabilidad contractual y extracontractual”.⁸¹

Se dice pérdida de una oportunidad cuando la víctima está en una situación en la que el hecho del agente impide tener la posibilidad de que el azar le otorgue un beneficio o le evite un daño.

“Se trata de una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades”.⁸²

Esta figura podría ser aplicada a nuestro caso.

“La mala praxis de los profesionales del Derecho constituye uno de los ejemplos clásicos de pérdida de chance”.⁸³

“El problema de la pérdida de una chance aparece claramente en las acciones judiciales”.⁸⁴

Si es posible que se presente en los procesos judiciales, también debe serlo en los arbitrajes. Esto en concreto podría darse si el centro niega la recusación de un árbitro de forma infundada y una de las partes alega que la suerte del arbitraje podría haber cambiado de no darse el incumplimiento del centro, y reclamar lo que perdió en el arbitraje. No

⁸¹ Piedecabras, Miguel A. “La pérdida de chance en la CSJN”. Revista de Derecho de Daños. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 173-186, p. 173.

⁸² Cazeaux, Pedro Néstor. “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual e hipotético. Pérdida de chance.” Temas de responsabilidad civil. En honor al Dr. Augusto M. Morello. La Plata: Platense, 2011, p. 23.

⁸³ Mosset Iturraspe, Jorge. “Las chances. Responsabilidad de los abogados”. Revista de Derecho de Daños. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 69-88, p.74..

⁸⁴ Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Óp. Cit. Tomo II. p. 369.

puede negarse que en un caso como el mencionado ha existido una pérdida de una oportunidad.

“No podemos desconocer que quien posee la oportunidad de obtener un beneficio está en una situación más óptima que aquel que carece de ella”.⁸⁵

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

Sin embargo, en nuestro caso, es difícil sostener que la suerte del arbitraje habría cambiado de no ser por la mala gestión del centro⁸⁶.

“No cabe anticipar el éxito de ningún juicio, dado que aun los que aparecen revestidos de la mayor simpleza pueden, contra toda previsión, orientarse hacia una solución diversa de la previsible”.⁸⁷

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

“Vale decir que la chance tiene pues un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser necesariamente, inferior al mismo. O sea, siguiendo con los casos de los ejemplos antes mencionados: no puede coincidir con el monto del juicio frustrado, tratándose éste, a su vez, de un resultado que de todas maneras era incierto y que también podía depender de otras circunstancias distintas, extrañas al agente del daño; no pudiéndose saber ya, de ninguna manera, si el beneficio se habría o no obtenido de no haber mediado el evento dañoso”.⁸⁸

⁸⁵ Mosset Iturraspe, Jorge. “Las chances. Responsabilidad de los abogados”. Revista de Derecho de Daños. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2008, pp. 69-88, p.74..

⁸⁶ MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. (2013). *Consultado en la web www.projusticia.gov.ec*.

⁸⁷ Trigo Represas, Félix A. “La pérdida de chance en el Derecho de Daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. Noción.” Revista de Derecho de Daños. Santa Fe: RubinzalCulzoni, 2008, pp. 53-67, pp. 55 y 56.

⁸⁸ Trigo Represas, Félix A. “La pérdida de chance en el Derecho de Daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. Noción.” Revista de Derecho de Daños. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008, pp. 53-67, pp. 55 y 56.

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

2.2.13. Aplicación de la condición resolutoria tácita

De acuerdo al Art. 1505 del Código Civil, “todo contrato bilateral en el que una de las partes ha incumplido, otorga la potestad para el otro contratante de demandar la resolución o el cumplimiento del contrato”⁸⁹.

El cumplimiento puede pedirse en todo contrato. En cambio, la resolución no en todos.

“La resolución es un modo de ineficacia de los negocios jurídicos, que se da en razón de la producción de un hecho sobreviniente a la constitución del negocio, que a veces es imputable a una de las partes y otras veces es totalmente extraña a la voluntad de ellas, y que extingue retroactivamente sus efectos debido a que en la ley o en el propio acto jurídico se le atribuyó esa consecuencia”.⁹⁰

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

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

“Como en los contratos de tracto sucesivo, existen prestaciones que ya se han cumplido y que sería imposible retrotraer para intentar reponer a las partes al estado anterior al

⁸⁹ Código Civil. Óp. Cit. Artículo 1505.2012

⁹⁰ Rivera, Julio César. Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 927.

contrato, su terminación ineluctablemente producirá efectos nada más que hacia lo futuro”.⁹¹

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

2.2.14. Prescripción

De acuerdo a nuestro Código Civil, la prescripción extintiva opera por el transcurso del tiempo, que se cuenta desde que la obligación es exigible.

“Puede definirse a la prescripción como una institución de orden público que extingue la facultad de un acreedor que se ha abstenido de reclamar su derecho durante determinado plazo legal, a ejercer coacción legítima contra un deudor que se opone al cobro extemporáneo o exige la declaratoria de prescripción”.⁹²

Por tratarse de una acción ordinaria, la prescripción en el contrato de administración de arbitraje es de 10 años.

2.2.15. Eximentes de responsabilidad

El servicio público es una función del Estado que responde a necesidades cuya atención se considera un imperativo en el funcionamiento de un Estado moderno. La solución de la conflictividad social, es una necesidad fundamental de los integrantes de una sociedad que debe ser satisfecha con la finalidad de que la desintegración social no sea cada vez mayor.

“El deudor es responsable de indemnizar cuando ha incumplido sus obligaciones, el incumplimiento le es imputable y ha provocado un daño al acreedor. No obstante, este régimen puede ser modificado. Esto se da cuando ha sucedido una situación de caso

⁹¹ Parraguez, Luis. Manual de Derecho Civil Ecuatoriano. Libro Cuarto: Teoría General de las Obligaciones. Vol. 1. Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2000, p. 241

⁹² Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones civiles. Óp. Cit. p. 387. 2010

fortuito o fuerza mayor o también cuando las partes han pactado una cláusula de no responsabilidad”.⁹³

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

2.2.16. La cláusula de exoneración de responsabilidad

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

“Apoyados en su libertad de contratar, los sujetos pueden convenir que, en caso de producirse daños para alguno de ellos, no deberán ser indemnizados por el causante de la acción perjudicial; dicho pacto se denomina cláusula de no responsabilidad y excluye la obligación de reparar los daños y perjuicios”.⁹⁴

Nuestro sistema sí contempla la posibilidad de modificar el régimen de responsabilidad de acuerdo a los Arts. 1563 inciso 4237 y 1574 inciso 3 del Código Civil.

“Nada impide, en una materia de interés puramente privado [...], que por consideraciones especiales se modifique la responsabilidad del deudor”.⁹⁵

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

“Dentro de algunos de los reglamentos de las instituciones arbitrales encontramos normas que establecen la no responsabilidad de los centros en los arbitrajes. Por ejemplo el Art. 14 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil establece: La Cámara de Comercio de Guayaquil y el Centro de Arbitraje y Conciliación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción y omisión, en ejercicio de sus funciones, los conciliadores, árbitros y secretarios ocasionen a las partes o a terceros.”⁹⁶

⁹³Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones civiles. Óp. Cit. p. 229

⁹⁴Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Óp. Cit. 1988, p. 548

⁹⁵Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Óp. Cit. 1988, p. 547

⁹⁶Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Óp. Cit. Artículo 14.

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

“La Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, el Centro de Arbitraje y Mediación y sus administradores, no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones, los árbitros, mediadores, secretarios arbitrales, peritos o negociadores ocasionaren a las partes o a terceros”.⁹⁷

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

“La Cámara de Comercio de Quito y el Centro de Arbitraje y Mediación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones los mediadores, árbitros, secretarios y peritos ocasionen a las partes o a terceros”.⁹⁸

En primer lugar, estas cláusulas están encaminadas a exonerar de responsabilidad en las funciones ejercidas por árbitros, mediadores, secretarios arbitrales, peritos, entre otros, pero no exime a la institución arbitral de la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones. Por el principio de autonomía de la voluntad, esta cláusula es válida. No obstante, como se mencionó, por tratarse de un contrato de adhesión, los beneficios a favor de la institución arbitral deben leerse de forma restringida. Así, si es que existe alguna obligación compartida por los árbitros y el centro, o por el secretario arbitral y el centro, éste no podría acogerse a esta disposición para alegar la no responsabilidad.

“La cláusula de exoneración de responsabilidad debe ser analizada caso por caso, para determinar si exime de responsabilidad a la institución o no. Para casos de incumplimientos exclusivos de la institución arbitral, esta cláusula no tiene aplicación alguna pues solamente está redactada para eximir al centro de los daños ocasionados por árbitros, peritos, secretarios y mediadores. Finalmente, la cláusula de no responsabilidad no llega jamás a suprimir la responsabilidad de su beneficiario culpable de dolo”.⁹⁹

⁹⁷ Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. Óp. Cit. Artículo 18.

⁹⁸ Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Óp. Cit. Artículo. 21.

⁹⁹ Gaillard, Emmanuel y John Savage. Fouchard Gaillard... Óp. Cit. p. 603

Así, aunque la cláusula no es eficiente para lograr una exención de responsabilidad para el centro por sus incumplimientos, no se puede pactar una cláusula que sí lo haga en todos los casos, porque el dolo no puede ser condonado, solo la culpa. Tampoco se admite la culpa lata porque ésta es equiparable al dolo.

2.2.17. La mediación como forma de resolución alternativa de conflictos

La mediación puede ser tanto de orden judicial o de las partes involucradas pueden llegar a una decisión mutua de utilizar la mediación.

“Un mediador simplemente ayuda a las partes contendientes en la elaboración de una resolución a través de la comunicación abierta; y en cualquier momento de la mediación cualquiera de las partes puede detener el proceso”.¹⁰⁰

A diferencia de otras formas de mediación y arbitraje, un mediador no emite una decisión vinculante. En lugar de ello, el mediador simplemente actúa como un facilitador para ayudar a las partes a llegar a una solución por su cuenta.

2.2.18. Consecuencias de que la responsabilidad sea extracontractual

La principal consecuencia de que exista una conducta de las anteriormente señaladas, es que se genera el deber de indemnizar a favor de quien ha sufrido el perjuicio.

Así, de acuerdo al Art. 2214 de nuestro Código Civil: “El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización”.¹⁰¹

Asimismo, el Art. 2229 del Código Civil prescribe: “Por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta”.¹⁰²

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

¹⁰⁰ FOLBERG J. Y TAYLOR A. (2011). Mediación Extrajudicial. Resolución de conflictos sin litigio. México: Editorial LIMUSA. Grupo Noriega Editores.

¹⁰¹ Código Civil. Óp. Cit. Artículo 2214. 2012

¹⁰² Código Civil. Óp. Cit. Artículo 2229. 2012

2.3. Jurisprudencia

RESUMEN DE LA RESOLUCION No. 22 de noviembre de 2013

La demanda presentada por el ahora recurrente en contra de Aeroauto y “sus socios y representantes”, fue incoada el 24 de noviembre de 2009 (fs. 7 a 8 del cuaderno de primera instancia) ante el Juez de lo Civil de Imbabura, en los siguientes términos: “Mi representada vendió a crédito a la empresa Aeroauto Automotores del Aeropuerto Cía. Ltda., (...) varios automotores y repuestos a través de facturas que indico a continuación por la suma de ciento cuarenta y cinco mil novecientos sesenta y cinco dólares, con 05 centavos de dólar (sic)”, demanda que solicitó sea aceptada a trámite verbal sumario por disposición del artículo 828 del Código de Procedimiento Civil. A fojas 30 ídem, consta la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, llevada a efecto el 24 de marzo de 2010, a las 09h40, a la que no comparecieron los demandados, por lo que se prosiguió en rebeldía y se dispuso la apertura de la causa a prueba por seis días. Posteriormente, a fojas 35 y vta., y 43 a 46, James Manuel Esparza Cisneros y Fausto Leonardo Moncayo Jaramillo, en sus respectivas calidades de Presidente y Gerente General de Aeroauto Automotores del Aeropuerto Cía. Ltda., actúan prueba, agregando éste último (a fojas 38 a 41) una copia del contrato de representación y subdistribución suscrito el 19 de julio de 2006, entre su representada y Vehículos Todo Trabajo S.A., Totrasa, (constando en el expediente también el original a fs. 599 a 602) mediante el cual, conforme estipula la cláusula tercera: “Totrasa autoriza, otorga y delega la representación y subdistribución de los vehículos a el subdistribuidor” de acuerdo con las condiciones acordadas en dicha cláusula y pactándose en la cláusula novena que las controversias serán sometidas al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, para su decisión en equidad de conformidad con el trámite previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación y el Reglamento para el funcionamiento del Centro.

Según se analizó la presente jurisprudencia, entre la actora, ahora recurrente, y la demandada efectivamente se pactó un convenio arbitral por el cual las controversias que se deriven de la ejecución del contrato referido debieron ser sometidas a la jurisdicción arbitral, pero en virtud de lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, invocado por el censor con cargo en la presente causal, existió la renuncia al convenio arbitral “cuando presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no

se opuso, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral”, precepto que se adecuó al presente proceso, al habérselo tramitado en vía verbal sumaria y en rebeldía del demandado; consecuentemente, derivándose la jurisdicción y competencia del litigio subsecuente a la jurisdicción ordinaria, cuestión de estricto derecho que no ha sido considerada por el Juez Tercero de lo Civil de Ibarra, quien desecha la demanda “en razón de la existencia de un convenio arbitral firmado por las partes y que consta de autos”, convirtiéndose en una falta de responsabilidad, dejando a salvo “las acciones que en aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación puedan plantearse en el presente caso”, y reiterada por la Sala de lo Civil, Laboral, Inquilinato, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, que mediante sentencia ahora impugnada, desecha el recurso de apelación interpuesto por el demandante y confirma en todas sus partes la sentencia dictada por el juez a quo, vulnerándose los derechos del perjudicado.

2.4. Legislación

2.4.1. Constitución de la República del Ecuador, 2008

Art. 97.- “Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir”¹⁰³.

Todas las organizaciones deben tener su plan de contingencia para desarrollar formas de mediación en caso de conflictos internos o con otras organizaciones.

¹⁰³ Art 97 Constitución de la República del Ecuador. Editorial La Jurídica. Quito. 2008

Sección Octava

Medios Alternativos de Solución de Conflictos

“Art. 190.- 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 transigir¹⁰⁴”.

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.

2.4.2. Código Laboral Ecuatoriano, 2010

En la legislación laboral, la mediación se diferencia de la conciliación por ser un procedimiento obligatorio, particularmente para los conflictos laborales y así consta en el Art. 475, referente al pliego de peticiones, “disponiendo que todo incidente que se suscite de un conflicto laboral será resuelto por un tribunal de Conciliación y Arbitraje”¹⁰⁵.

Se hace constar a la mediación como la primera opción para superar las diferencias existentes entre empleadores y trabajadores y si no hubiere acuerdo, el expediente se remitirá al Inspector del Trabajo para que este lo someta a conocimiento del Tribunal de Conciliación y Arbitraje, sin que pueda integrarse por quienes hayan intervenido como representantes de las partes en mediación.

2.4.3. Ley de Contratación Pública, 2011

En esta materia la aplicación de la Mediación se hace visible ante la necesidad de solventar soluciones en los litigios de Contratación pública, debido a que su solución debe ser lo más inmediato posible. El Capítulo Segundo del Título Quinto de la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública dice lo siguiente:

La Solución de Controversias

¹⁰⁴ Art 190 Constitución de la República del Ecuador. Editorial La Jurídica. Quito. 2008

¹⁰⁵ Art. 475 del Código de Trabajo. Quito. 2010

Art. 104.- Métodos alternativos de solución de controversias.-

"De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva".¹⁰⁶

Para que se lleve a cabo la mediación en la Contratación Pública, el artículo recalca que tiene que constar en el contrato la cláusula pertinente en la cual se establecerán los parámetros y lineamientos en los cuales se llevarán la mediación.

Art. 105.- Instancia única.-

"De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa".¹⁰⁷

También detalla que si las partes no tienen la decisión de someter a este método irían a una instancia única ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

2.4.4. Ley de Arbitraje y Mediación, 2014

(Codificación 14, Registro Oficial 417 de 14 de Diciembre del 2006)

“Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someterse de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrados o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”¹⁰⁸.

El sistema arbitral también ayuda a solucionar los conflictos surgidos entre dos partes y en común acuerdo.

“Art. 43.- La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un cuerpo voluntario,

¹⁰⁶Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 104. Quito. 2011

¹⁰⁷Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 105. Quito. 2011

¹⁰⁸ Art. 43 Ley de Arbitraje y Mediación. Editorial La Jurídica. Quito. 2014

que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.

La mediación tiene como finalidad el acuerdo entre las partes en busca de una solución que satisfaga el bien común.

2.4.5. Código Orgánico de La Función Judicial, 2009

(Suplemento del Registro Oficial No.544 del 9 de marzo del año 2009)

Artículo 2.- AMBITO.- “Este Código comprende la estructura de la Función Judicial; las atribuciones y deberes de sus órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos, establecidos en la Constitución y la ley; la jurisdicción y competencia de las juezas y jueces, y las relaciones con las servidoras y servidores de la Función Judicial y otros sujetos que intervienen en la administración de justicia¹⁰⁹”.

El Código Orgánico de la Función Judicial interviene en la administración de justicia para controlar la administración de la Función Judicial.

Artículo 7.- PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.- “La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones”¹¹⁰.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.

Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley.

Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley. No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto.

¹⁰⁹ Art. 2. Código Orgánico de la Función Judicial. La Jurídica. Quito. 2009

¹¹⁰ Art. 7. Código Orgánico de la Función Judicial. La Jurídica. Quito. 2009

Artículo 17.- PRINCIPIO DE SERVICIO A LA COMUNIDAD.- “La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes”¹¹¹.

El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades. En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará al arbitraje.

2.5. Derecho Comparado

2.5.1. Código de Procedimiento Civil de Colombia, 2011

“La audiencia preliminar, prevista en el Art. 101 del ordenamiento procesal, se compone de varias etapas a través de las cuales transcurren la conciliación, el saneamiento, la resolución de excepciones previas, la evolución de los interrogatorios de partes y la fijación de los hechos del litigio.

Por su parte, la audiencia de conciliación está prevista en el Art. 6 del decreto 2651/91 para aquellos procesos donde no se aplica el acto anterior.

Lo interesante del caso resulta de la metodología dispuesta para celebrar cada audiencia. Ninguna de ellas es un encuentro formal a cumplir para despachar una instancia de juicio; todo lo contrario, la audiencia preliminar dura tres horas (“La audiencia tendrá una duración de tres horas, salvo que antes se termine el objeto de la misma, vencidas las cuales podrá suspenderse por una sola vez para reanudarla el quinto día siguiente”), deben estar presentes las partes y sus apoderados, y se destaca la permanente búsqueda para solucionar la crisis”.¹¹².

En cambio en el Ecuador, el tiempo dedicado a la conciliación lo torna también productivo (tiempo útil) tanto para el mundo reducido pero explosivo de un proceso concreto como en

¹¹¹ Art. 17. Código Orgánico de la Función Judicial. La Jurídica. Quito. 2009

¹¹²80 LÓPEZ BLANCO Hernán, “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano”2011

una inversión comercial. Este mensaje lo recibe la sociedad y prestigia un órgano capaz de conseguir paz.

2.5.2. Programa Nacional de Mediación De Argentina, 1995

“Art. 1 Elaboración de un anteproyecto de ley o decreto mediante el cual se establece la mediación en los conflictos jurisdiccionales, con carácter voluntario en la generalidad de los casos y obligatorio para ciertos supuestos.....¹¹³”

Mediante este anteproyecto de ley se establece la mediación en dichos conflictos siempre y cuando sea voluntario en ambas partes.

“Art. 2 Creación de una Escuela de Mediadores, cuyo objeto es capacitar y entrenar mediadores, teniendo en cuenta las particulares propias de la mediación patrimonial y familiar. Contará con dos niveles de capacitación, uno general dirigido al Poder Judicial de la Nación, comenzado los juzgados pilotos. La escuela brindará además educación continua”¹¹⁴.

Una escuela de mediadores capacitará a los profesionales del Derecho en lo relacionado a mediación patrimonial y familiar, lo mismo que en lo judicial para ayudar más eficazmente a las partes en conflicto.

“Art. 3 Convenio con organismos públicos y privados, a fin de divulgar esta técnica para resolver disputas. Contar con un futuro plantel adecuado en su formación técnica e implementar programas de mediación en la órbita de sus respectivas competencias¹¹⁵.”

Dichos convenios permitirán que la mediación sea aplicada a toda clase de conflictos en busca de una pronta solución a los mismos.

La Directora del “Centro Integral para la Administración y Resolución de Conflictos” CIARC Dra. Nélide Basabe dice: “... la mayor parte de los trabajos sobre ADR “(Expresión acuñada en Estados Unidos hace poco más de veinte años para referir la necesidad de sistematizar y utilizar nuevas técnicas de resolución de conflictos interpersonales. Estas técnicas fueron agrupadas con la sigla ADR de Alternative Dispute

¹¹³Art. 1. Programa Nacional de Mediación. Buenos Aires. Argentina. Imprenta del Estado. 2010

¹¹⁴Art. 2. Programa Nacional de Mediación. Buenos Aires. Argentina. Imprenta del Estado. 2010

¹¹⁵Art. 3. Programa Nacional de Mediación. Buenos Aires. Argentina. Imprenta del Estado. 2010

Resolution)” en Argentina en este momento es en mediación. Se dictó una ley en 1996 que estipula que todo el que quiere iniciar un juicio tiene que ir a mediación previamente. Esta mediación pre judicial debe ser hecha por un mediador certificado y registrado”¹¹⁶.

Las condiciones para ser mediador están prescritas por la ley y ellas son: ser abogado con tres años de experiencia en la práctica de su profesión, y además aprobar tres cursos.

Esos cursos comprenden materias tales como métodos ADR, mediación, comunicación negociación, ética, técnicas especiales de resolución colaborativa de conflictos con ejercicios de role play y entrenamiento general. Además tienen que observar mediaciones en vivo hechas por mediadores expertos y comentarlas y hacer un análisis crítico en talleres especiales¹¹⁷.

En esta ley que se dictó en 1996 hay algunos casos que están exceptuados de ir a mediación obligatoria. Y ellos son: las cuestiones penales; los temas de familia, salvo los que se refieren a cuestiones patrimoniales como alimentos, asuntos relacionados con bienes gananciales, etc. temas laborales que van a conciliación laboral; cuestiones en las que el Estado Nacional es parte; quiebras, etc. el Ministerio de Justicia que es parte del Poder Ejecutivo está a cargo del control de la preparación de los mediadores y la lista que se compone hoy en día de 4000 mediadores. Para asegurar la neutralidad, uno de ellos es sorteado de esta lista cuando alguien quiere iniciar.

Esta ley fue muy criticada porque la mediación se impuso obligatoriamente, pero este aspecto obligatorio de la ley realmente ayudó a hacer conocer la mediación a todos. Se desarrolló una cultura de la mediación con técnicas avanzadas. Esta introducción relativamente rápida de la mediación en Buenos Aires también ayudó a hacer conocer la utilidad y ventajas de los sistemas ADR en general.

Por otro lado en las provincias se está organizando la mediación de una forma distinta, conexas al Juzgado o anexa al Juzgado (basado en modelos de otros países) Además la mediación comunitaria se está llevando a cabo en los centros comunitarios y en estos centros puede ser hecha por personas que no son abogados, además de estas mediaciones

¹¹⁶VIEITES Fernando, DICCIONARIO 2011

¹¹⁷ Cerezo, M. Teorías sobre el medio televisivo y educación: el discurso de la televisión. Grupo Imago. Granada. 1994, 16

oficiales en mayor o menor grado se puede acudir a mediaciones privadas en todo el país.....”¹¹⁸

El arbitraje es otro de estos procedimientos especialmente o casi en su totalidad en los ámbitos comerciales, que ha sido desarrollado con eficacia, tanto en aplicación como en legislación y jurisprudencia.

De lo analizado se encuentra que la mediación y el arbitraje se instituyen en Argentina como de carácter voluntario y obligatorio en ciertos casos, dice

“teniendo en cuenta las particulares propias de la mediación patrimonial y familiar”¹¹⁹.

En la legislación ecuatoriana se prevé la mediación y el arbitraje para las materias transigibles de carácter extra judicial y definitivo, así consta en la mediación, un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.”

No se contempla la posibilidad de que antes de iniciarse un juicio se debe ir a mediación como paso previo, fase que llevada a cabo con la debida ética y profesionalismo, será, creo yo, de gran importancia en el campo judicial.

Un aspecto de trascendental importancia es la creación de Escuelas de Mediadores como una política educativa estatal, en beneficio de la Nación, tomado este como una obligación estatal.

En la legislación Argentina se tiene como una tarea a cumplirse, la creación de convenios para hacer conocer a nivel público y privado, los beneficios de la aplicación de la mediación como alternativa de solución de conflicto, buscando satisfacer la demanda social de solución de controversias en menor tiempo y con eficacia, esta tarea es digna de cambio, pues de nada sirve que se tengan alternativas que viabilicen la solución de disputas, sin que sean de dominio público, estos programas en Argentina son de mucha ayuda.

¹¹⁸GOZAINÉ, Oswaldo, “Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos” Bogotá. 2010

¹¹⁹GOZAINÉ, Oswaldo, “Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos” Bogotá. 2010

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Localización

La presente investigación se realizó en el cantón Quevedo, ubicado en la provincia de Los Ríos.

Quevedo es una ciudad ecuatoriana, ubicada al centro de dicho país, a orillas del río Vinces (llamado también río Quevedo), cuenta con una población de 173.575 habitantes (INEC, 2010), su actividad económica principal es la agropecuaria. Es la cabecera cantonal del cantón Quevedo y la ciudad más grande y poblada de la provincia de Los Ríos. Es considerada la nueva capital bananera de Ecuador por ser el centro de operaciones de la mayoría de compañías bananeras que operan en el país y por la prestigiosa calidad de su fruta de exportación.¹²⁰

3.2. Tipos de investigación.

Los tipos de modelos de investigación aplicados se describen a continuación:

3.2.1. Bibliográfica

Se utilizó un compendio de libros, enciclopedias, Registros Oficiales, Códigos, gacetas, legislación comparada, entre otros.

3.2.2. De campo

La investigación se efectuó en el lugar de los hechos.

3.2.3. Descriptiva

La investigación describió los hechos en forma directa, ya para que por medio de la observación se determinó las características del fenómeno estudiado.

¹²⁰ www.Wikipedia.com

3.3. Métodos de investigación

La presente investigación se basó en la metodología que forma la base de la investigación, se efectuó toda indagación posible y se estableció contacto con la realidad, a fin de conseguir conocimientos claros y específicos.

3.3.1. Método Analítico

La utilización de este método, hizo posible la comprensión de todo hecho, idea, caso, etc., referente a la aplicación de los principios de responsabilidad en materia de mediación y arbitraje.

3.3.2. Método Deductivo

Con la aplicación de este método pude determinar el alcance del fenómeno en estudio en forma ascendente y analizar sus características y consecuencias con el problema encontrado, este método me permitió lograr los objetivos propuestos y ayudaron a verificar y solucionar la problematización.

3.3.3. Método Histórico

Se analizaron científicamente los hechos, ideas del pasado comparándolo con hechos actuales.

3.3.4. Método Dialéctico

Mediante la utilización de este método investigativo, se consideraron los fenómenos históricos y sociales que me permitieron observar el fenómeno de estudio y determinar y establecer sus causas y efectos en la solución propuesta.

3.4. Población y Muestra

El Universo de la población comprendió el número total de moradores del cantón Quevedo, cuya cantidad es de 173.575 habitantes (INEC 2010), y de 261 abogados en libre ejercicio profesional del cantón Quevedo. El tamaño de la muestra se obtuvo aplicando la siguiente fórmula:

Muestra de moradores del cantón Quevedo

N= Tamaño necesario de la muestra.

Simbología.

z = Nivel de confianza (95%)

N = Población (173.575)

P= Probabilidad que el evento ocurra (50%)

Q = Probabilidad que el evento no ocurra (50%)

E = Error máximo admisible± (5%)

n= Tamaño de muestra ?

$$n = \frac{Z^2 \cdot PQ \cdot N}{e^2 (N - 1) + Z^2 \cdot PQ}$$

$$n = \frac{1,96^2 \cdot 0.25 \cdot 173575}{0.05^2 (173575 - 1) + 2^2 \cdot 0.25}$$

$$n = \frac{3,84 \cdot 0.25 \cdot 173575}{0.0025 (173574) + 4 \cdot 0.25}$$

$$n = \frac{173575}{434 + 1}$$

$$n = \frac{173575}{435}$$

n = 399 Es el tamaño de la muestra.

Muestra de profesionales del Derecho

N= Tamaño necesario de la muestra.

Simbología.

z = Nivel de confianza (95%)

N = Población (261)

P= Probabilidad que el evento ocurra (50%)

Q = Probabilidad que el evento no ocurra (50%)

E = Error máximo admisible± (5%)

n= Tamaño de muestra ?

$$n = \frac{Z^2 \cdot PQ \cdot N}{e^2 (N - 1) + Z^2 \cdot PQ}$$

$$n = \frac{1,96^2 \cdot 0,25 \cdot 261}{0,05^2 (261 - 1) + 1,96^2 \cdot 0,25}$$

$$n = \frac{3,84 \cdot 0,25 \cdot 261}{0,0025 (260) + 3,84 \cdot 0,25}$$

$$n = \frac{261}{0,65 + 1}$$

$$n = \frac{261}{1,65}$$

n = 158 Es el tamaño de la muestra.

Composición de la muestra

Personas para la encuesta	399
Abogados	158
Total	557

El tamaño de la muestra general fue de 557 entre Moradores y Abogados del cantón Quevedo, de los cuales, la muestra arroja 399 personas para la encuesta a los moradores y de 158 personas profesionales del Derecho para encuesta.

3.5. Fuentes de recopilación de información

3.5.1. Primarias

Entre las fuentes primarias que se utilizaron están: Documentos, artículos, testimonios de involucrados y otras personas.

3.5.2. Secundarias

Para la elaboración del trabajo investigativo se accedió a bibliotecas que facilitaron la información de tesis de grados y páginas web (internet).

3.6. Diseño de la investigación

Fue de tipo cuali-cuantitativa: Cualitativa, porque se trató de una investigación de carácter social, la interpretación de los hechos y acciones fueron direccionados a esta especialidad; y, Cuantitativa, porque se emplearon fórmulas matemáticas y estadísticas viables para la selección de la muestra y también interpretación de los datos.

3.7. Instrumentos de la investigación

3.7.1. Cuestionarios

En la realización y esquematización de temas y subtemas de suma importancia en la realización de la presente investigación en lo que se refiere a la responsabilidad de los centros de arbitraje y mediación en el ejercicio de sus funciones, el cuestionario se aplicó a los habitantes del cantón Quevedo y profesionales en libre ejercicio del Derecho.

3.7.2. Guía de Entrevista

Se aplicó una entrevista al Sr. Ab. David Espinoza Mera, Funcionario Judicial del cantón Quevedo.

3.7.3. Fichas de Observación

Adquisición de datos en el campo de la investigación.

3.8. Tratamiento de los datos

La información relacionada a la argumentación de responsabilidad en materia de mediación y arbitraje, se documentaron mediante gráficos en Word y pasteles en Excel, que mediante las tabulaciones respectivas se detalla las características del fenómeno en cuestión.

3.9. Recursos humanos y materiales

3.9.1. Humanos

Moradores del cantón Quevedo

Profesionales de Derecho

Funcionarios Judiciales

3.9.2. Materiales

Encuestador, computadora, USB, Resmas de papel bond A4, CD, carpetas, agenda, internet, combustible, cartuchos, tarjeta prepago, celular, alimentación, lápiz, bolígrafos, anillado.

3.9.3. Presupuesto

Concepto	Cantidad	v/u.	v/t.
Computador portátil	1	\$ 300,00	\$ 300,00
Impresora Epson	1	\$ 220,00	\$ 220,00
Memoria externa	1	\$ 20,00	\$ 20,00
Cartuchos tinta	4	\$ 32,00	\$ 128,00
Internet	200h	\$ 0,80	\$ 16,00
Lápiz	10	\$ 0,25	\$ 10,25
Bolígrafos	5	\$ 0,45	\$ 2,25
Tarjetas Prepago Celular	6	\$ 6,00	\$ 36,00
Agenda	1	\$ 12,00	\$ 12,00
Carpetas	5	\$ 0,50	\$ 2,50
Papel A4 resmas	2	\$ 4,00	\$ 8,00
Xerox copias	500	\$ 0,03	\$ 15,00
Anillados	4	\$ 1,00	\$ 4,00
Empaste tesis	4	\$ 15,00	\$ 60,00
Total			\$ 834,00

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Análisis e interpretación de gráficos y resultados

4.1.1. Encuesta a Moradores de la ciudad de Quevedo

1.- ¿Cree usted que la mediación es el medio idóneo para solucionar toda clase de conflictos?

Tabla 1: La mediación es el medio idóneo para solucionar toda clase de conflictos

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	375	94 %
No	24	6 %
Total	399	100 %

Fuente: Encuesta a moradores del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor

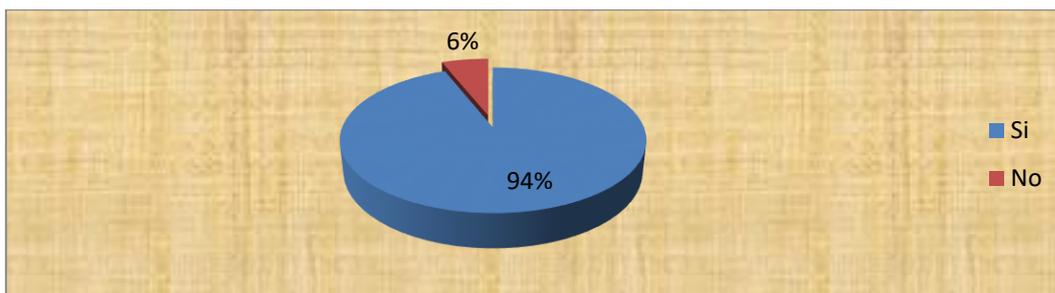


Figura 1.- La mediación es el medio idóneo para solucionar toda clase de conflictos

Análisis

Los resultados de la pregunta uno, demuestran que un 94 % de los encuestados dice que la mediación es la respuesta para solucionar toda clase de conflictos y el 6% restante que no.

Interpretación

La mediación sí es la respuesta para solucionar toda clase de conflictos. Porque elimina procesos judiciales y permite a la Administración de justicia contar con un instrumento versátil, ágil, confiable, a la hora de dirimir diferentes labores.

2.- ¿Considera usted que debe incentivarse el uso de la mediación para el manejo de conflictos?

Tabla 2: Debe incentivarse el uso de la mediación para el manejo de conflictos

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	399	100 %
No	0	0
A veces	0	0
Total	399	100 %

Fuente: Encuesta a moradores del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor

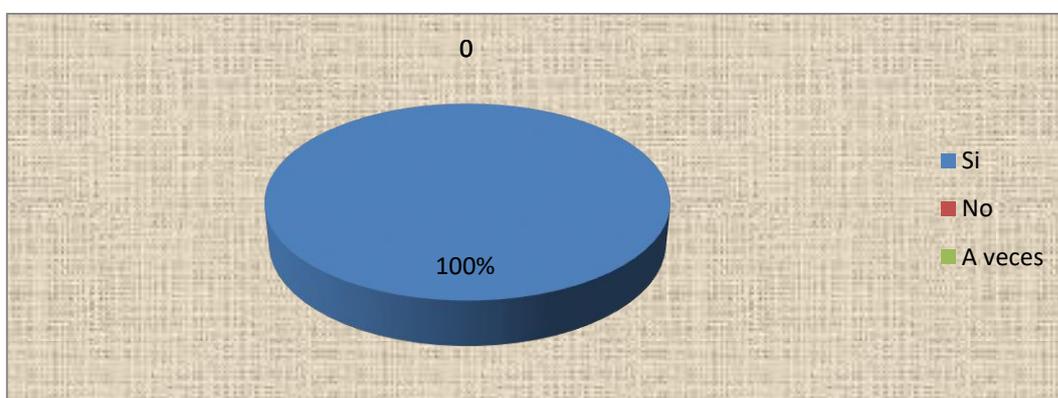


Figura 2.- Debe incentivarse el uso de la mediación para el manejo de conflictos

Análisis

Los resultados de la pregunta dos, demuestran que el 100% considera que el manejo de conflictos solo puede ser solucionado a través de la mediación.

Interpretación

El manejo de conflictos solo puede ser solucionado a través de la mediación porque es el camino para conseguir la paz, en un sentido dinámico y activo como búsqueda y resolución no violenta de los conflictos.

3.- ¿Considera usted que los conflictos de índole jurídicos deben ser de la total responsabilidad de quienes administran justicia participando en la mediación?

Tabla 3: Quienes administran justicia deben sugerir la mediación

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	399	100 %
No	0	0
A veces	0	0
Total	399	100 %

Fuente: Encuesta a moradores del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor

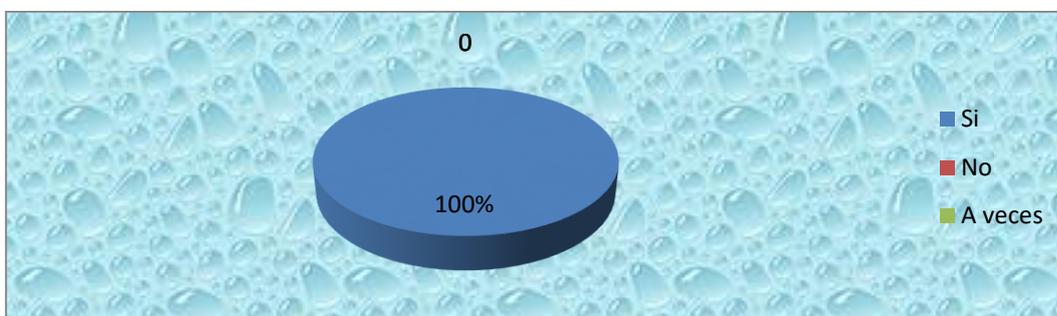


Figura 3.- Quienes administran justicia deben sugerir la mediación

Análisis

Los resultados de la pregunta tres, demuestran que el 100% considera que los conflictos de índole jurídicos sólo pueden ser solucionados a través de la mediación.

Interpretación

Los conflictos de índole jurídicos en materia transigible, sólo pueden ser solucionados a través de la mediación y por quienes administran justicia, porque los profesionales del Derecho son los llamados a aplicarla, especialmente cuando se han preparado profesionalmente en la materia.

4.- ¿Usted está de acuerdo que se deban resaltar los principios procesales en materia de mediación y arbitraje ante un conflicto presentado por las partes en litigio?

Tabla 4: Resaltar los principios procesales en materia de mediación y arbitraje

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	399	100 %
No	0	0
A veces	0	0
Total	399	100 %

Fuente: Encuesta a moradores del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor

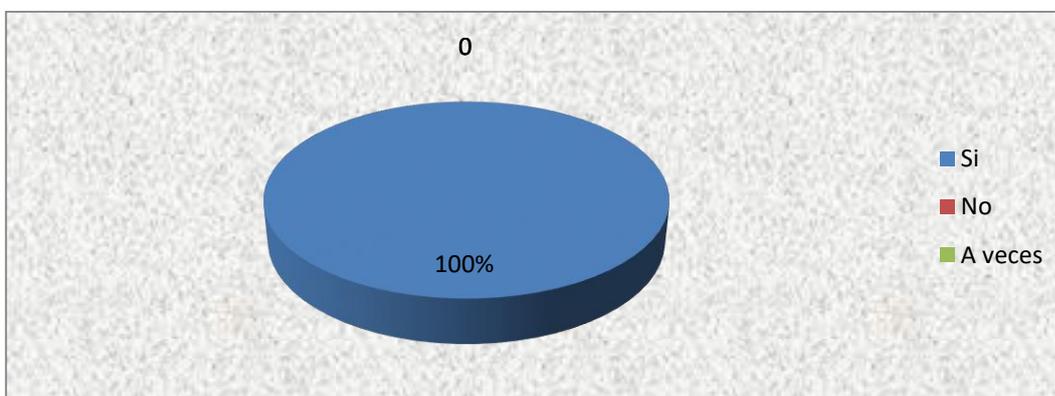


Figura 4.- Resaltar los principios procesales en materia de mediación y arbitraje

Análisis

Los resultados de la pregunta cuatro, demuestran que el 100% considera que está de acuerdo que se deban resaltar los principios procesales en materia de mediación y arbitraje referente a responsabilidad de los mediadores frente a los usuarios.

Interpretación

Los principios procesales en materia de mediación y arbitraje referente a la responsabilidad de los mediadores deben ser resaltados por los profesionales ante las partes en litigio, con honestidad, transparencia y equidad.

5.- ¿Cree usted que se deba establecer la creación de talleres de concientización sobre la mediación y arbitraje y la responsabilidad de los mediadores en los procesos extrajudiciales?

Tabla 5: Creación de talleres de concientización sobre los principios de mediación y arbitraje

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	399	100 %
No	0	0
A veces	0	0
Total	399	100 %

Fuente: Encuesta a moradores del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor

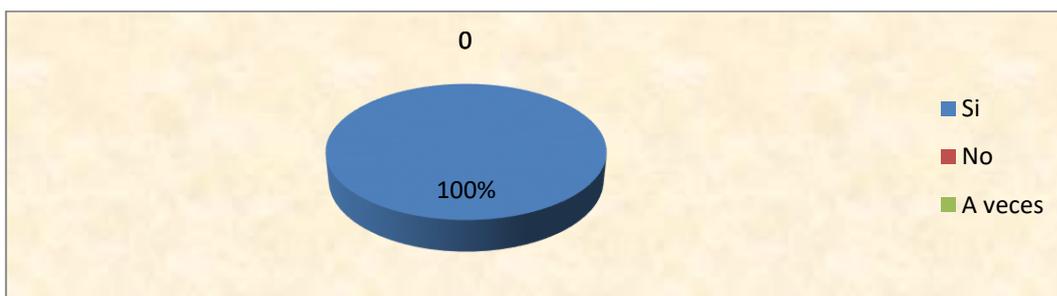


Figura 5.- Creación de talleres de concientización sobre la responsabilidad en mediación y arbitraje

Análisis

Los resultados de la pregunta cuatro, demuestran que el 100% considera que se deba establecer la creación de talleres de concientización dirigidos a los administradores de justicia sobre mediación y arbitraje y la responsabilidad de los mediadores.

Interpretación

Los talleres de concientización, ayudarán a que en casos de litigios extrajudiciales se proponga la creación de talleres dirigidos a los administradores de justicia de los centros de mediación y arbitraje y su responsabilidad.

4.1.2. Encuesta a Profesionales del Derecho de la ciudad de Quevedo

6.- ¿Cree usted que si una institución arbitral ocasiona perjuicios a los usuarios de sus servicios, debe, en principio, indemnizarles por los daños irrogados?

tabla 6: La institución arbitral que ocasiona perjuicios a los usuarios de sus servicios, debe indemnizarles por los daños irrogados

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	109	69 %
No	27	17 %
A veces	22	14 %
Total	158	100 %

Fuente: Encuesta a profesionales del Derecho del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor

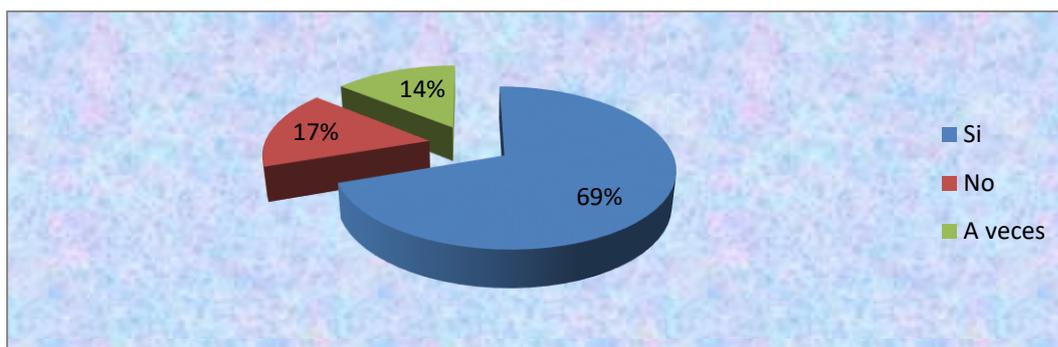


Figura 6.- La institución arbitral que ocasiona perjuicios a los usuarios de sus servicios, debe indemnizarles por los daños irrogados

Análisis

Los resultados de la pregunta seis, demuestran que un 69 % de los encuestados dice que si una institución arbitral ocasiona perjuicios a los usuarios de sus servicios, debe, en principio, indemnizarles por los daños irrogados, un 17% que no y el 14% restante considera que a veces.

Interpretación

Se considera como solución inmediata de los conflictos en la cual se ocasiona perjuicios a los usuarios, la indemnización, cuando exista negligencia comprobada por parte del mediador.

7.- ¿Cree usted que se debe asumir algún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción y omisión de los árbitros y mediadores ocasionen a las partes o a terceros?

Tabla 7: Responsabilidad por los perjuicios que por acción y omisión, de los árbitros y mediadores ocasionen a las partes o a terceros

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	104	66 %
No	54	34 %
A veces	0	0 %
Total	158	100 %

Fuente: Encuesta a profesionales del Derecho del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor

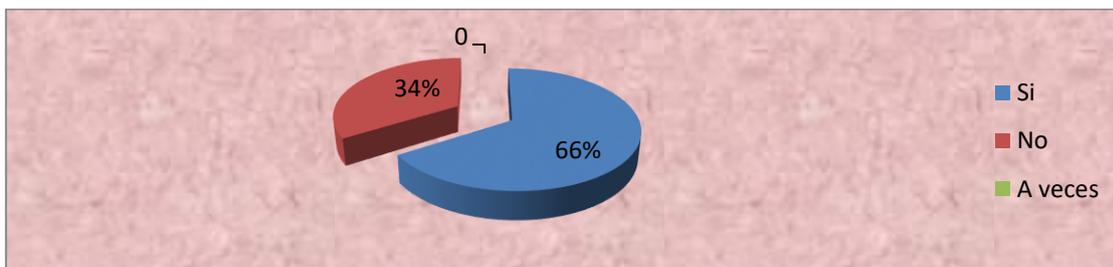


Figura 7.- Responsabilidad por los perjuicios que por acción y omisión, en ejercicio de sus funciones, los conciliadores, árbitros y secretarios ocasionen a las partes o a terceros

Análisis

Los resultados de la pregunta siete, demuestran que el 66% de los encuestados considera que se debe asumir algún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción y omisión, de los árbitros y mediadores ocasionen a las partes o a terceros, mientras que el 34% restante manifiestan que no.

Interpretación

En caso de negligencia comprobada, el responsable que actúa como mediador debe asumirla con responsabilidad por los perjuicios que por acción y omisión ocasionen a las partes o a terceros.

8.- ¿Cree usted que reconociendo la responsabilidad del encargado de administrar la justicia en la mediación y arbitraje se protegerán los derechos y garantías de la ciudadanía en caso de negligencia comprobada?

Tabla 8: Asumiendo la responsabilidad en la mediación y arbitraje se protegerán los derechos y garantías de la ciudadanía

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	104	66 %
No	54	34 %
A veces	0	0 %
Total	158	100 %

Fuente: Encuesta a profesionales del Derecho del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor

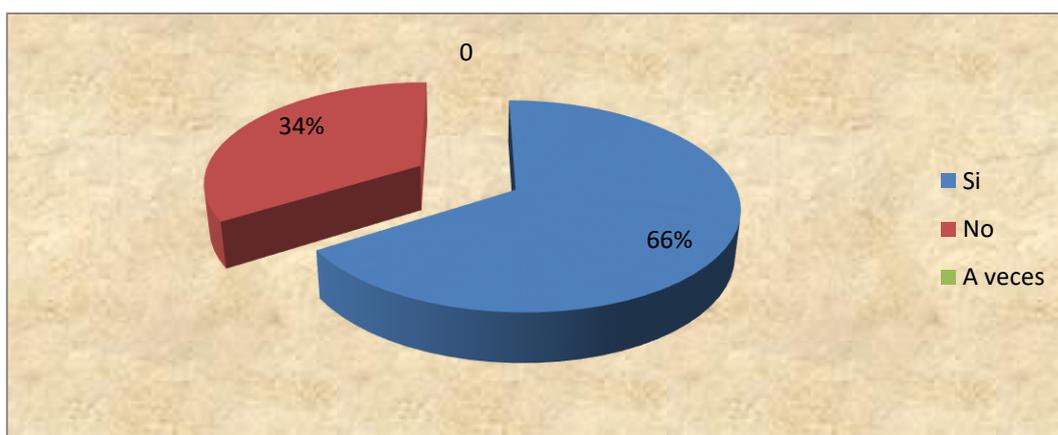


Figura 8.- reconociendo la responsabilidad del encargado de administrar la justicia en la mediación y arbitrajes se protegerán los derechos y garantías de la ciudadanía en caso de negligencia comprobada

Análisis

Los resultados de la pregunta ocho, demuestran que el 66% de los encuestados considera que asumiendo la responsabilidad por los perjuicios que por acción y omisión, en ejercicio de sus funciones por parte de los conciliadores, árbitros y secretarios se protegerán los derechos y garantías de la ciudadanía, mientras que el 34% considera que no.

Interpretación

La responsabilidad del administrador de justicia de los centros de mediación y arbitraje, es evitar que se vulneren derechos y garantías de la ciudadanía.

9.- ¿Considera usted que los talleres de concientización sobre la responsabilidad en los centros de mediación y arbitraje, mejorará el ejercicio de sus funciones?

Tabla 9: Los talleres de concientización mejorarán la mediación y arbitrajes mediante la responsabilidad de los mediadores

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	117	74 %
No	41	26 %
A veces	0	0 %
Total	158	100 %

Fuente: Encuesta a profesionales del Derecho del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor

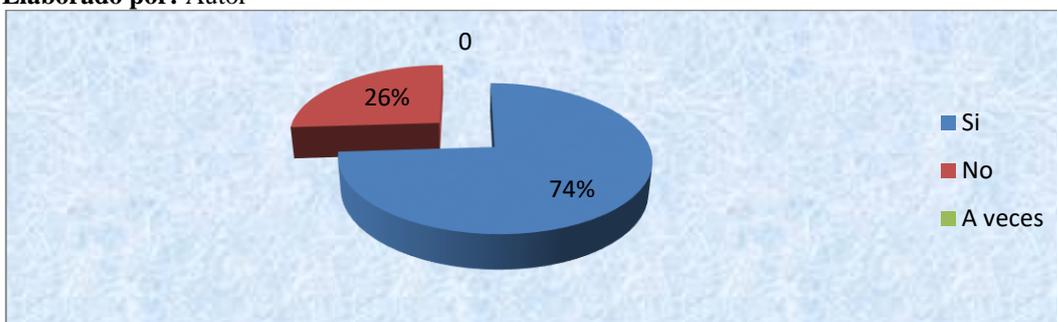


Figura 9.- Los talleres de concientización mejorarán la mediación y arbitrajes mediante la responsabilidad de los mediadores

Análisis

Los resultados de la pregunta nueve, demuestran que el 74% de los encuestados considera que para aplicar talleres de concientización dirigidos a los administradores de justicia sobre los principios de mediación y arbitraje se debe reconocer la responsabilidad de los mediadores, mientras que el 26% considera que no deberían ser específicamente la responsabilidad de los mediadores.

Interpretación

Los talleres de concientización mejorarán la mediación y arbitrajes mediante la responsabilidad de los mediadores evitando casos de negligencia comprobada que pudiere ocasionar daño a alguna de las partes en litigio.

10.- ¿Está usted de acuerdo en que al establecer la creación de talleres de concientización sobre la responsabilidad de los Centros de Arbitraje y Mediación se respetarán los derechos y garantías de las partes en litigio?

Tabla 10: Creación de talleres de concientización sobre los principios de mediación y arbitraje referente a la responsabilidad de los mediadores

Variables	Frecuencia	Porcentaje
Si	158	100 %
No	0	0 %
A veces	0	0 %
Total	158	100 %

Fuente: Encuesta a profesionales del Derecho del cantón Quevedo

Elaborado por: Autor

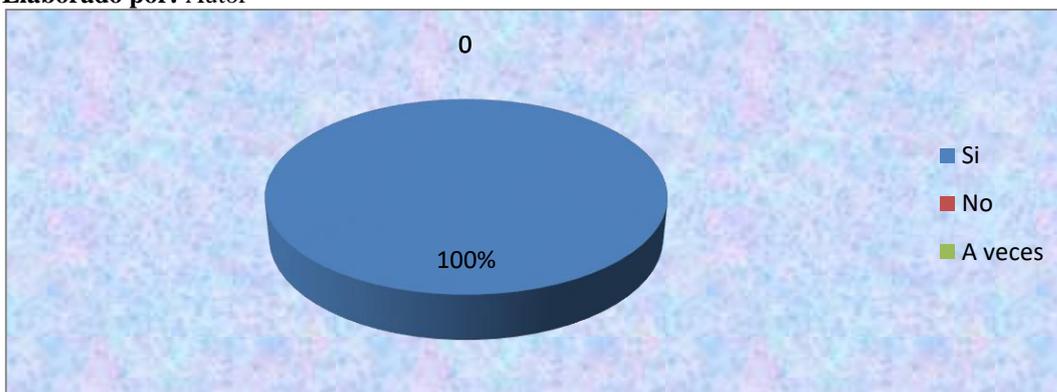


Figura 10.- Creación de talleres de concientización sobre los principios de mediación y arbitraje referente a la responsabilidad de los mediadores

Análisis

Los resultados de la pregunta diez, demuestran que el 100% de los encuestados están de acuerdo en que se deba establecer la creación de talleres de concientización dirigidos a los administradores de justicia sobre los principios de mediación y arbitraje y la responsabilidad de los mediadores.

Interpretación

Con la propuesta, se espera ayudar a que se respeten las garantías constitucionales de la ciudadanía y evitar alargamientos innecesarios en los conflictos de acuerdo en que se deba establecer la creación de talleres de concientización sobre la responsabilidad de los Centros de Arbitraje y Mediación.

4.1.3. Entrevista al Sr. Ab. David Espinoza Mera, Funcionario Judicial del Cantón Quevedo.

Sr. Ab. ¿Considera usted que si se establecen los principios procesales por parte de los árbitros y mediadores en materia de mediación y arbitraje, se debe considerar la responsabilidad de los mediadores y los árbitros frente a los usuarios?

Esto es muy importante, ya que si no se fundamentan correctamente los principios procesales en base a una responsabilidad de parte del mediador, los derechos en juego de las partes pueden correr riesgos de ser vulnerados.

Sr. Ab. ¿Considera usted que la situación actual de la mediación y arbitraje respecto a la responsabilidad de los mediadores frente a los usuarios debe ser analizada profundamente en vías de más garantías para quienes necesitan de esta figura jurídica?

Lamentablemente se ha aceptado como norma en el círculo del Derecho que quienes realizan la figura jurídica de la mediación, no son susceptibles según las leyes de responsabilidad procesal, por lo cual quienes apelan a este sistema, se arriesgan a una decisión, algunas veces equivocada, sin derecho a una apelación, por tal motivo, son pocas las personas que se inclinan a esta alternativa y prefieren continuar con el proceso judicial presentado.

Sr. Ab. ¿Está usted de acuerdo en que si una institución arbitral ocasiona perjuicios a los usuarios de sus servicios, debe indemnizarles por los daños irrogados?

Es lo más lógico, pues si se acude en busca de una solución y en vez de eso es perjudicado, dicha parte debe ser indemnizada si se comprueba que el daño ha sido causado por negligencia o terceros intereses.

Sr. Ab. ¿Cree usted que asumiendo la responsabilidad en la mediación y arbitraje se protegerán los derechos y garantías de la ciudadanía?

Toda responsabilidad conlleva a una acción para bien de quien lo merece, al asumir la responsabilidad, el mediador pondrá en primer lugar la justicia y la rectitud imparcial en el proceso de mediación y sobre todo debe ser transparente ante las dos partes.

Sr. Ab. ¿Cree usted que se deba aplicar la creación de talleres de concienciación sobre la responsabilidad de los Centros de Arbitraje y Mediación?

Es una excelente propuesta, ya que mediante la creación de talleres de concienciación dirigidos a los centros de arbitraje y mediación para que la solución de conflictos por esta vía garantice el respeto a los derechos de las partes por los administradores de justicia y que exista responsabilidad de los mediadores, comprometiéndose en busca de un buen resultado que beneficie a todos.

Entrevista al Sr. Ab Paúl Rivas, Funcionario Judicial del cantón Quevedo.

Sr. Ab. ¿Cree que si los árbitros y los mediadores establecen reglas de procedimiento para la mediación y el arbitraje, se debe considerar la responsabilidad de los mediadores y árbitros para los usuarios?

Esto es muy importante porque si las reglas de procedimiento no se basan correctamente en la responsabilidad del mediador, los derechos en juego pueden verse comprometidos por la infracción.

Sr. Ab. ¿Cree que la situación actual de la mediación y el arbitraje con respecto a la responsabilidad de los mediadores hacia los usuarios deben analizarse exhaustivamente en términos de más garantías para quienes necesitan este concepto legal?

Por desgracia, el círculo de la ley aprobada el principio de que aquellos que realizan situación jurídica de la mediación, no son susceptibles a la ley de responsabilidad procesal eso, los que se refieren a este sistema, la toma de riesgos, a veces errónea, sin derecho a apelar esta porque pocas personas se inclinan por esta alternativa y prefieren continuar con la demanda presentada.

Sr. Ab. ¿Está de acuerdo con que si una institución de arbitraje causa daños a los usuarios de sus servicios, debe compensarlos por el daño que han sufrido?

Esto es lo más lógico, porque si está buscando una solución y, en cambio, recibe daño, esta parte debe ser compensada si resulta que el daño fue causado por negligencia o por los intereses de terceros.

Sr. Ab. ¿Cree que asumir la responsabilidad en la mediación y el arbitraje protegerá los derechos y garantías de la ciudadanía?

Toda responsabilidad conduce a acciones en beneficio de quienes lo merecen, aceptando la responsabilidad, el mediador primero pone la justicia y la imparcialidad en el proceso de mediación, y sobre todo debe ser transparente ante ambas partes.

Sr. Ab. ¿Cree que deberían utilizarse los talleres de sensibilización sobre la responsabilidad de los Centros de Arbitraje y Mediación?

Esta es una excelente sugerencia como a través de la creación de talleres de sensibilización dirigidas a los centros de arbitraje y mediación, como la solución de los conflictos de esta manera garantiza el respeto a los derechos de las partes de los administradores de justicia y que no hay mediadores de rendición de cuentas, comprometiéndose a buscar un buen resultado, lo que beneficiará a todos.

4.2. Discusión

La doctrina señalada en la presente investigación, manifiesta que la cuestión de la responsabilidad del árbitro y del mediador deben ser apartada de toda inmunidad. Es necesario evocar la cuestión de la responsabilidad del árbitro o mediador sobre el derecho del mismo y considerar la perspectiva de su responsabilidad. En otras palabras, la cuestión jurídica que se plantea aquí es si la responsabilidad de los árbitros y mediadores puede ser iniciado sobre la base del contrato entre las partes de todos los actos cometidos por ellos en el cumplimiento de la misión encomendada, o se debe considerar que están protegidos por una inmunidad total o parcial, que se justifica por el carácter único de la misión que realizan.

Se entiende que el árbitro es un ser humano, susceptible de cometer errores; sin embargo, es su responsabilidad garantizar que se administre justicia siguiendo del debido proceso. No hacerlo genera desconfianza en el sistema, crea incertidumbres jurisprudenciales pues en los últimos años se ha considerado que el árbitro o el mediador no es calificado como responsable.

Los árbitros y mediadores son los proveedores de servicios y por tanto son responsables de su negligencia y errores, como cualquier proveedor de servicios profesionales. La mención de su inmunidad, aunque sea parcial que cubra su responsabilidad en los daños causados por negligencia o incompetencia.

Sin embargo, esto no significa que debe haber una falta de rendición de cuentas como en el caso de evadir la responsabilidad de los árbitros y mediadores, los cuales puedan disfrutar de una inmunidad que cubra sus actos u omisiones. Su responsabilidad debería ser aplicada en caso de negligencia grave, por fraude o dolo en el contenido del acto judicial de la negligencia o incompetencia.

Se observa a este respecto, que aun cuando se supone que existe un contrato entre los árbitros y las partes, no se establece que el árbitro será responsable por los daños causados por negligencia o incompetencia. Sin embargo, sin excluir a los árbitros contractuales y extra, la responsabilidad contractual debe ser moderada y adaptada al principio de la responsabilidad contractual. Esta tendencia, ha sido ampliamente desarrollada por la doctrina que argumenta a favor de temas y prácticas personales.

“Dentro de algunos de los reglamentos de las instituciones arbitrales encontramos normas que establecen la no responsabilidad de los centros en los arbitrajes. Por ejemplo el Art. 14 del Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil establece: La Cámara de Comercio de Guayaquil y el Centro de Arbitraje y Conciliación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción y omisión, en ejercicio de sus funciones, los conciliadores, árbitros y secretarios ocasionen a las partes o a terceros.”¹²¹

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

¹²¹ Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Óp. Cit. Artículo 14.

“La Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, el Centro de Arbitraje y Mediación y sus administradores, no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones, los árbitros, mediadores, secretarios arbitrales, peritos o negociadores ocasionaren a las partes o a terceros”.¹²²

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

“La Cámara de Comercio de Quito y el Centro de Arbitraje y Mediación no asumen ningún tipo de responsabilidad por los perjuicios que por acción u omisión, en ejercicio de sus funciones los mediadores, árbitros, secretarios y peritos ocasionen a las partes o a terceros”.¹²³

Dentro de la Constitución de la República del Ecuador (2008) en su Art. 76 " En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:..". Como se puede observar, la Constitución consagra al Debido Proceso (en este caso, la imparcialidad y responsabilidad de los administradores de justicia) como uno de los Principios fundamentales para todo procedimiento jurídico, por lo que es importante dentro de este trabajo de investigación que busquemos las causas cuando no se cumple con la debida responsabilidad de parte de los árbitros y mediadores, cuales son las consecuencias para la persona afectada en la violación al debido proceso de la mediación y arbitraje, que es lo que puede hacer un ser humano que haya sido vulnerado en sus derechos más sagrados que son la Libertad y la Inocencia. Esto se lo analiza dentro del presente trabajo de investigación y se plantea una solución.

Por lo tanto, lo que indican las encuestas N° 5, 6, 9 y 11, sobre “los principios procesales en materia de mediación y arbitraje, permitirán establecer la responsabilidad de los mediadores frente a los usuarios”

Finalmente, para que los centros de mediación y arbitraje sean conscientes de su responsabilidad, se propone la creación de talleres de concienciación para estos operadores

¹²² Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ecuatoriano Americana. Óp. Cit. Artículo 18.

¹²³ Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Óp. Cit. Artículo. 21.

de justicia, quienes tienen que garantizar el debido proceso y evitar que se vulneren los derechos de las partes procesadas.

Taller de concienciación sobre la responsabilidad de los Centros de Arbitraje y Mediación en el cantón Quevedo.

FASES	METAS	ACTIVIDADES	RECURSOS	TIEMPO	RESPONSABLES	EVALUACIÓN Y RESPALDO JURÍDICO
<p>Gestión teórica y práctica del taller de concienciación dirigida a los operadores de justicia sobre la responsabilidad en la mediación.</p> <p>Participación y difusión a través de talleres de concienciación sobre la responsabilidad de los Centros de Arbitraje y Mediación.</p>	<p>Concientización dirigidos a los administradores de justicia sobre los principios de mediación y arbitraje y la responsabilidad de los Centros de Arbitraje y Mediación</p>	<p>Taller seminario de conocimientos y concienciación del principio de contradicción en los procesos de mediación.</p> <p>Temas: - Principio de responsabilidad. - Derechos Humanos - deontología jurídica.</p>	<p>Materiales Carpetas Proyector Laptop Lápices Hojas</p> <p>Humanos Tesista Mabel Vera M</p>	<p>1 Hora diaria Por 3 días</p> <p>Miércoles Jueves Viernes</p> <p>Hora: 17:00 – 18:00</p>	<p>Consejo de la Judicatura o algún representante de la misma.</p> <p>Escuela Judicial Universidad Técnica Estatal de Quevedo.</p>	<p>Ley de Arbitraje y Mediación Y sus reformas (Publicada en el Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006). Art. 54, Literal e: Un código de ética de los mediadores. Reglamento del Centro de Mediación de la Función Judicial Capítulo IV Código de Ética Profesional para la Mediación Judicial Art.42.-Principios Fundamentales: Las y los servidores del Centro de Mediación de la Función Judicial, sus coordinaciones zonales y oficinas ejercerán sus funciones y atribuciones sobre la base de sus principios de confidencialidad, independencia, imparcialidad, debida diligencia, transparencia, celeridad, dedicación exclusiva, probidad, gratuidad, solidaridad, interculturalidad, equidad, voluntariedad, servicio público a la comunidad, y los demás que contribuyan a la efectividad de la Mediación.</p>

Elaborado por: Mabel Vera Menéndez

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

- No se ha establecido ningún análisis por parte del Consejo de la Judicatura de Los Ríos del Cantón Quevedo, sobre los razonamientos jurídicos y doctrinarios referentes a la responsabilidad de los mediadores en materia de mediación y arbitraje.
- Falta determinar la relación de la responsabilidad de los mediadores en materia de mediación y arbitraje tomando el caso de países colindantes al Ecuador conforme al Derecho Comparado.
- Aún no se han concretado los mecanismos para la creación de talleres de concientización dirigidos a los administradores de justicia sobre los principios de mediación y arbitraje y la responsabilidad de los mediadores.

5.2. Recomendaciones

- Es necesario que el Consejo de la Judicatura de Los Ríos del cantón Quevedo, realice un análisis sobre los razonamientos jurídicos y doctrinarios referentes a la responsabilidad de los mediadores en materia de mediación y arbitraje.
- Que el Consejo de la Judicatura de Los Ríos determine la relación de la responsabilidad de los mediadores en materia de mediación y arbitraje tomando el caso de países colindantes al Ecuador conforme al Derecho Comparado.
- Que el Consejo de la Judicatura de Los Ríos del cantón Quevedo concrete los mecanismos para la creación de talleres de concientización dirigidos a los administradores de justicia sobre los principios de mediación y arbitraje y la responsabilidad de los mediadores.

CAPÍTULO VI

BIBLIOGRAFÍA

6.1. Bibliografía

Abeliuk Manasevic, René. “El arbitraje y las obligaciones de las partes... 2012

Arias, José, Contrato Civiles Teoría y Práctica, Tomo II, Compañía Argentina De Editores Sociedad De Responsabilidad Limitada Tecuman, 826, Buenos Aires, 2011.

Barcia Lehmann, Rodrigo. Lecciones de Derecho Civil... Tomo II, 2012

Baruch Bush. & Joseph.P. Folger. La Promesa de Mediación. Editorial Ediciones Granita S.A. Argentina. Buenos Aires, 2008

Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones civiles. México D.F.: Oxford University Press, 2014

BENNETT G. Picker. . *Guía práctica para la mediación: Manual para la resolución de conflictos*. Buenos Aires, Argentina: PIADOS Ediciones, 2010

Blackaby, Nigel, Partasides, Constantine, Redfern, Alan y Hunter, Martin. Redfern and Hunter... 2015

Borda, Guillermo A. Manual de Contratos, 2013

Cabanellas, Guillermo. . *Diccionario De Derecho Usual*. Buenos Aires, 2011

Cazeaux, Pedro Néstor. “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual e hipotético. Pérdida de chance.” Temas de responsabilidad civil. En honor al Dr. Augusto M. Morello. La Plata: Platense, 2011.

Cerezo, M. Teorías sobre el medio televisivo y educación: el discurso de la televisión. Grupo Imago. Granada, 1994

Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2011

Folberg J. Taylor A. . *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. México DF, México: Limusa Ediciones, 2011

Fores Macall, Roberto, abuso del derecho en los contratos de mutuo, simple e hipotecarios en El Salvador, 2014

Gaillard Emmanuel y John Savage. *Fouchard Gaillard*, 2012

Gozaine, Oswaldo, “Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos” Bogotá. 2010

Guaglione, Horacio “Diccionario Jurídico”, 1966

Harold Lantan. *Mediación, Cultura del Diálogo*. Editorial Heriasta, 2011

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

López Blanco Hernán, “Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano”, 2011

Martínez Alarcón, Javier. *Teoría general de las obligaciones...* 2011

Mejía Gómez J.K. *Mediación como forma de tutela judicial efectiva*. Valencia, España: El Derecho Editores, 2014

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

O'Callaghan, Xavier. “Contrato de mandato. Concepto y clases”. *Compendio de Derecho Civil. Tomo 2 (Obligaciones y Contratos) Volumen 2*. Madrid: Edersa, 2012

Onyema, Emilia. “Other collateral contracts”. *International Commercial...* 2012

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

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

Pratesi, Juan Carlos. “Clasificación de los Contratos”. *Tratado...* 2013

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

Rivera, Julio César. Instituciones de Derecho Civil. Parte General. Tomo II. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013.

Rodríguez Grez, Pablo. Responsabilidad Contractual. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2012

Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo II, 2015

Trigo Represas, Félix A. “La pérdida de chance en el Derecho de Daños. De la certidumbre de un perjuicio a la mera posibilidad o probabilidad. Noción.” Revista de Derecho de Daños. Santa Fe: RubinzalCulzoni, 2008.

Valencia Zea, Arturo, Derecho Civil, Tomo IV De Los Contratos, Edición Editorial Temis Colombia, 1970.

Vieites Fernando, Diccionario 2011

CÓDIGOS Y LEYES

Constitución de la República del Ecuador, 2008

Código Civil. Óp. Cit. Artículo 1457. 2012

Ley de Arbitraje y Mediación Ley s/n (Registro Oficial 145, 4-IX-97).

Ley de Arbitraje y Mediación. Editorial La Jurídica. Quito. 2014

Organización Mundial de Propiedad Intelectual OMPI. 2010

Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, 2002

Codificación del Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, 2012

Código de Procedimiento Civil de Colombia, 2011

Programa Nacional de Mediación De Argentina, 1995

LINKOGRAFÍA

Ministerio De Justicia Y Derechos Humanos. *Consultado en la web*
www.projusticia.gov.ec.2013

OMPI. *Centro de Mediación y rbitraje*.<http://www.arbiter.wipo.int/arbitration/arbitrationrules/complete-es.html> el 22 de junio del 2014

CAPÍTULO VII
ANEXOS

N: 1 Entrevista a la Administradora de Justicia del Centro de Mediación de la ciudad de Quevedo



N: 2 Encuesta al abogado Paúl Rivas.



N: 3 Encuesta al abogado David Espinoza



N: 4 Encuesta a la población de Quevedo



Entrevista al Sr. Ab. David Espinoza Mera, Funcionario Judicial del Cantón Quevedo.

Sr. Ab. ¿Considera usted que si se establecen los principios procesales por parte de los árbitros y mediadores en materia de mediación y arbitraje, se debe considerar la responsabilidad de los mediadores y los árbitros frente a los usuarios?

Sr. Ab. ¿Considera usted que la situación actual de la mediación y arbitraje respecto a la responsabilidad de los mediadores frente a los usuarios debe ser analizada profundamente en vías de más garantías para quienes necesitan de esta figura jurídica?

Sr. Ab. ¿Está usted de acuerdo en que si una institución arbitral ocasiona perjuicios a los usuarios de sus servicios, debe indemnizarles por los daños irrogados?

Sr. Ab. ¿Cree usted que asumiendo la responsabilidad en la mediación y arbitraje se protegerán los derechos y garantías de la ciudadanía?

Sr. Ab. ¿Cree usted que se deba aplicar la creación de talleres de concienciación sobre la responsabilidad de los Centros de Arbitraje y Mediación?

Entrevista al Sr. Ab Paúl Rivas, Funcionario Judicial del Cantón Quevedo.

Sr. Ab. ¿Cree que si los árbitros y los mediadores establecen reglas de procedimiento para la mediación y el arbitraje, se debe considerar la responsabilidad de los mediadores y árbitros para los usuarios?

Sr. Ab. ¿Cree que la situación actual de la mediación y el arbitraje con respecto a la responsabilidad de los mediadores hacia los usuarios debe analizarse exhaustivamente en términos de más garantías para quienes necesitan este concepto legal?

Sr. Ab. ¿Está de acuerdo con que si una institución de arbitraje causa daños a los usuarios de sus servicios, debe compensarlos por el daño que han sufrido?

Sr. Ab. ¿Cree que asumir la responsabilidad en la mediación y el arbitraje protegerá los derechos y garantías de la ciudadanía?

Sr. Ab. ¿Cree que deberían utilizarse los talleres de sensibilización sobre la responsabilidad de los Centros de Arbitraje y Mediación?

Jurisprudencia

RESOLUCION No.
22 de noviembre de
2013

Dentro del juicio verbal sumario No. 297-2012 GNC que por dinero sigue WILSON CRISTÓBAL PABÓN VÁSQUEZ, EN SU CALIDAD DE PRESIDENTE EJECUTIVO Y REPRESENTANTE LEGAL DE VEHÍCULOS TODO TRABAJO S.A., TOTRASA contra FAUSTO LEONARDO MONCAYO JARAMILLO Y JAMES MANUEL ESPARZA CISNEROS, REPRESENTANTES DE AEROAUTO AUTOMOTORES DEL AEROPUERTO CIA, LTDA., se ha dictado lo que sigue: Razón: Siento como tal que el presente juicio fue estudiado en relación por los señores doctores, Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. María Rosa Merchán Larrea; y, Dr. Wilson Andino Reinoso, Jueces Nacionales de la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.- Certifico.- Quito, a 22 de noviembre de 2013.- ff) Ab. Gina Navas Carrera, Secretaria Relatora Encargada Juez Ponente: Dr. Eduardo Bermúdez Coronel CORTE NACIONAL DE JUSTICIA - SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, 22 de noviembre de 2013, las 10h00.- VISTOS (No. 297 – 2012):

1. JURISDICCION Y COMPETENCIA: En virtud de que los Jueces Nacionales que suscribimos hemos sido debidamente designados por el Consejo de la Judicatura de Transición mediante Resolución No. 004-2012 de 25 de enero de 2012 y, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en Resolución No. 04-2013 de 22 de julio de 2013, dispuso reestructurar la conformación de las Salas Especializadas, con sujeción a lo previsto en el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial, sustituido por el artículo 8 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, nos ratificó en la integración de esta Sala Especializada; y, conforme el acta de sorteo que obra del cuaderno de casación, tenemos jurisdicción y somos competentes para conocer esta causa, en armonía con los artículos 184.1 de la Constitución de la República, 190.1 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1 de la Ley de Casación.
2. ANTECEDENTES: En lo principal, sube el proceso a esta Sala en virtud del recurso de casación oportunamente interpuesto por Wilson Cristóbal Pabón Vásquez, en su calidad de Presidente Ejecutivo y Representante Legal de Vehículos Todo Trabajo S.A., Totrasa, de la sentencia proferida por la Sala de lo Civil, Laboral, Inquilinato, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, el 04 de abril de 2012 a las 09h44, misma que desecha el recurso de apelación interpuesto por el demandante y confirma en todas sus partes la sentencia dictada por el Juez Tercero de lo Civil de Imbabura que desechó a su vez la demanda en razón de la existencia de un convenio arbitral firmado por las partes.
3. FUNDAMENTOS DEL RECURSO: El recurrente alega como infringidas en la sentencia impugnada los artículos 190 de la Constitución de la República, 6, 7 y 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación y 828 del Código de Procedimiento Civil. Duce el recurso interpuesto con cargo en las causales primera y segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. Concluido el trámite de sustanciación y en virtud de haberse fijado los límites dentro de los cuales se constriñe

el recurso, para resolver, se puntualiza: 4. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL RECURSO DE CASACIÓN: La casación es un medio de impugnación extraordinario, público y de derecho estricto; es recurso limitado desde que la ley lo contempla para impugnar, por su intermedio, sólo determinadas sentencias. Consecuencia de dicha limitación “es el carácter eminentemente formalista de este recurso, (...), que impone al recurrente, al estructurar la demanda con la cual lo sustenta, el inexorable deber de observar todas las exigencias de la técnica de la casación, a tal punto que el olvido o desprecio de ellas conduce a la frustración del recurso y aún al rechazo in limine del correspondiente libelo” (Humberto Murcia Ballén, Recurso de Casación Civil, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, sexta edición, Bogotá, 2005, p. 91). El objetivo fundamental de la casación es atacar la sentencia que se impugna para invalidarla o anularla por los vicios de fondo o forma de los que puede adolecer, hecho que se verifica a través del cotejamiento riguroso y técnico de la sentencia con el ordenamiento jurídico vigente, lo que permite encontrar la procedencia o no de las causales invocadas. Este control de legalidad, está confiado al más alto Tribunal de Justicia Ordinaria, que en el ejercicio de ese control, así como el de constitucionalidad, lo que busca es garantizar la defensa del derecho objetivo en procura de la seguridad jurídica, pilar fundamental en el que se sustenta el Estado constitucional de derechos y justicia, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, así como la unificación de la jurisprudencia a través del desarrollo de precedentes jurisprudenciales fundamentados en fallos de triple reiteración. La casación es recurso riguroso, restrictivo y formalista, por lo que su interposición debe sujetarse necesaria e invariablemente a los requisitos previstos en la ley.

5. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO EN RELACIÓN A LAS IMPUGNACIONES PRESENTADAS.- 5.1. PRIMER CARGO: CAUSAL SEGUNDA.- 5.1.1. De acuerdo al orden lógico corresponde analizar el cargo por la causal segunda del artículo 3 de la Ley de Casación. El recurrente aduce “falta de aplicación de las disposiciones jurídicas contenidas en el artículo 828 del Código de Procedimiento Civil” y añade, “una vez interpuesta la demanda y al no existir la oposición por parte del demandado en el momento oportuno sobre la existencia del convenio arbitral, lo que dio como resultado la renuncia del mismo, de acuerdo con lo establecido **en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación**, por tanto, no había nada que resolver sobre la validez o la no renuncia en forma expresa del convenio arbitral, solo bastaba la interposición de la demanda y su no oposición por la parte demandada al momento de proponer excepciones (...). Al no dar paso a este trámite, tampoco se aplicaron varias disposiciones jurídicas relativas a la prueba presentada, tal como se lo verá a continuación...”. El artículo 828 ejusdem, dispone: “Están sujetas al trámite que esta Sección establece las demandas que, por disposición de la ley o por convenio de las partes, deban sustanciarse verbal y sumariamente; las de liquidaciones de intereses, frutos, daños y perjuicios, ordenadas en sentencia ejecutoriada; las controversias relativas a predios urbanos entre arrendador y arrendatario o subarrendatario, o entre arrendatario y subarrendatario, y los asuntos comerciales que no tuviesen procedimiento especial”. 5.1.2. El acierto en la proposición de la causal segunda y su vinculación con la transgresión de la norma legal invocada conlleva la nulidad del proceso; para que aquello ocurra, “el recurrente debe señalar en forma

concreta y detallada de qué manera se han transgredido las normas de derecho invocadas, según la causal alegada; en efecto, se puede distinguir: a) Si se invoca la causal segunda, se ha de señalar en qué ha consistido la violación de las garantías del debido proceso, o cual ha sido la formalidad procesal incumplida que ha viciado al proceso de nulidad insanable o provocado indefensión y de qué manera ha influido en la decisión de la causa...” (Dr. Santiago Andrade Ubidia, *La Casación Civil en el Ecuador*, Andrade & Asociados, Fondo Editorial, Quito, 2005, 1ra. edición, p. 204). En contraste, tal como lo destaca el tratadista José Núñez Aristimuño: “Sin fundamentar, sin razonar las infracciones denunciadas, no existe formalización. La fundamentación de la infracción debe hacerse en forma clara y precisa, sin incurrir en imputaciones vagas, vinculando el contenido de las normas que se pretenden infringidas con los hechos o circunstancias a que se refiere la violación, esto es que la infracción debe ser demostrada sin que a tal efecto baste señalar que la sentencia infringió tal o cual precepto legal, es necesario que se demuestre cómo, cuándo y en qué sentido se incurrió en la infracción”. (José Núñez Aristimuño, citado por Manuel Tama, *El recurso de casación*, EDILEX S.A., Guayaquil, 2011, p. 600), presupuesto que el recurrente no ha cumplido, en mérito de no establecer en su impugnación el debido razonamiento derivado de la lógica jurídica asible en las infracciones denunciadas, más únicamente ha expresado de forma diminuta lo que se deja citado supra. En virtud de lo precedente, se desestima este cargo.

5.2. SEGUNDO CARGO: VIOLACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES.- Cuando se acusa violación de las disposiciones constitucionales, este cargo debe ser analizado en primer lugar por el principio de supremacía constitucional establecido en los artículos 424 y 425 de la Constitución de la República, al ser la norma suprema del Estado la fuente originaria y fundadora del ordenamiento jurídico derivado, a la cual debe ajustarse el sistema dispositivo infraconstitucional, las actuaciones de las instituciones del Estado, sus representantes, los administrados y en general la sociedad que se encuentra por fuerza de ley vinculada a dichos preceptos. Sin embargo al haber sido invocada la causal segunda, ha prevalecido aquella al presente estudio constitucional, porque en el evento de prosperar el cargo, la nulidad que se debería declarar, enerva el tratamiento de los otros cargos.

5.2.1. Corresponde analizar el cargo por la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por la cual se imputan vicios in iudicando por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva. Este vicio de juzgamiento por violación directa de la ley, concurre cuando:

- 1.- El juzgador deja de aplicar la norma sustantiva al caso controvertido por absoluto desconocimiento de la misma y por desconocer el rango o preferencia que tiene en relación con otras; por ignorancia acerca de su naturaleza propia y la posibilidad de que pueda omitirse o modificarse por voluntad de las partes.
- 2.- Por aplicación indebida, **(En este caso, una mala mediación o arbitraje)** por el error que ocurre al subsumir los hechos establecidos en la norma y al precisar las circunstancias de hecho que son relevantes para que la norma entre en juego (yerro de diagnosis jurídica), puede también surgir el error al establecer la diferencia o semejanza que media entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto; y,
- 3.- El juzgador incurre en yerro de

hermenéutica, de interpretación jurídica, al errar acerca del contenido de la norma, “del pensamiento latente en ella, por insuficiencia o exceso en el juicio del juzgador y de acuerdo con las doctrinas sobre interpretación de las leyes.” (Manuel de la Plaza, La Casación Civil, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1944, p. 218).

5.2.2. El recurrente con cargo a esta causal expresa que: “se hace una aplicación indebida de la norma de derecho contenida en los artículos 190 de la Constitución y 6 y 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación” y adicionalmente indica que: “La mencionada Sala también infringió la disposición contenida en el Art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación al no interpretarlo correctamente. (...) Quién debía impugnar el proceso y alegar la existencia de dicho convenio era exclusivamente, la parte demandada, quien debía hacerlo en la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, lo cual no existe, en vista que ellos (sic) no concurrieron a la audiencia referida, al no concurrir (sic) a la misma, dicha alegación que debieron presentar los demandados en ese exclusivo momento, al no hacerlo, perdieron su derecho, éste se encuentra caduco y ya no tiene validez si se lo presenta en otro momento...”. 5.2.3. El artículo 190 de la Constitución de la República, dispone: “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”. La norma constitucional transcrita prevé que los procedimientos alternativos para la solución de conflictos se aplicarán con sujeción a la ley. La Ley de Arbitraje y Mediación dispone en el artículo 8, invocado por el casacionista, que: “Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral. En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriada el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales”. En el marco de la fundamentación que el recurrente realiza, corresponde a esta Sala establecer si existió o no convenio arbitral entre las partes en conflicto, y en caso de haber existido, si aquel fue o no objeto de renuncia.

5.2.4. La demanda presentada por el ahora recurrente en contra de Aeroauto y “sus socios y representantes”, fue incoada el 24 de noviembre de 2009 (fs. 7 a 8 del cuaderno de primera instancia) ante el Juez de lo Civil de Imbabura, en los siguientes términos: “Mi representada vendió a crédito a la empresa Aeroauto Automotores del Aeropuerto Cía. Ltda., (...) varios automotores y repuestos a través de facturas que indico a continuación por la suma de ciento cuarenta y cinco mil novecientos sesenta y cinco dólares, con 05 centavos de dólar (sic)”, demanda que solicitó sea aceptada a trámite verbal sumario por disposición del artículo 828 del Código de Procedimiento Civil. A

fojas 30 ídem, consta la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, llevada a efecto el 24 de marzo de 2010, a las 09h40, a la que no comparecieron los demandados, por lo que se prosiguió en rebeldía y se dispuso la apertura de la causa a prueba por seis días. Posteriormente, a fojas 35 y vta., y 43 a 46, James Manuel Esparza Cisneros y Fausto Leonardo Moncayo Jaramillo, en sus respectivas calidades de Presidente y Gerente General de Aeroauto Automotores del Aeropuerto Cía. Ltda., actúan prueba, agregando éste último (a fojas 38 a 41) una copia del contrato de representación y subdistribución suscrito el 19 de julio de 2006, entre su representada y Vehículos Todo Trabajo S.A., Totrasa, (constando en el expediente también el original a fs. 599 a 602) mediante el cual, conforme estipula la cláusula tercera: “Totrasa autoriza, otorga y delega la representación y subdistribución de los vehículos a el subdistribuidor” de acuerdo con las condiciones acordadas en dicha cláusula y pactándose en la cláusula novena que las controversias serán sometidas al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, para su decisión en equidad de conformidad con el trámite previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación y el Reglamento para el funcionamiento del Centro. 5.2.5. “La Ley de Arbitraje y Mediación asigna al arbitraje las siguientes características: (...) 3. Tiene su origen en la voluntad de las partes. Esta es una característica de enorme importancia. Si bien, la autonomía de la voluntad y el principio de libre contratación están hoy día atenuados por el legislador, es la voluntad de las partes la que inspira la institución arbitral. (...) La voluntad de las partes es, pues, la fuente del arbitraje. El árbitro es designado en la cláusula arbitral y sus facultades están reguladas por dicha voluntad y por la Ley. 4. Sustraer la controversia del ámbito de la competencia judicial. El arbitraje tiene un origen contractual dado que supone la existencia de un convenio entre las partes para sustraer la controversia que las divide a la competencia de los tribunales ordinarios y someterla a la decisión de un tribunal arbitral...”. (Ernesto Salcedo Verduga, El arbitraje, la justicia alternativa. Distrilib Editorial, Guayaquil, 2007, p.p. 51 a 53). Es menester recalcar que todo derecho nace, se transforma o se extingue como consecuencia de un hecho, por ello que la primera función del juez en el proceso sea la investigación de lo fáctico, para luego, en la sentencia, deducir el derecho que surja de aquello. Alcina, sobre este tema expresa: “El juez conoce el derecho, y nada importa que las partes omitan mencionarlo o incurran en errores con respecto a la ley aplicable, porque a él le corresponde establecer su verdadera calificación jurídica en virtud del principio iura novit curia; pero no ocurre lo mismo con los hechos, que sólo puede conocerlos a través de las afirmaciones de las partes y de la prueba que ellas produzcan para acreditarlos”. (Citado por Víctor De Santo, La prueba judicial, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1992, p. 10). 6. DECISIÓN EN SENTENCIA: Por la motivación que antecede, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16, primer inciso de la Ley de Casación, este Tribunal de la Sala de lo Civil y Mercantil, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, acepta parcialmente el recurso interpuesto y casa la sentencia proferida por la Sala de lo Civil, Laboral, Inquilinato, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura el 04 de abril de 2012, a las 09h44, revocándola en todas sus partes y en virtud que del contenido de los informes periciales

constantes a fojas 417 a 441, y 709 a 710 del cuaderno de primer nivel, no se desprende que exista incumplimiento en la obligación demandada por Vehículos Todo Trabajo S.A., Totrasa, derivada de la ejecución del contrato de representación y subdistribución suscrito el 19 de julio de 2006 con Aeroauto Automotores del Aeropuerto Cía. Ltda., y no existiendo reconvenición, se rechaza la demanda. Al encontrarse indebidamente fundamentadas las sentencias dictadas por el Juez Tercero de lo Civil de Imbabura y por la Sala de lo Civil, Laboral, Inquilinato, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, al no haber considerado las normas de derecho inherentes a la resolución del caso, como queda explicado supra, así como no pronunciarse respecto a la caución solicitada por el recurrente en el escrito de interposición del recurso con sujeción a lo previsto en el artículo 11 de la Ley de Casación, se dispone que de manera inmediata se oficie al Consejo Nacional de la Judicatura para su conocimiento y trámite reglamentario. Sin costas, ni multas. Notifíquese y devuélvase.- ff) Dr. Eduardo Bermúdez Coronel, Dra. María Rosa Merchán Larrea; y, Dr. Wilson Andino Reinoso, JUECES NACIONALES.- Certifico. ff) SECRETARIA RELATORA ENCARGADA.- RAZON:- Siento por tal que la copia que antecede es igual a su original. Certifico. Quito, a 22 de noviembre de 2013. Ab. Gina Navas Carrera SECRETARIA RELATORA ENCARGADA

COMENTARIO

La demanda presentada por el ahora recurrente en contra de Aeroauto y “sus socios y representantes”, fue incoada el 24 de noviembre de 2009 (fs. 7 a 8 del cuaderno de primera instancia) ante el Juez de lo Civil de Imbabura, en los siguientes términos: “Mi representada vendió a crédito a la empresa Aeroauto Automotores del Aeropuerto Cía. Ltda., (...) varios automotores y repuestos a través de facturas que indico a continuación por la suma de ciento cuarenta y cinco mil novecientos sesenta y cinco dólares, con 05 centavos de dólar (sic)”, demanda que solicitó sea aceptada a trámite verbal sumario por disposición del artículo 828 del Código de Procedimiento Civil. A fojas 30 ídem, consta la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, llevada a efecto el 24 de marzo de 2010, a las 09h40, a la que no comparecieron los demandados, por lo que se prosiguió en rebeldía y se dispuso la apertura de la causa a prueba por seis días. Posteriormente, a fojas 35 y vta., y 43 a 46, James Manuel Esparza Cisneros y Fausto Leonardo Moncayo Jaramillo, en sus respectivas calidades de Presidente y Gerente General de Aeroauto Automotores del Aeropuerto Cía. Ltda., actúan prueba, agregando éste último (a fojas 38 a 41) una copia del contrato de representación y subdistribución suscrito el 19 de julio de 2006, entre su representada y Vehículos Todo Trabajo S.A., Totrasa, (constando en el expediente también el original a fs. 599 a 602) mediante el cual, conforme estipula la cláusula tercera: “Totrasa autoriza, otorga y delega la representación y subdistribución de los vehículos a el subdistribuidor” de acuerdo con las condiciones acordadas en dicha cláusula y pactándose en la cláusula novena que las controversias serán sometidas al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de

Comercio de Quito, para su decisión en equidad de conformidad con el trámite previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación y el Reglamento para el funcionamiento del Centro.

Según se analizó la presente jurisprudencia, entre la actora, ahora recurrente, y la demandada efectivamente se pactó un convenio arbitral por el cual las controversias que se deriven de la ejecución del contrato referido debieron ser sometidas a la jurisdicción arbitral, pero en virtud de lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, invocado por el censor con cargo en la presente causal, existió la renuncia al convenio arbitral “cuando presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no se opuso, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral”, precepto que se adecuó al presente proceso, al habérselo tramitado en vía verbal sumaria y en rebeldía del demandado; consecuentemente, derivándose la jurisdicción y competencia del litigio subsecuente a la jurisdicción ordinaria, cuestión de estricto derecho que no ha sido considerada por el Juez Tercero de lo Civil de Ibarra, quien desecha la demanda “en razón de la existencia de un convenio arbitral firmado por las partes y que consta de autos”, convirtiéndose en una falta de responsabilidad, dejando a salvo “las acciones que en aplicación de la Ley de Arbitraje y Mediación puedan plantearse en el presente caso”, y reiterada por la Sala de lo Civil, Laboral, Inquilinato, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, que mediante sentencia ahora impugnada, desecha el recurso de apelación interpuesto por el demandante y confirma en todas sus partes la sentencia dictada por el juez a quo, vulnerándose los derechos del perjudicado.