



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO

FACULTA DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

POSGRADO

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

MODALIDAD DE TITULACIÓN: PROYECTO DE DESARROLLO

**Trabajo de titulación previo a la obtención del grado académico de
Magister en Derecho Mención Derecho Civil y Procesal Civil**

**Tema: LA PRÁCTICA PROCESAL CIVIL EN LA
SUSTANCIACIÓN DE LA CLÁUSULA DE MÉTODOS
ALTERNATIVOS A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.**

Autor: Abogado Rodrigo Israel Erazo Rey Magister

Director: Abogado Juan Pablo Montero Solano Magister

Ambato – Ecuador

2022

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO

INFORMACIÓN GENERAL

TEMA: LA PRÁCTICA PROCESAL CIVIL EN LA SUSTANCIACIÓN DE LA CLÁUSULA DE MÉTODOS ALTERNATIVOS A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

AUTOR: Rodrigo Israel Erazo Rey

Grado académico: Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República; y, Magister en Derecho Penal Mención en Derecho Procesal Penal

Correo electrónico: yogoerazojr@hotmail.com

DIRECTORA: Abogado Juan Pablo Montero Solano Magister

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

- Derecho Civil y Procesal Civil

A LA UNIDAD ACADÉMICA DE TITULACIÓN DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO.

El Tribunal receptor del Trabajo de Titulación, presidido por el Doctor Ángel Patricio Poaquiza Poaquiza Magíster, Presidente y Miembro de Tribunal e integrado por los señores: Abogado Edison Santiago León Trujillo Magíster, Abogada Jeanette Elizabeth Jordán Buenaño Magíster, Miembros de Tribunal designados por la Unidad Académica de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad Técnica de Ambato, para receptor el Trabajo de Titulación con el tema: **“LA PRÁCTICA PROCESAL CIVIL EN LA SUSTANCIACIÓN DE LA CLÁUSULA DE MÉTODOS ALTERNATIVOS A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS”**, elaborado y presentado por el señor Abogado Rodrigo Israel Erazo Rey Magíster, para optar por el Grado Académico de Magíster en Derecho Mención Derecho Civil y Procesal Civil; una vez escuchada la defensa oral del Trabajo de Titulación el Tribunal aprueba y remite el trabajo para uso y custodia en las bibliotecas de la UTA.

Dr. Ángel Patricio Poaquiza Poaquiza, Mg.
Presidente y Miembro del Tribunal

Abg. Edison Santiago León Trujillo, Mg.
Miembro del Tribunal

Ab. Jeanette Elizabeth Jordán Buenaño, Mg.
Miembro del Tribunal

AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

La responsabilidad de las opiniones, comentarios y críticas emitidas en el Trabajo de Titulación presentado con el tema: **“LA PRÁCTICA PROCESAL CIVIL EN LA SUSTANCIACIÓN DE LA CLÁUSULA DE MÉTODOS ALTERNATIVOS A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS”**, le corresponde exclusivamente al Abogado Rodrigo Israel Erazo Rey Magíster, Autor, bajo la Dirección del señor Abogado Juan Pablo Montero Solano Magister, Director del Trabajo de Titulación; y, el patrimonio intelectual a la Universidad Técnica de Ambato.

Abg. Rodrigo Israel Erazo Rey Mg

C.C.: 0604111559

AUTOR

Abg. Juan Pablo Montero Solano, Mg.

C.C.: 1803539731

DIRECTOR

DERECHOS DE AUTOR

Autorizo a la Universidad Técnica de Ambato, para que el Trabajo de Titulación, sirva como un documento disponible para su lectura, consulta y procesos de investigación, según las normas de la Institución.

Cedo los Derechos de mi Trabajo de Titulación, con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de este, dentro de las regulaciones de la Universidad.

Abg. Mg. Rodrigo Israel Erazo Rey Mg.

C. I. 0604111559

ÍNDICE GENERAL

Contenido	Pág.
PORTADA.....	i
INFORMACIÓN GENERAL.....	ii
A LA UNIDAD ACADÉMICA DE TITULACIÓN DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO.	iii
AUTORÍA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN	iv
DERECHOS DE AUTOR.....	v
ÍNDICE GENERAL.....	vi
ÍNDICE DE TABLAS	ix
DEDICATORIA	x
AGRADECIMIENTOS	xi
RESUMEN EJECUTIVO.....	xii
EXECUTIVE SUMMARY.....	xiv
CAPÍTULO I.....	1
1.1 Introducción	1
1.2. Justificación.....	2
1.3. Objetivos	4
1.3.1. General	4
1.3.2. Específicos	5
CAPITULO II	6
2.1. Los métodos alternativos a la solución de conflictos en la Constitución.....	6
2.2. Clases de métodos alternativos de solución de conflictos	7
2.2.1. La Mediación	9
2.2.2. El Arbitraje.....	10
2.3. La cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos.....	14
2.3.1. La Clausula Arbitral.....	16

2.4. La Jurisdicción Arbitral.....	18
2.5. La inhibición del proceso	19
2.6. El acceso a la justicia	20
2.6.1. Tutela judicial efectiva.....	21
2.6.2. El Debido Proceso.....	22
2.7 La Práctica Jurisdiccional	23
2.7.1.- Procesos sustanciados con el código de procedimiento civil	24
2.7.2.- La sustanciación de las excepciones en el Código Orgánico General de Procesos.....	31
2.8 La prueba.....	34
2.8.1 Medio de prueba documental	36
2.8.2 Modo de producción de la prueba.....	37
2.8.3. Práctica forense con el COGEP	38
2.8.4. Recursos Procesales	39
CAPITULO III.....	41
3.1. Ubicación	41
3.2. Equipos y Materiales.....	41
3.3. Tipo de investigación; enfoque	41
3.4. Niveles de investigación	42
3.4.1. Explorativo.....	42
3.4.2. Descriptivo	42
3.4.3. Explicativo	42
3.5. Métodos.....	42
3.5.1. El método científico	42
3.5.2. Método Jurídico	43
3.6. Hipótesis.....	43

3.7. Población y muestra	44
3.8. Descripción de los instrumentos	44
3.9. Descripción y Operacionalización de las Variables	44
3.10. Procedimiento para la recolección de información	45
3.11. Procedimiento para el análisis e interpretación de resultados.....	46
CAPITULO IV	47
4.1 Resultados	47
4.2 Análisis de los resultados	64
CAPITULO V	68
5.1 Conclusiones	68
5.2 Recomendación.....	69
Capítulo VI.....	71
Propuesta. Establecimiento del criterio jurídico para la resolución de excepción previa de cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos, conocido como cláusula arbitral o cláusula de mediación.....	71
Bibliografía	73
Normativa citada	79
Casos Prácticos.....	80
Corte Constitucional.....	80
Linkografía	81

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla No 1 Variable Práctica procesal civil según el Código Orgánico General de Procesos -----	45
Tabla No 2 caso 1 -----	47
Tabla No 3 Caso 2 -----	48
Tabla No 4 Caso 3 -----	50
Tabla No 5 Caso 2 -----	53
Tabla No 6 Caso 3 -----	55
Tabla No 7 Caso 4 -----	56
Tabla No 8 Caso 4 -----	58
Tabla No 9 Caso 5 -----	60
Tabla No 10 Caso 6 -----	61
Tabla No 11 Cuadro de Verificación 1 -----	64
Tabla No 12 Cuadro de Verificación 2 -----	65
Tabla No 12 Cuadro de Verificación 3 -----	65
Tabla No 14 Cuadro de Verificación 4 -----	66

DEDICATORIA

El presente texto lo dedico al extinto Juzgado Vigésimo Cuarto de lo Civil y Mercantil de Pichincha. Quienes lo conformaron al final de la institución son: Gustavo, Guadalupe, María Isabel, Rosita, Enrique, Marlene, Carlos, Víctor y Miriandita. Del cual, me perfeccione en la práctica del proceso civil con visión garantista.

Es fiel testimonio de que ciertas prácticas de primer nivel deben ser investigadas y replicadas.

Rodrigo Israel Erazo Rey

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, agradezco a Bertha Judith Vallejo, quien brindo los recursos necesarios para iniciar el proceso de estudio.

A mis padres, quienes me incentivan a seguir estudiando el derecho.

Durante el desarrollo de las clases a mis profesores de la maestría de Derecho Civil con mención en Derecho Procesal Civil de la Universidad Técnica de Ambato, ratificando que la educación pública es la mejor.

A mis compañeros/amigos de aula virtual, de todos aprendí algo, gracias.

Finalmente, a Carito por incentivar me a producir este texto.

Rodrigo Israel Erazo Rey

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTA DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

TEMA:

LA PRÁCTICA PROCESAL CIVIL EN LA SUSTANCIACIÓN DE LA CLÁUSULA DE MÉTODOS ALTERNATIVOS A LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

AUTOR: Abogado Rodrigo Israel Erazo Rey Magister

DIRECTOR: Abogado Juan Pablo Montero Solano Magister

FECHA: 24 de mayo del 2022

RESUMEN EJECUTIVO

La Constitución de la República del Ecuador ha establecido a los métodos alternativos a la solución del conflicto como procedimientos de aplicación con sujeción a la ley; en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. Con la expedición del Código Orgánico General de Procesos se pretendía actualizar y modernizar al Derecho Procesal. Específicamente dentro de la sustanciación de las excepciones previas, Art. 153, tiene como excepción décima la existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación. Pactado de manera libre y voluntaria por los contratantes cuya finalidad consiste en que sean los métodos alternativos a la solución del conflicto los competentes para conocer y resolver el caso. Por otro lado, los Arts. 7 y 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación se legisló un proceso a seguir, en el caso de presentarse una demanda con cláusula arbitral o de mediación al juez.

Para lo cual, se han analizado casos prácticos, tanto con el código de procedimiento civil como el vigente, a fin de determinar cuál es la forma de resolver la controversia en torno a la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos que garantice la tutela judicial efectiva y el debido proceso.

Palabras Claves: Cláusula de métodos alternativos a la solución de conflicto / Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación / Excepciones / Debido Proceso / Tutela Judicial Efectiva

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE AMBATO
FACULTA DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
MAESTRÍA EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

THEME:

THE CIVIL PROCEDURAL PRACTICE IN THE SUBSTANCE OF THE CLAUSE
OF ALTERNATIVE METHODS TO THE SOLUTION OF CONFLICTS

AUTHOR: Abogado Rodrigo Israel Erazo Rey Magister

DIRECTED BY: Abogado Juan Pablo Montero Solano Magister

DATE: May, 24thm 2020

EXECUTIVE SUMMARY

The Constitution of the Republic of Ecuador has established alternative methods for conflict resolution as application procedures subject to the law; in matters in which by its nature it can be compromised. With the issuance of the General Organic Code of Processes, it was intended to update and modernize the Procedural Law. Specifically within the substantiation of the previous exceptions, Art. 153, has as a tenth exception the existence of an agreement, arbitration agreement or mediation agreement. Agreed freely and voluntarily by the contracting parties whose purpose is that the alternative methods to the solution of the conflict are the competent ones to know and resolve the case. On the other hand, the Arts. 7 and 8 of the Arbitration and Mediation Law legislated a process to be followed, in the case of presenting a lawsuit with an arbitration or mediation clause to the judge.

For which, practical cases have been analyzed, both with the code of civil procedure and the current one, in order to determine what is the way to resolve the controversy around the clause of alternative methods to conflict resolution that guarantees guardianship, effective judicial process and due process.

Keywords: Clause of alternative methods to conflict resolution / Codification of the Arbitration and Mediation Law / Exceptions / Due Process / Effective Judicial Protection

CAPÍTULO I

“Leyes son los vínculos de la sociedad humana
con las cuales viven los hombres
formando un solo cuerpo,
sujetos a unos mismos deberes,
agraciados con unos mismos fueros”
De las Catalinarias, Juan Montalvo

1.1 Introducción

La presente investigación titulada la práctica procesal civil en la sustanciación de la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos. Es un importante aporte al derecho público; con especial énfasis al derecho procesal civil, debido a que, recopila lo sucedido entorno a la forma de resolver la excepción de cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos sea de mediación o de arbitraje cuando se sustanciaba los procesos con el código de procedimiento civil. En la actualidad con el código orgánico general de procesos, en adelante COGEP, se han revisado los criterios, las referencias bibliográficas, los documentos de la Internet; y, desarrollar las normas del ordenamiento jurídico contenidas en nuestra legislación.

Es indudable que una de las mayores características del derecho procesal es garantizar el debido proceso al momento de sustanciar las causas en donde se decide sobre los derechos y obligaciones de las personas con énfasis en su patrimonio. En virtud de lo cual, al momento de poner en conocimiento de la función judicial, en primer lugar, es necesario establecer si son competentes o no, los jueces ordinarios.

La Constitución de la República del Ecuador, en adelante CRE, ha legislado a los métodos alternativos a la solución del conflicto (en adelante en sus siglas en inglés ADR, *Alternative Dispute Resolution*) como procedimientos de aplicación con sujeción a la ley; en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. Con la finalidad de que la solución venga de los justiciables, y, no se tenga la sensación de un triunfador y un perdedor; sino que, las partes han ganado encontrando la solución del conflicto, reestableciendo las relaciones sociales. Lo indicado, tiene relación directa a descongestionar el uso de la justicia ordinaria cuando existen ADR entre las partes.

Con la expedición del COGEP, se pretendía actualizar y modernizar al derecho procesal no penal. Específicamente, dentro de la sustanciación de las excepciones previas, artículo 153, tiene como excepción décima la existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación. Pactado de manera libre y voluntaria por los contratantes, cuya finalidad consiste en que sean los ADR los competentes para conocer y resolver el caso que por su naturaleza es transigible.

Actualmente, la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, en adelante CLAyM, en sus Arts. 7 y 8 legisla un proceso escrito a seguir. En el caso de presentarse una demanda a la justicia ordinaria; dentro de la cual, el objeto de la controversia que se relaciona generalmente con un contrato se ha pactado de manera previa una cláusula arbitral o de mediación. Corresponde al operador de justicia; previo a seguir sustanciando la causa con las normas procesales del COGEP, observar lo dispuesta en esta ley especial.

La presente investigación se ha organizado en secciones, cuyos contenidos principales son: el planteamiento del problema con la formulación del mismo. La exposición de objetivos generales y específicos, la justificación. En un segundo momento, se realiza el estado de la cuestión de la problemática planteada, el marco teórico, la fundamentación jurídica y el marco conceptual desde el cual se leerá el problema. En tercer lugar, se desarrolla el marco metodológico de acuerdo al marco teórico y la fundamentación jurídica; se determinan los métodos, las técnicas y el enfoque investigativo dentro de los recursos administrativos de la investigación se plantean los recursos humanos, materiales y financieros estimados para la misma. El capítulo cuarto es la exposición de los resultados obtenidos, correspondiendo el capítulo quinto a las conclusiones y recomendaciones. Finalmente, a lo largo de la presente investigación, se pretende demostrar cual es la solución práctica para el presupuesto factico descrito.

1.2. Justificación

El hecho que el problema no ocurra en la práctica se desprende dos cosas: la primera, que las personas no ven el problema por su falta de preparación. El segundo, que el problema planteado es un problema potencial. En la especie, la postura es que al ocurrir tan solamente una vez el problema, es suficiente para la realización de la investigación y validación del problema. (ECO, pág. 33)

El problema jurídico planteado relativo a la práctica procesal civil en la sustanciación de la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos, tiene trascendencia en consideración que el Estado tiene que tutelar de manera efectiva el derecho de las partes. En este caso, tenemos un primer momento en que las partes realizan un negocio jurídico. Previniendo que, en caso de controversia, se recurra a los métodos alternativos de solución de conflicto. Al momento de producirse un conflicto, se ubica al momento de acceder a la autoridad competente para conocer y resolver la controversia. En este orden de ideas, las partes pueden acceder a los métodos pactados o directamente a la judicatura. Al momento de acudir a la judicatura y se encuentra determinada la cláusula de arbitraje o de mediación, se evidencia que el pacto en el negocio jurídico celebrado por las partes, era acudir a estos espacios. Sea por su rapidez, su privacidad y otros principios de la solución de conflicto.

La presente investigación que se realiza, se encuentra con la rigurosidad académica y científica; mantendrá la importancia científica, jurídica; en consideración a que será un nuevo aporte al derecho procesal no penal. En el juicio, tenemos que el actor deduce su demanda; y, se ha realizado el acto de citación, el siguiente paso es la contestación a la demanda, formulando la excepción de convenio por arbitraje o mediación. Pero; debido a que, las excepciones previas deben sustanciarse en la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única. Se debe esperar hasta el pronunciamiento de la judicatura. Por el agendamiento de las diligencias, el tiempo de espera es de meses. Cuando el proceso que contempla la CLAyM, es un trámite escrito especial; que, la prueba de este pacto, es el documento, el mismo que se agrega al proceso con la contestación a la demanda. Traduciendo en el tiempo de resolución, es de semanas, en donde se decide sobre la temática.

De lo anteriormente descrito; en un primer momento, avizoramos que son compatibles los dos procesos de resolución de convenio. Se considera que, al investigar y plantear el criterio de sustanciación y resolución de los métodos alternativos de solución de conflictos, se realiza un aporte a la comunidad jurídica.

Por lo que, de no aclarar esta forma de resolver la cláusula de los métodos alternativos de solución de conflictos, se contradice la norma procesal. Lo que en la práctica diaria deja tiempo en que se sustancie la causa, por lo que los beneficiarios directos son las personas que se encuentran sustanciando sus controversias en la

judicatura; y, a su vez como beneficiarios a largo plazo la sociedad ecuatoriana debido a que se cumple el debido proceso en todas sus fases.

El desarrollo de la investigación, es determinar que en el proceso de sustanciación civil anterior al COGEP, cuando se presentaba esta controversia, era común que se declare la nulidad de la causa; y, se retrotraía al momento de sustanciar la excepción de cláusula arbitral o de mediación. Algo que constituye la pérdida de tiempo de las partes, de la judicatura y que ocasiona un malestar para los justiciables. En el COGEP, por existir la dinámica de las excepciones previas, tenemos que el propósito del proceso es determinar que, si existe una razón para no seguir avanzando con el proceso, se termine en el menor tiempo posible. La novedad es traer la aplicación de la CLAyM para dinamizar el tiempo de resolución sobre este acuerdo y que las partes tengan una respuesta oportuna.

El problema jurídico a resolver; en un primer momento, se lo plantea de la siguiente manera: ¿Por qué el artículo 8 de la CLAyM determina un procedimiento para resolver el convenio de las partes, de someterse a los métodos alternativos de solución de conflictos; por otro lado, el artículo 153 del COGEP establece otro procedimiento para resolver el convenio; siendo que la Constitución garantiza esta forma de resolver la controversia en materia transigible? La forma de sustanciar y resolver la cláusula de los métodos alternativos de solución de conflictos del artículo 8 de la CLAyM, se basa en la necesidad de hacer efectivo la tutela judicial efectiva de las partes.

Se hace imprescindible llegar a conclusiones que determinen la efectividad y aplicabilidad de los procedimientos para resolver esta excepción de convenio a fin de precautelar el acceso a la justicia. Al finalizar la investigación, se pretende establecer y diseñar un instructivo que se debe seguir, a fin de tutelar efectivamente el derecho que se pretende controvertir.

1.3. Objetivos

1.3.1. General

Analizar cuál es la manera más eficaz de resolver la cláusula de los métodos alternativos de solución de conflictos en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

1.3.2. Específicos

Realizar un estudio doctrinario y crítico de los procesos que se sustanciaron la cláusula de los métodos alternativos de solución de conflictos.

Identificar la inconveniencia de mantener dos formas de sustanciación del proceso de los métodos alternativos de solución de conflictos.

Establecer un criterio respecto a la forma de sustanciar y resolver los métodos alternativos de solución de conflictos.

CAPITULO II

“Hacer la paz es acercar los muchos conflictos de una sociedad a un punto de consenso. Se trata de una nueva visión de la pintura sobre la tela de la historia política de una nación”

Benazir Bhutto

2.1. Los métodos alternativos a la solución de conflictos en la Constitución.

Se parte desde la CRE del 2008, debido a que marca un antes y un después en la relación de las personas con el Estado; ya que, al cambiar el paradigma del artículo primero, donde se indica que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social; se debe entender este nuevo paradigma que nos trae la teoría constitucional, para irradiarla a todo el derecho interno del país; de esta forma, ampliar el criterio de la dinámica normativa que incide en los titulares del derecho. (SOLANO PAUCAY, 2020, pág. 32) Tenemos que vivimos en un Estado, cuyo fin es el bienestar de las personas. Se tiene esa sensación que todavía no termina de instaurarse las disposiciones de la norma suprema en sus habitantes, teniendo en cuenta que han transcurrido más de una década desde su aprobación. Existen convicciones internas de los ciudadanos que, para la solución de los conflictos, se debe acudir a la Función Judicial.

La Función Judicial forma parte del Estado; aunque en la nueva forma de dividir el poder tiene ciertas particularidades. En este aspecto nos vamos a centrar sobre el reconocimiento de los ADR, como procedimientos para la solución de controversias. Siendo que, consta de la siguiente forma en su artículo 190, estipula que “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”. (Constitución E, 190)

De esta forma, el legislador constituyente introduce esta alternativa de acudir a otro sistema de solución de conflicto. Es decir, el justiciable tiene dos alternativas en caso de suscitarse una controversia. La primera es resolver el conflicto de forma clásica con la sustanciación del proceso a través de la Función Judicial. La segunda, acudir a un mecanismo de solución de conflicto, sea mediación o arbitraje para solucionar la controversia.

Históricamente, las formas de resolución de conflictos se las clasificaba en dos grandes grupos que son: la esfera privada y la esfera pública; que, a su vez, se subdividían: el primer grupo, en la decisión de las partes o transacción; y, el segundo grupo, en la decisión de un tercero o adversarial. El autor ecuatoriano Eduardo Zurita, ubica a la mediación en la subclasificación de la decisión de las partes o transacción; mientras que, al arbitraje lo ubica en el segundo grupo en la decisión de un tercero o adversarial. (ZURITA GIL, 2005, págs. 25-26)

Cuando la norma constitucional describe que se reconoce los procedimientos alternativos a la solución del conflicto; es debido a que, no necesariamente interviene un tercero para la solución del conflicto; sino más bien, las partes a través del diálogo han encontrado la solución. Esta forma de remediar los problemas internamente, se los conoce como los métodos auto-compositivos. Mientras que los métodos hetero-compositivos, son todos aquellos en que interviene un tercero, sea de manera activa o pasiva. Se adopta esta clasificación moderna de los procedimientos alternativos a la solución del conflicto, se centra sobre los intervinientes, que, en definitiva, necesitan la resolución a su controversia.

Cuando hablamos de métodos auto-compositivos, debe quedar claro que, quienes dan solución a la controversia son siempre las mismas partes; que, en principio, estaban en controversia. Inclusive, si intervienen terceras personas como estructura para poder encontrar la solución. Para el criterio de Lorenzo Bujosa, la mediación es un método auto compuesto, debido a que no imponen ninguna decisión; por el contrario, solamente facilitan el dialogo. (BUJOSA VADELL, 2022, pág. 393)

2.2. Clases de métodos alternativos de solución de conflictos

Es necesario hacer una breve mención sobre las clases de medios alternativos a la solución de conflictos que son maneras de resolver conflictos alternativos a la administración pública de justicia:

En primer lugar, tenemos a la negociación, es una forma de resolver un conflicto en el que las partes intentan llegar a un acuerdo en asuntos de interés mutuo en donde tienen desacuerdos. Cada parte promueve su pretensión; por lo que generalmente, no participa un tercero y es un proceso eminentemente privado de las partes.

En segundo lugar, tenemos a la transacción, es un modo de extinguir las obligaciones que de manera eficaz se debería realizar a través de un contrato; por el cual, las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Se recomienda que debe participar un profesional del derecho para la elaboración del documento final.

Sobre la conciliación, se hace una sub clasificación: primeramente, la conciliación *intra-proceso*, se debe recalcar que nos encontramos dentro de un juicio; y, es la facultad del juez y las partes al resolver el conflicto, conviniendo los intereses contrapuestos de las partes en cualquier etapa del proceso judicial en primera instancia. De ser aprobada la conciliación, tiene efectos de cosa juzgada. Posteriormente, la conciliación *extra-proceso*, se debe indicar que las partes se encuentran en un proceso judicial, pero las mismas pueden llegar a un acuerdo y de ser el caso, comunicar al operador de justicia a qué acuerdo han llegado; y por tal, se finaliza la controversia judicial.

Continuando con las dos formas descritas en la Constitución, que son la mediación y el arbitraje: la primera, es un proceso de negociación, en el que participa un tercero que no es una de las partes, siendo que no toma decisiones vinculantes para las partes; sino más bien, es un facilitador que busca la solución del conflicto. Existen instituciones que brindan estos servicios con profesionales en cada materia. Finalmente, el arbitraje es un proceso en el cual, las partes se someten a la resolución de un tercero; que puede ser uno o tres, depende del caso; y que, si bien es cierto, que son escogidas por las partes, su decisión es imperativa. La decisión del o de los árbitros, o sea el laudo arbitral, tiene efectos *erga omnes*.

Lo indicado sobre el proceso de la mediación y el arbitraje, se desarrolla en las leyes especiales de la materia con observancia propia de cada solución al conflicto, que, en el presente trabajo no son el objeto que se persigue estudiar, sino solamente la existencia de la cláusula arbitral pactada por las partes. Debido a que, para acceder a estos métodos; es común que en el contrato se pacte una cláusula que descubra el siguiente contenido. En caso de controversias, las partes comparecen sea a un centro de mediación o a un centro de arbitraje. Pero, a veces, las partes procesales o los profesionales del derecho se saltan esta cláusula y acuden directamente a la justicia ordinaria. En esta investigación, se parte que la judicatura, da trámite a la pretensión

y es en la contestación de la parte demandada que se determina la existencia de un convenio anterior. Sobre los casos prácticos se los describirá en el capítulo II de esta investigación. Por ser los métodos más usados y descritos en nuestra norma suprema, se describe la mediación y el arbitraje.

2.2.1. La Mediación

Con la CLAyM realizada por el Honorable Congreso Nacional que fue publicado mediante Registro Oficial No. 417 de fecha 14 de diciembre del 2006, mediante la cual deroga a la Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo No. 735 de fecha 23 de octubre de 1963 y publicada mediante registro oficial No. 90 de fecha 28 de octubre de 1963, es el antecedente legal inmediato sobre la mediación y el arbitraje en nuestro país.

Sobre el nombre que se le ha dado a la presente norma ha sido cuestionado por algunos profesores, pues sostienen que, debía haberse puesto primero a la mediación por ser una de su característica principal, el dialogo de las partes. Dejando para después el arbitraje, en el que terceros emiten un dictamen, el mismo que prevalece. Sin embargo, otros profesores defienden que ha sido acertada la decisión del legislador al ubicar las palabras en ese orden con un sentido de orden alfabético. Mi aporte sobre la discusión expuesta constituye en cambiar el nombre de la ley y para armonizar con la Constitución vigente se le llame a esta normativa como Ley de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos.

Siguiendo la misma línea, de ir adecuando la norma preexistente a la actual Constitución, es que según el Art. 60 de la ley de la materia es una norma especial; sin embargo, de conformidad con el Art. 133 de la Constitución de la República en el Ecuador solo hay leyes orgánicas y ordinarias. De lo expuesto existe una tarea pendiente por parte de los legisladores de adaptar la norma vigente a la Constitución.

Al momento de que las partes realizan un negocio, lo hacen a través del diálogo y se ejecuta lo convenido. En algunos casos, en la ejecución de lo pactado existen controversias entre las partes, deviniendo en la ruptura de la comunicación entre ellos. Es precisamente donde el mediador o tercero que interviene en el conocimiento de un conflicto e introduce elementos para reanudar el diálogo entre las partes. En la tesis de Cátia Marques Cebola, Dirigida por Fernando Martín Diz, titulado La

mediación: un nuevo instrumento de la Administración de la Justicia para la solución de conflictos, en la Universidad de Salamanca describe las ventajas de la mediación:

la mediación se caracteriza por ser un método no predeterminado que permite al mediador moldear las sesiones a cada tipo de mediados respetando su individualidad y personalidad, dándoles la posibilidad de que manifiesten sus opiniones e intereses y utilizando libremente su propio discurso. Les facilita la posibilidad de expresarse y ser la voz de sus problemas, circunstancia que los procesos judiciales no les permiten, como vimos con especial atención en el ámbito de la mediación familiar y penal. (CEBOLA & MARTÍN DIZ, 2013)

El mediador, al exponer las bondades de este sistema con la participación de los interesados en la solución de conflictos, mejora las soluciones en el caso. Con esta forma se construye una sociedad de paz y convivencia plena. Un aspecto que hay de destacar a las partes es que, al finalizar la controversia, en muchas ocasiones van a verse de manera seguida; en el caso del juicio al existir esa sensación de un ganador y un perdedor, dificulta seriamente reanudar esa interacción. Finalmente, se reconoce que, en algunas materias, no es posible la aplicación de esta solución.

2.2.2. El Arbitraje

La intervención decisiva de un tercero que resuelve las disputas de manera significativa y definitiva le ubica al arbitraje como un método hetero-compuesto de resolución de conflictos por excelencia. (VINTIMILLA SALDAÑA, 2022, pág. 438)

Sobre el Arbitraje, es necesario determinar que corresponde a un mecanismo mediante el cual las partes se someten, por mutuo acuerdo, debido a un conflicto transigible, a la resolución definitiva e inapelable de un Tribunal Arbitral o de un Árbitro Único. Esta decisión se recoge en un Laudo Arbitral que tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y que se podrá ejecutar exactamente igual que una sentencia de última instancia. Este procedimiento ofrece una solución ágil y oportuna a un conflicto y garantiza una resolución transparente e imparcial. Durante el curso del proceso se respetan todas las normas del debido proceso garantizadas por la Constitución. Adicionalmente, se garantiza a las partes la privacidad del conflicto, salvaguardando la confianza pública que es propia de la actividad mercantil. Para que una persona natural o jurídica pueda acceder a este mecanismo, es indispensable que tengan pactado un cláusula arbitral por escrito, mismo que puede incorporarse a los contratos aún antes de que nazca el conflicto. Las entidades del sector público

pueden también someterse a arbitraje cumpliendo lo dispuesto por el artículo 4 de la CLAyM.

De lo expuesto, en el contrato que recoge el negocio jurídico pactado por las partes, debe constar el sometimiento a uno de los ADR, sea mediación o sea arbitraje. Pero qué sucede cuando solamente se pacta la forma de solucionar el conflicto y no el centro en donde se debe llevar a cabo este proceso; es decir, no consta el lugar en el cual se debe conocer el conflicto y emitir la solución o la constancia de imposibilidad de acuerdo.

El aparente problema que surge es el siguiente, ¿a qué centro de mediación envían si la cláusula de arbitraje no lo especifica claramente? es decir, a dónde envió el expediente; razón por la cual, la cláusula de mediación o de arbitraje debe ser bien redactada, como se expresa a lo largo de todo el presente trabajo.

Aproximadamente, durante 23 años existió un vacío reglamentario sobre la CLAyM, pese a que el legislador de la época dispuso su reglamentación mediante la referida ley antes indicada en el Art. 61; sin embargo, en la práctica cada centro de Mediación o Arbitraje funciona con sus propias reglas, siendo que estos establecimientos deben estar registrados en el Consejo de la Judicatura.¹ Esto cambió el 19 de agosto del 2021 debido a que se publicó en el Registro Oficial el decreto que reglamenta la CLAyM. Volviendo a hacer énfasis en el antecedente mediato, tenemos que la Ley de Arbitraje y Mediación fue publicada en el Registro Oficial No. 145 de fecha 4 de septiembre de 1997. Es decir, a finales del siglo XX como parte de las alternativas a los conflictos que existe en la sociedad. Ha tenido que esperar por más de dos décadas su reglamentación.

Como línea general tenemos que la ley, es el producto final que la Función Legislativa entrega a la sociedad, este organismo lleva el nombre de Asamblea Nacional. Correspondiendo al representante de la Función Ejecutiva la emisión del Reglamento a la ley para encaminar la aplicación del legislador; esta normativa que emite el presidente debe cuidar que no contraríe ni altere las disposiciones legales.

¹ Ver el Artículo 39 de la CLAyM; reformado por la Disposición Reformatoria Décimo Sexta del Código Orgánico General de Procesos. - Sustitúyase en el artículo 39 de la CLAyM la frase “la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador” por “el Consejo de la Judicatura”.

Una primera interpretación histórica desde la política, tenemos la inestabilidad de los gobiernos democráticos a finales de la década de los noventa; y, precisamente el inicio del siglo XXI, no fue muy tranquilo para el gobierno de turno; que fueron removidos en cada alzamiento. En el 2007 la propuesta de una nueva Asamblea Constituyente fue el origen de cambios en todos los niveles normativos; y, finalmente, con la Constitución del 2008 se volvió a retomar los métodos alternativos a la solución de conflicto, que tuvo que esperar más de una década para volver a tener relevancia.

Desde el ámbito político legislativo, se debe informar que, si la inestabilidad política afectaba también a este organismo, su accionar no fue del todo pasivo como el Ejecutivo. La Comisión de Legislación y Codificación del Honorable Congreso Nacional mediante Codificación No. 2006-014, emite la CLAyM; una labor que debe ser retomada por la actual Asamblea antes de expedir leyes y más bien fortalecer las mismas.

En este espacio, es merecer hacer notar y preguntarnos, cuál fue el organismo que se hizo cargo de la regulación de los centros de mediación y arbitraje. La respuesta es, el Consejo de la Judicatura. Que, a pesar de estar circunscrito en tramas en relación a la justicia ordinaria, dictó la siguiente normativa para los centros de arbitraje y mediación. En relación a los centros de medicación: el 27 de diciembre de 2013 expidió la Resolución 208-2013, mediante la cual aprobó el Instructivo de Registro de Centros de Mediación; la resolución No. 155-2014, en la que se cancela el registro y se prohíbe el funcionamiento de los centros de mediación por incumplir lo dispuesto en la CLAyM; y, la resolución 208-2013. La resolución 026-2018, en la que se resuelve expedir el instructivo de registro y funcionamiento de centros de mediación. En relación a los centros de arbitraje Resolución 309-2015, expidió el instructivo de registro de centros de arbitraje, la resolución No. 155-2016, la cancelación del registro y prohíbase el funcionamiento de los centros de arbitraje por incumplir lo dispuesto en la CLAyM; y, la resolución 309-2015. Más allá de determinar si se encontraba en la capacidad constitucional y legal de hacerlo; simplemente se quiere destacar que alguien debía hacerlo y lo hizo este organismo ante la ausencia del Ejecutivo y el mínimo aporte del Legislativo.

Finalmente, cada centro de medicación y arbitraje ante el ausentismo de normativa, decidió emitir sus propias normas para el funcionamiento de cada centro. De esta forma, las normas emitidas por estos centros, ya tienen una primera tarea a cumplir, adaptarse formal y materialmente a este Reglamento emitido por el presidente.

Con esta breve exposición de antecedentes y que son necesarios determinarlos para tener una mejor perspectiva de lo que significa este Reglamento emitido; su trascendencia e importancia a continuación pasamos a analizar el contenido normativo expuesto. Sin embargo, por ser el espacio académico de estudios de derecho civil, tenemos que aterrizarlo y conectar esta normativa emitida se analizara en torno a la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos.

Al momento de convenir las partes en un negocio jurídico, se lo traduce en un contrato; en que las partes pactan las cláusulas. Dejando de lado al negocio jurídico realizado, tenemos que las partes libre y voluntariamente pactan una cláusula de solución de conflictos y al conocer la lentitud del sistema ordinario de justicia, las partes pactan libremente someterse a un método alternativo de solución de conflictos, sea mediación, sea arbitraje. Y la redacción de la cláusula era esa. Sin determinación del centro de someten las partes.

En este caso tenemos dos supuestos, que el negocio jurídico pactado, se lleva a cabo; y, no existe mayor controversia. El segundo caso es que existe la controversia; y, la parte que desea la solución al conflicto tiene dos posibilidades: la primera, acudir al centro de solución de conflicto, sea arbitraje, sea mediación y sacar la invitación a la otra parte; pero la pregunta que queda en el aire, ¿se determinó expresamente ese centro para acudir? siendo la respuesta una negativa, razón por la cual, a veces no se agota este paso. La segunda posibilidad de demandar ante la justicia ordinaria, que, a su vez, anticipando que la parte demandada se excepcione con la existencia de convenio, se traba una encrucijada porque se ha elegido el sistema de método alternativo a la solución del conflicto; más no al centro en dónde se llevará a cabo la misma. La solución normativa llega más de veinte años tarde, y la respuesta es

2. Cuando las partes hayan pactado someter sus disputas a arbitraje, sin hacer referencia a una institución arbitral específica o a las normas de procedimiento que lo rijan, se entenderá que el arbitraje es administrado y, conforme lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el demandante podrá acudir al Centro de Arbitraje y

Mediación más próximo al lugar de los efectos del acto o contrato materia del arbitraje o del domicilio del demandante a elección de este. (Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, mediante Decreto Presidencial N° 165)

De lo expuesto, tenemos que la solución que nos da la normativa es ambigua, porque nos entrega una auténtica bifurcación del derecho. Debido a que nos da dos soluciones: la primera, se remite al domicilio más próximo al lugar de los efectos del negocio jurídico celebrado; mientras que la segunda, es en relación al domicilio del solicitante. En todo caso, lo único que se ratifica no es solamente la importancia de la cláusula de solución alternativa a la solución de conflictos; sino también, la comparecencia de las partes en relación a su domicilio.

Para finalizar, se deja constancia que mediante ley reformativa de la ley notarial publicada en el sexto suplemento de fecha 30 de diciembre de 2016 se promulgó una reforma directa a la disposición general segunda, que incide en las atribuciones exclusivas de los notarios. Sin embargo, en esta ley constan dos aspectos importantes que se hace referencia a:

En todos los casos en que se autorice ante una o un Notario contratos, actos de voluntad y otras diligencias de las que se generen derechos y obligaciones para dos o más partes, la o el notario de forma obligatoria hará constar la dirección del domicilio, el número telefónico fijo o móvil y de existir, el correo electrónico de cada parte, en el que podrán ser notificados en caso de controversia. (Ley Reformativa de la Ley Notarial, publicada en el R. O. sexto suplemento 30 de diciembre de 2016)

Con esta exigencia de que CREn los datos de contacto de las partes que celebran las diferentes actuaciones en la notaría, contribuye a que se conozcan más datos de los contratantes; así como que, en caso de controversia, exista un indicio del lugar en donde citar, notificar o contactar con el requerido.

2.3. La cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos

El concepto doctrinario de contrato y convención resulta diferente. Es decir, se ha convertido en una discusión que no ha llegado a unificar criterio. Sin embargo, se tiene como línea general que la convención es el género; y, el contrato es la especie. (MANCHENO, 2022, pág. 262) Tenemos como resultado que la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos se pacta en los contratos.

Es importante recordar que el negocio jurídico principal es el que se encuentra contenido en el contrato que nace por el acuerdo de las partes; quienes, prevén que en caso de controversia se someten a los métodos alternativos a la solución de conflicto para resolver la controversia. Resulta necesario regresar a destacar la importancia de la libertad con la cual, las partes pactan la convención en la cual, se someten; en caso de controversia, a los ADR, concretamente a la mediación o al arbitraje. (BUJOSA VADELL, 2022, pág. 396)

El siguiente modelo de cláusula arbitral es tomado del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil:

Las partes convienen que toda controversia que derive de este contrato o que guarde relación con éste, se someterán a arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, de acuerdo con el reglamento del referido Centro, cuyas normas expresamente aceptan. El arbitraje será en (escoger si es derecho o equidad). La sede del arbitraje será Guayaquil. El tribunal arbitral estará compuesto por (escoger si es uno o tres) arbitro (s), y su(s) alterno(s)". Párrafo opcional: "El Tribunal arbitral estará facultado para dictar medidas cautelares y solicitar, para la ejecución de dichas medidas, el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos, sin necesidad de recurrir a juez ordinario alguno. (Encontrado en <https://centrodearbitraje.org/modelo-clausula/> Recuperado el 15 de mayo de 2022)

De lo indicado, tenemos que la redacción de la cláusula arbitral no solamente sirve para someterse a la jurisdicción arbitral como tal. Sino también, sirve para decidir el centro al que se someten. El arbitraje al que las partes eligen; si es en equidad o en derecho. El número de árbitros; debido a que, puede ser el tribunal de arbitraje o un solo arbitro, esto tendrá incidencia directa con el costo del arbitraje. Finalmente, se puede pactar medidas cautelares aspecto que realmente echa mano de instituciones del derecho público. Por lo que, en este aspecto se lo describe; y, no se profundiza.

En caso de que la cláusula no distinga prolijamente todos estos conceptos se tiene claro que las partes se someten a la decisión de los árbitros. Aplicándose desde agosto del 2021 el Reglamento a la CLAyM.

Actualmente, mediante ley reformativa de la ley notarial publicada el 30 de diciembre de 2016. También la disposición transitoria Segunda recoge otra disposición interesante que es:

El Consejo de la Judicatura en el plazo de 60 días mediante resolución dispondrá que en las Notarías se tengan expuestos a los usuarios, modelos de cláusulas de mediación y arbitraje, a fin de que, de considerarlo pertinente, puedan incluirlas en los contratos, actos de voluntad y otras diligencias de las que se generen derechos y obligaciones para dos o más partes.

2.3.1. La Clausula Arbitral

Para acceder al medio alternativo de solución de conflicto que es el arbitraje, se necesita expresamente que éste sea pactado por las partes en observancia de la libertad contractual con la que las partes actúan. (SALGADO VALDEZ, 1982, pág. 81) En el derecho privado existe la regla de oro; por así decirlo, que lo no prohibido por la ley, se encuentra permitido. Esta máxima se encuentra instrumentalizado en el Art. 8 del Código Civil. Dejando el tratamiento de la capacidad de contratar al libro IV en relación a la capacidad de contraer obligaciones. Nuevamente, la legislación echa mano de un aforismo para determinar que todas las personas son legalmente capaces, dejando a las excepciones como limitante de esta capacidad.

El alcance de los derechos fundamentales en relación a las personas jurídicas es una discusión entre las posturas extremistas. Sin embargo, lo que se ha quedado claro; es que, las personas jurídicas tienen el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso. (LOPEZ LOPEZ, 2021, págs. 199-203)

Para el profesor Parraguez la aplicación concreta del esquema de la buena fe de los contratos es lo que se debe seguir; para así, dar cumplimiento al Art. 1576 de la Codificación del Código Civil. (PARRAGUEZ RUÍZ, 2021, pág. 126)

Finalmente, la Corte Constitucional del Ecuador en su Sentencia 282-13-JP/19; que si bien es cierto se pronuncia sobre los casos en que el Estado es sujeto de las garantías jurisdiccionales; de manera expresa, expone en su numeral 32 el criterio sobre los derechos constitucionales de la tutela judicial efectiva y el debido proceso en relación a la existencia jurídica. (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 282-13-JP/19 Jueza ponente: Daniela Salazar Marín) Lo que, sin duda, cualquier sujeto dotado de personalidad debe ser plenamente reconocidos en relación a los derechos constitucionales indicados.

Para Larrea Holguín, las excepciones a la capacidad para celebrar contratos vienen derivadas de la ley; siendo que, varios artículos del código civil determinan las

particularidades para celebrar los contratos. Debido a ello, se regula de manera normativa las limitaciones, correspondiendo a que, una vez cumplidas, se proceda con la celebración del contrato. (HOLGUÍN LARREA, 2011, págs. 29-31)

El Dr. Rubén Moran Sarmiento en su artículo publicado en la revista de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, manifiesta que:

El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes (naturales o jurídicas) deciden someter a ARBITRAJE las controversias que hayan surgido o que pueda surgir a futuro respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no, y siempre que sean asuntos que puedan ser susceptibles de transacción (contrato de transacción previsto en el Código Civil constituye la esencia del convenio arbitral). (MORÁN SARMIENTO R. , 2001, pág. 153)

El autor ecuatoriano antes citado desentraña el antecedente contractual civil sobre la transacción. En el que, lleva implícito la capacidad de transigir, de negociar; y, de ser el caso, de llegar a concesiones. El criterio que al pactarse la cláusula arbitral se debería aclarar si se someten a un arbitraje en derecho o un arbitraje en equidad; debido a que, ambos son diferentes. En el primer modelo se siguen las reglas establecidas en la norma jurídica; mientras que, en el segundo modelo se sigue para que las dos partes no soporten toda la pretensión de uno de los contratantes. El arbitraje en derecho debería ser el usado; a fin de que, se apliquen las reglas que se encuentran en el ordenamiento jurídico. Se considera que el modelo de equidad sería volver a la mediación; solamente que, esta vez, el tercero puede decidir sobre la causa y no necesita de la voluntad de las partes. Se destaca que, en los dos modelos, de igual forma se llega a dar una solución al conflicto.

En la tesis de Ramírez Vásquez, Norka Paola, Dirigida por Maldonado Zevallos Vicente, titulado La Cláusula arbitral en promesas de compraventa que celebran los fideicomisos inmobiliarios en Guayaquil, en la Universidad de Guayaquil determina el efecto de pactar una cláusula arbitral:

En la actualidad, en casi todas las legislaciones y en nuestro País se reconoce la autosuficiencia del acuerdo arbitral, lo que sin necesidad de ningún otro acuerdo trae como consecuencia dos efectos; el uno es el positivo que le(sic) da la atribución a los árbitros de administrar justicia, y el negativo que es la facultad de excluir a los jueces ordinarios del conocimiento de determinadas causas. (RAMÍREZ VÁSQUEZ & MALDONADO ZEVALLOS, 2015, pág. 110)

La autora determina que un efecto de la cláusula arbitral es prohibir que la función judicial conozca y resuelva el conflicto. En definitiva, el convenio arbitral reviste especial relevancia y trascendencia; pues, constituye el meollo del arbitraje. Pues, sin esta cláusula no puede existir el arbitraje. (VIDAL RAMIREZ, 2012, pág. 290)

2.4. La Jurisdicción Arbitral

La Constitución y la ley, siguiendo importantes caminos de nuevas propuestas y conceptualizaciones jurídicas, define a los ADR como un mecanismo que viabiliza la reintegración del derecho lesionado o fracturado y el reconocimiento de la razón de quien la tiene, que unos terceros imparciales declaren en procura de la realización de la justicia; y para esto, como nuestra norma lo señala, debe constar en el convenio de las partes.

Por su relevancia, se hace referencia a la derogada codificación del Código de Procedimiento Civil, en adelante CCPC, Art. 18 que preveía “La jurisdicción legal nace por elección o nombramiento hecho conforme a la Constitución o la ley; y la convencional por compromiso”. (CCPC Art. 18) La invocada norma evidencia cual es el origen procesal del compromiso, el mismo que se encuentra desarrollado en la CLAyM, lamentablemente esta definición no ha sido recogida dentro del nuevo sistema legal existiendo tan solo como prorrogación accidental de la competencia en el COFJ²

En el caso que se haya pactado la cláusula arbitral, se la conoce como jurisdicción arbitral. La misma tiene su propia normativa, y temas (solo transigibles); para el árbitro nace su condición de Juez Árbitro, cuando las partes convienen y suscriben la cláusula arbitral. La forma como está concebida en la cláusula puede originar los conflictos de jurisdicción y de competencia; más aún cuando ésta es confusa, diminuta, ambigua; así por ejemplo: un contrato laboral incluye cláusula arbitral, y es sometido a la justicia arbitral; esa cláusula origina en principio conflicto de jurisdicción, porque en esencia los derechos del trabajador son irrenunciables y no es

² Código Orgánico de la Función Judicial Art. 162.- Prorrogación de la Competencia.- La prorrogación expresa se verifica cuando una persona que no está, por razón de su domicilio, sometida a la competencia de la jueza o del juez, se somete a aquélla expresamente, bien al contestar a la demanda, bien por haberse convenido en el contrato. Código Orgánico General de Procesos Art. 9.- Si la demandada es una persona jurídica con la que se celebró un contrato o convención o que intervino en el hecho que da origen al asunto o controversia, será competente la o el juzgador de cualquier lugar donde esta tenga establecimientos, agencias, sucursales u oficinas.

tema por consiguiente para la justicia arbitral, por lo que la controversia que pueda surgir de ese contrato, es para conocimiento de la justicia ordinaria y no la arbitral, aunque exista la cláusula. (MORÁN SARMIENTO R. , 2012, pág. 123)

Un caso que es sometido al arbitraje vía normativa, lo expone Juan Páez, cuando vía resolución administrativa la titular de esa época del Servicio de Rentas Internas dicta las condiciones generales de responsabilidad y uso de medios electrónicos para la declaración y pago de las obligaciones tributarias a través de la internet. Estableciendo que para la resolución de conflictos. (PÁEZ RIVADENEIRA, 2008, pág. 195) En primer lugar, se podrá acudir a un centro de mediación legalmente autorizado. En caso de no llegar a un acuerdo, acudir al centro de Arbitraje de la Procuraduría General del Estado. (Resolución No. NAC-0010 Art. 18) Esta forma de pactar sucesivamente los dos métodos alternativos se retomará al momento de pactarla cláusula contractual.

En el caso del arbitraje, tenemos que la naturaleza jurídica nace de la convención para iniciar la competencia. Para el autor Jaime Vintimilla expone que la visión del arbitraje debe ser proyectada desde los elementos contractuales y procesales; una vez entendida esta visión híbrida es la verdadera naturaleza jurídica del arbitraje (VINTIMILLA SALDAÑA, 2022, págs. 442-443)

En dicha cláusula se debe profundizar el asunto que puede devenir al conocimiento de los árbitros corresponde al conocimiento de ellos. Debido a que las partes deben cumplir los requisitos de la ley; que deviene en que, la materia a tratarse sea transable (GARCIA FERAUD, 2004, págs. 17 - 26) Para el caso de que el Tribunal Arbitral asuma el conocimiento de asuntos no contemplados en la cláusula arbitral, estamos frente a una situación de incompetencia del Tribunal. El conflicto de competencia se promueve entonces dentro del ejercicio de la específica jurisdicción arbitral; y, obliga de acuerdo con la CLAyM al propio juzgador a resolver el asunto de la competencia en el momento procesal de haberse formulado la excepción por parte del demandado. De lo indicado, estamos ante una verdadera jurisdicción.

2.5. La inhibición del proceso

En el Código Orgánico de la Función Judicial, como una facultad genérica de los jueces, establece en la regla nueve, que en cualquier caso que ellos determinen que

son incompetentes para conocer y resolver la causa conforme la competencia; sea por el fuero personal, territorio los grados, deberán apartarse de la sustanciación de la causa; y, enviar al juez competente para que siga tramitando la causa. En el caso que, la incompetencia fuera en razón de la materia. Previo a enviar el expediente a la autoridad competente, se declarará la nulidad procesal. Siendo un efecto expreso que el tiempo transcurrido entre la citación con la demanda y la decisión de inhibición por la materia, no se contabiliza para que se produzca la caducidad o la prescripción (COFJ Art. 129 numeral 9)

El primer problema jurídico a resolver se considera: si la cláusula de métodos alternativos a la solución al conflicto, sea mediación o sea arbitraje, se encuadra dentro de la competencia. Por disposición legal, la competencia se la define como “la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados”. (COFJ Art. 156) Su clasificación es entorno al territorio, la materia, los grados y las personas. Por lo que, la mediación o el arbitraje no se encasilla en ninguna de ellas. Volviendo en inaplicable; al menos desde el punto de vista legal e interpretación gramatical de la norma, que un juez declare la inhibición y remita el expediente al Centro que las partes se sometieron en la cláusula contractual.

La ley de la materia solo menciona que el Juez al aceptar la excepción de métodos alternativos a la solución de conflicto, debe ordenar el archivo de la causa. La innovación que se pretende introducir consiste en introducir la institución de la inhibición, a fin de que se envíe el expediente al centro de arbitraje competente. Sobre el envío del expediente a la autoridad competente es el efectivo ejercicio de tutela judicial efectiva por parte de los jueces. “Recuerde que la incompetencia por razón de la materia, genera la nulidad radical del proceso, pues ésta, al tenor de la ley, en ningún caso se prorroga.” (TAMA VITERI, La letra de Cambio, el Pagaré a la Orden y el Cheque del Juicio Ejecutivo, 2014, pág. 501)

2.6. El acceso a la justicia

Con el devenir del tiempo, en atención a la organización del Estado con sus funciones tradicionales, va ganando terreno la idea del interés público del proceso, porque se entiende que no es un problema exclusivo de la persona que solicita la solución de un problema con matices jurídicos; al contrario, el interés general comienza a sobreponerse al particular, porque la paz social es un imperativo a

conseguir por el Estado para sus conciudadanos; de tal forma que “el particular puede ocupar el tiempo y las energías de los tribunales estatales solamente y en tanto que para él exista la necesidad de tutela jurídica” (COUTURE, 1958, pág. 147)

2.6.1. Tutela judicial efectiva

Con esta percepción sobre la naturaleza de la función pública del proceso, aparece la denominada tutela jurídica, que hoy es esbozada de remembranza por parte de los letrados como la tutela judicial efectiva y que en nuestra norma suprema la recoge en el artículo 75 de la siguiente manera;

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

En un primer momento el derecho a la tutela judicial efectiva ha sido desarrollado por la primera Corte Constitucional como:

(...) efectiva incluye la garantía del acceso a los órganos judiciales, en los cuales las personas encuentren la sustanciación de procesos apegados a derecho, donde se respeten los derechos de las partes, en igualdad de condiciones, bajo los principios de inmediación y celeridad. (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 129-14-SEP-CC Caso No. 2232-13-EP Quito, 10 de septiembre de 2014).

Para después concentrarse en el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva en el siguiente sentido:

(...) El derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos de las personas tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y la ley, se haga justicia; por tanto, se puede afirmar que su contenido es amplio y en éste se diferencian tres momentos: el primero relacionado con el acceso a la justicia, el segundo con el desarrollo del proceso en un tiempo razonable, y el tercero que tiene relación con la ejecución de la sentencia, esto es, acceso a la jurisdicción, debido proceso y eficacia de la sentencia. (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 117-14-SEP-CC Caso No. 1010-11-EP).

En la misma línea, esta Corte Constitucional señaló que:

Es decir, el contenido de este derecho implica garantizar tanto el acceso a los órganos de justicia, como el derecho al debido proceso de la

peticionaria, el que incluye que la decisión se encuentre debidamente motivada, así como la observancia de procedimiento mínimos, y que se convierte en el derecho a la justicia obtenida en un procedimiento, superando las falencias que hacen ineficaz este derecho constitucional y además en el que prevalecen los principios sobre las reglas. (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 102-13-SEP-CC Caso No. 0380-10-EP)

Dicho esto, se concluye que la tutela judicial implica una serie de actuaciones por parte del Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, que permiten asegurar el efectivo goce y cumplimiento de los derechos consagrados en la Constitución de la República para la obtención de una resolución judicial motivada, la cual deberá ser ejecutada integral y adecuadamente. En este contexto, se pueden identificar tres fases que componen este derecho: 1) acceso al órgano jurisdiccional; 2) tramitación conforme el debido proceso para obtener una resolución motivada; y, 3) ejecución de la decisión. Como línea general tenemos la sentencia

el derecho de la ciudadanía para acceder a los órganos jurisdiccionales, eliminando los obstáculos procesales que lo impidan, así como el deber de los jueces de ajustar sus actuaciones dentro del marco constitucional y legal pertinente al obtener una sentencia debidamente motivada y dentro de un plazo razonable (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 287-15-SEP-CC Caso No. 1990-11-EP. Quito, D. M, 02 de septiembre del 2015)³

El libre sometimiento al arbitraje en materia transigible, simplemente amplía las posibilidades de acceso a la justicia. (JARA VÁSQUEZ, 2017, pág. 305)

2.6.2. El Debido Proceso

En esta línea de ideas, respecto del derecho al debido proceso, la Corte Constitucional ha señalado:

El debido proceso es un derecho primordial que le asiste a las partes que se encuentran sometidas a un proceso judicial o administrativo; por tanto, existen garantías que deben ser observadas y aplicadas, con el objeto de que el proceso se constituya en un medio para la realización de la justicia. (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-14-SEP-CC Caso No. 0830-09-EP)

³ La referida sentencia hace referencia a otra sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 224-14-SEPCC, caso N.º 1836-12-EP.

Carlos Bernal Pulido, siguiendo la jurisprudencia constitucional colombiana, define las dos dimensiones del derecho al debido proceso. En primer lugar, se trata de un derecho que

“protege las facultades del individuo para participar en los procedimientos del Estado constitucional democrático y el ejercicio dentro del marco de dichos procedimientos de las facultades de hacer argumentaciones, afirmaciones, aportar pruebas y las capacidades de rebatir los argumentos de los demás y de autocriticarse (BERNAL PULIDO, 2005, pág. 337).

Por otro lado, se trata también de “un mecanismo para la protección de otros derechos fundamentales” (BERNAL PULIDO, 2005, pág. 337)

El derecho al debido proceso que se encuentra regulado en el artículo 76 de la norma suprema, representa el medio de defensa del cual goza una persona, sea natural o jurídica para en ejercicio de su derecho a la defensa, enfrentar el proceso. De esta forma, el proceso se traduce al medio con el cual, se asegura; en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia puesta en conocimiento de la judicatura.

De las disposiciones legales anotadas, se infiere no solamente que las partes pueden someterse libremente a una jurisdicción convencional, correspondiendo al estado garantizar que este método alternativo a la solución de conflictos cumpla unas regulaciones mínimas, siendo de exclusiva responsabilidad de las partes acudir a los centros de la materia, independientemente de las facultades y deberes ejecutados por los órganos de la administración de justicia.

2.7 La Práctica Jurisdiccional

Cuando el titular de la acción propone la demanda hace uso del derecho subjetivo para exigir o reclamar algo, que judicialmente cree o en efecto le asiste, por lo que, recurre al sistema judicial para recibir la tutela judicial efectiva y proponer en su demanda las pruebas que considera adecuadas a su objeto jurídico. En esta realidad, el juzgador tiene que atender la actividad procesal en dirección al objeto jurídico que han definido las partes procesales y que, mediante la prueba respectiva han justificado de tal manera que el Juez reconocerá el derecho a quien le asista.

El componente práctico que se pretende dotar a la presente investigación se evidencia la necesidad de investigar y pronunciarse sobre el mismo, se parte de la experiencia que existió en el sistema anterior; y, el caso en relación a la práctica con el COGEP.

2.7.1.- Procesos sustanciados con el código de procedimiento civil

La forma de sustanciación de las excepciones en la CCPC. El Dr. Juan Larrea Holguín nos da una definición de Excepción: “Razones, motivos, argumentos para oponerse a una demanda. Oposición del demandado a las pretensiones del actor de un juicio.” (LARREA HOLGUIN, 2006, pág. 180) El Ab. Manuel Tama Viteri en su obra Defensas y Excepciones en el procedimiento civil cita el fallo publicado en el Indicie Alfabético S. 4ª y 5ª, pág. 3 que su parte pertinente dice: “La Jurisdicción convencional sobre asuntos comprendidos en el compromiso arbitral, excluye a la jurisdicción legal.” (TAMA VITERI, Defensas y Excepciones en el Procedimiento Civil, 2012, pág. 18)

En la Sección cuarta de la CCPC en el Art. 99 nos da una clasificación de las excepciones, esto es: “Las excepciones son dilatorias o perentorias. Son dilatorias las que tienden a suspender o retardar la resolución de fondo; y perentorias, las que extinguen en todo o en parte la pretensión a que se refiere la demanda”. (CCPC Art. 99)

En el ejercicio del derecho a la contradicción, el demandado puede oponer dos clases de excepciones, las encaminadas a destruir definitivamente la pretensión y las destinadas a obtener su rechazo temporal, excepciones nominadas por la doctrina, en su orden, como perentorias y dilatorias. Las dilatorias tienen como propósito retardar la resolución de la litis o impedir su conocimiento por asuntos de orden procesal; las perentorias en cambio tienen como objeto terminar en forma definitiva con las pretensiones del actor.

Por lo que el tratamiento de la excepción de métodos alternativos a la solución de conflicto depende el trámite que se le esté dando a la causa, teniendo todos los trámites en común que la demanda se encuentra presentada y ésta fue calificada disponiendo que se cite al demandado; siendo que éste último dentro de su

contestación a la demanda menciona la existencia de que las partes en caso de controversias han pactado someterlas a los árbitros.

El Dr. Rubén Moran Sarmiento manifiesta su criterio de cómo debe sustanciarse la excepción de métodos alternativos a la solución de conflicto en el proceso civil, que es la siguiente:

Además esta excepción tras toca la mecánica ordinaria que tiene el sistema procesal para el tratamiento de las excepciones, pues ellas son parte vital de la contestación a la demanda y reciben el tratamiento que esa procesal tiene en la ley de la materia. Según la ley de Mediación y Arbitraje esta excepción debe de tramitarse inmediatamente, de su presentación mediante un trámite sumarísimo. La parte contra quien va dirigida la excepción tiene el término de tres días para demostrar lo contrario al Juez; y sólo podrá hacerlo presentando un documento escrito en el que CRE la renuncia del convenio suscrito por las partes ligadas en el convenio arbitral; por su parte el excepcionante deberá demostrar la existencia del convenio. (MORÁN, R. (2001) «Nuevas Excepciones en el Procesalismo Civil» *Revista Jurídica* de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, N° 14.

Hay que mencionar que la CLAyM utiliza la siguiente expresión “la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado”. (CLAyM Art. 8) Por lo que las partes pueden pedir libremente cualquier medio probatorio para demostrar sus afirmaciones, las mismas que el operador de justicia no debería limitar de oficio; siendo que se sobreentiende que la única prueba eficaz para demostrar la excepción de métodos alternativos a la solución de conflicto es el documento en el que CRE que las partes han pactado la misma; de lo contrario ya es un indicio de la actitud del demandado que podría ser analizado para el argumento de condena en costas procesales.

El autor guayaquileño antes citado indica que:

El juez debe resolver (dictar un auto resolutorio) si procede o no la excepción invocada. Si la acepta, tendrá que inhibirse, de seguir tramitando la causa y ordenar el archivo de la misma, si la rechaza, confirma su plena competencia y podrá seguir sustanciando el juicio; en este caso, ya no podrá actuar la jurisdicción arbitral (MORÁN SARMIENTO R. , 2001, pág. 153)

En el caso de la CCPC, por la inoperancia en la forma de sustanciación del proceso se cambió. Debido a que el proceso debe estar encaminado a dar una solución a un

problema. Siendo que, se pretende dar la paz social. A continuación, se describe los juicios, de manera general que preveía la anterior norma procesal. Para lo cual, se utiliza a los doctrinarios mayormente usados a esa época.

En el juicio ordinario, los autores Velasco dicen:

Es aquel, donde se trata de cuestiones jurídicas, en forma extensa, sin limitaciones a las manifestaciones de las pretensiones y de las defensas, De manera que, sean resueltos todos los puntos del litigio, por parte del Juez mediante declaración inequívoca al respecto (VELASCO CÉLLERI & VELASCO ZAPATA, 1998, pág. 22).

En la mecánica del juicio ordinario presentada la demanda, se procede a realizar el sorteo de ley con el que nace la competencia del Juez, quien califica la solicitud disponiendo la citación al demandado para que en el término de quince días conteste la demanda; al realizar la contestación alega que existe cláusula de métodos alternativos a la solución de conflicto y se sustancia el proceso conforme se lo indico en líneas anteriores.

En el Juicio Ejecutivo, los autores antes citados indican que juicio ejecutivo:

Es aquel, que tiene por objeto otorgar los derechos que una persona tiene o derechos fundados en títulos de crédito, debidamente documentados, ya sean éstos de carácter privado o público. En éste se persigue la condena a una prestación de dar, hacer o no hacer. (VELASCO CÉLLERI & VELASCO ZAPATA, 1998, pág. 22)

El Dr. Santiago Andrade Ubidia en su obra Los títulos Valor en el Ecuador manifiesta lo siguiente con respecto a los Caracteres del Derecho Cambiario:

La razón por la cual se insiste en reconocer la autonomía del derecho cambiario se halla en que las figuras que constituyen su contenido, o sea la letra de cambio, el pagaré a la orden, presentan ciertos elementos o notas típicas que los diferencian de los restantes títulos valor, hasta constituirlos en una categoría especial. (ANDRADE UBIDIA, 2006, pág. 200)

De lo expuesto se determina que los títulos valor son abstractos, formales y completos. Correspondiendo a la naturaleza jurídica del juicio ejecutivo con la pronta ejecución del título ejecutivo que el accionante pretende en contra del demandado, sobre un derecho que no está en discusión; pues, se encuentra contenido en un título ejecutivo puro, claro, determinado y actualmente exigible. (HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, 2021, pág. V)

Se reitera que en el procedimiento ejecutivo se mantiene lo indicado en el trámite del juicio ejecutivo: y, de ser el caso que se llegare a formular la excepción de cláusula arbitral por disposición legal contemplada en el Art. 353 del COGEP taxativamente indica cuales son las excepciones que se puede formular. En consecuencia, se debe remitir a las excepciones previas, en principio.

El autor Ricardo Hernández González concluye que en cuanto a la existencia del convenio de métodos alternativos a la solución de conflictos. En primer lugar, tal afirmación debe ser demostrada conforme las reglas del COGEP. Sin embargo, la segunda afirmación sobre que han quedado derogadas parcialmente las disposiciones de la CLAyM por lo dispuesto en la disposición derogatoria décimo cuarta del COGEP. (pág. 105)

El argumento de la disposición derogatoria décimo cuarta del COGEP a su letra dice: “Quedan asimismo derogadas, a la entrada en vigencia de la presente Ley, otras disposiciones de igual o inferior jerarquía que se opongan a lo dispuesto en la misma”. Quedando a resolver, cual es el rango legal de la CLAyM.

La Constitución vigente en el Art. 133 clasifica a las leyes en orgánicas y ordinarias. Mientras que el Art. 60 de la CLAyM es una norma especial. Insistiendo con la idea que existe una tarea pendiente por parte de los legisladores de adaptar la norma vigente a la Constitución. Por lo que, no se ha producido la derogatoria a la que hace referencia el autor antes citado. Por otro lado, lo que el autor no señala es la total incompatibilidad que existe entre los títulos valor con las cláusulas de métodos alternativos a la solución de conflicto.

Para argumentar lo expresado en líneas anteriores, se tiene que la Corte Constitucional de Colombia en el siguiente fallo ha indicado la diferencia entre los métodos alternativos a la solución de conflicto; concretamente el arbitraje; y, los títulos valor de la siguiente manera:

Según el artículo 116 de la CP., la ley puede transitoriamente atribuir la función jurisdiccional a particulares que obren como árbitros o conciliadores. En el Estado social de derecho, los particulares colaboran de variadas maneras en el desarrollo de las funciones y fines estatales. Dicha colaboración, en el ámbito jurisdiccional, no obstante, tiene carácter transitorio y excepcional. En primer término, la conciliación y el arbitraje sólo pueden tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean

susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos lo son. En segundo término, la paz y el orden público, se ponen en peligro si a los particulares, así obren como conciliadores o árbitros, se les atribuye directamente la facultad de disponer del poder coactivo. No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (CP art 113). Tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna. No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral. Entre las materias vedadas a los árbitros y conciliadores, por las razones anotadas, se encuentra el conocimiento de las pretensiones ejecutivas. La existencia de un título ejecutivo con base en el cual se formula la demanda, así posteriormente se presenten excepciones y se deba decidir sobre éstas, coloca la controversia en un momento posterior al de la mera configuración del derecho. Lo que se busca a través de la acción ejecutiva es la intervención del Estado con miras no a zanjar una disputa, sino a hacer efectivo un derecho sobre cuya existencia el demandante no ha menester reconocimiento distinto al de la verificación del título que, en los términos de la ley, le sirve de suficiente causa y prueba. De otro lado, la ejecución está íntimamente ligada al uso de la fuerza pública que, por las razones anotadas, ni la ley ni el pacto pueden transferir a los árbitros o conciliadores (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-057/95. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz Disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-057-95.htm Recuperado el 15 de mayo de 2022)

Del fallo expuesto, se solicitó la nulidad del fallo, correspondiendo la ponencia del auto de nulidad al Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell de la siguiente manera:

Los titulares o poseedores legítimos de títulos valores y otros que prestan mérito ejecutivo, desde luego no ignoran que frente a sus demandas ejecutivas el deudor demandado puede oponer excepciones de diferente naturaleza y que en tal evento su pretensión es controvertida y sometida a debate judicial, incluso hasta el punto de llegar a ser objeto de transacción o de ser sometida a arbitramento. Sin embargo, conviene precisar que al proceso ejecutivo se acude, en primer término, a solicitar que se realice el derecho y que se pongan en movimiento los mecanismos judiciales ideados para garantizar el pago del crédito cuyo cobro se persigue, aunque luego el respectivo título pueda tornarse en algo discutible. Ello es así, porque los títulos ejecutivos tienen una propiedad que los caracteriza como tales, y quienes los poseen tienen una creencia y una plena convicción jurídica, que el ordenamiento jurídico alienta y garantiza, en el sentido de que el documento que los contiene legitima por sí mismo el ejercicio o la realización de un determinado derecho y ciertamente configurado. (Corte Constitucional de Colombia. Auto No. 004/96. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell Disponible

en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-057-95.htm
Recuperado el 15 de mayo de 2022)

Se trae a colación la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, debido a que en ese país ha llegado a su conocimiento el caso. Correspondiendo su pronunciamiento. En la Corte Constitucional del Ecuador del 2019 se ha pronunciado en cuestiones relacionadas con el arbitraje. Pero este punto en específico no ha sido tratado hasta el momento.

Por lo expuesto, el título valor al tener una forma específica determinada por la ley; y contener la obligación ejecutiva. Sobre los elementos de la obligación ejecutiva tenemos en relación a la claridad se tiene que la forma del título valor es fácil de vislumbrar, también lo es el pacto de someterse al arbitraje o a la mediación. En relación a la pureza y actualmente exigible se tiene que los hechos que dieron origen al título valor pueden ser revisados por parte de los intervinientes en el arbitraje o en la mediación. En relación a la determinación, pretende que no sea discutido. Finalmente, en relación a la liquidez hace relación a la cuantificación en una suma de dinero. Debido a que todos los elementos de la obligación ejecutiva están ligados entre sí, el pacto de someter a conocimiento de los ADR, interfiere en estos elementos. Se reitera que no se puede someterse al conocimiento de los ADR, sea por arbitraje o mediación, ya que implica volver a conocer el origen de la obligación. De esta forma se desnaturaliza la naturaleza ejecutiva de los títulos valor, volviendo al procedimiento ejecutivo en inaplicable.

En el juicio verbal sumario, recurrimos nuevamente a los autores Velasco que manifiestan: “JUICIO VERBAL SUMARIO Se lo ha denominado así, por cuanto reviste características de simplicidad, de agilidad, de oralidad y de rápida resolución, por parte del Juez”. (VELASCO CÉLLERI & VELASCO ZAPATA, 1998)

De conformidad con el Art. 833 de la CCPC, el momento procesal oportuno de formular excepciones es cuando se da la Audiencia de Conciliación y Contestación a la Demanda; no antes ni después. Sin embargo, existe norma expresa que acabada la diligencia se abre la causa a prueba por el término de seis días de existir hechos que deban probarse, es decir existiría un doble término de prueba: el primero para verificar la existencia de clausula arbitral y el segundo para probar sus alegaciones formuladas.

En el procedimiento Sumario tiene relación con el juicio verbal sumario, debido a que solo se pueden tramitar de esta forma por expresa disposición legal; de todos los casos descritos por el legislador el único caso en el que podría estar pactado una cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos es en la controversia relativa a honorarios profesionales; claro está, siempre y cuando se haya celebrado entre las partes un contrato.

Sobre las diligencias previas, es claro que la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos obliga a las partes en el caso de controversia. Sin embargo, con respecto a las diligencias previas la ley no dice nada al respecto. La CCPC, en su Art. 64, manifestaba que:

Todo juicio principia por demanda; pero podrán preceder a ésta los siguientes actos preparatorios: 1. Confesión judicial; 2. Exhibición de la cosa que haya de ser objeto de la acción; 3. Exhibición y reconocimiento de documentos; 4. Información sumaria o de nudo hecho, en los juicios de posesión efectiva, apertura de testamentos y en los demás expresamente determinados por ley; y, 5. Inspección judicial. (CCPC Art. 64)

Durante la elaboración del presente trabajo encontré el siguiente caso: se solicita una diligencia previa de confesión judicial, de conformidad con el Art. 64 de la CCPC, siendo que dicha petición es atendida y se le da el trámite determinado en el libro segundo, sección séptima, párrafo primero del cuerpo legal antes citado.

La parte accionada comparece y alega la existencia de una cláusula arbitral, por lo que el juez de la causa no puede seguir sustanciándola.

Agréguense al proceso los escritos presentados, documento adjunto y razones de citación.- De acuerdo al Art. 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación que establece que el convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria, así como que cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley y que en caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje.- En el presente caso, se trata claramente de una petición de confesión judicial solicitada como diligencia previa, que precede a la demanda, conforme dispone el Art. 64 del Código de Procedimiento Civil, numeral 1, por tanto no se trata de una demanda, sino de una petición de un acto preparatorio, en consecuencia no procede la inhibición solicitada.- En

atención a lo solicitado por el accionante se señala para el 21 de mayo del presente año a las 14h30, para que comparezca a este juzgado el Sr. (...), de manera personal y no por interpuesta persona, a rendir la confesión judicial de conformidad al pliego de preguntas presentado en sobre cerrado, las mismas que serán calificadas al momento de la diligencia y se le previene estar asistido de un abogado defensor particular, tal como lo dispone el inciso tercero del Art. 127 del Código de Procedimiento Civil, bajo prevenciones de ley, por tratarse del segundo señalamiento, conforme prevé la referida norma.- (17324-2013-0048D JUZGADO VIGÉSIMO CUARTO DE LO CIVIL DE PICHINCHA)

2.7.2.- La sustanciación de las excepciones en el Código Orgánico General de Procesos

En el mundo del derecho, cada forma de sustanciar el juicio tiene su historia; y, su naturaleza propia, en ocasiones por mayor o menor tiempo de vigencia. En este camino conflictivo, propio de una sociedad voluble cuyos actos, en numerosas ocasiones superan la regulación legal vigente y obligan a buscar alternativas de solución a la problemática.

En el desarrollo del texto se emplea la descripción de los casos sustanciados con el código procesal anterior, con un corte formalista, propio del sistema que se ha heredado. Lo que ha merecido críticas (ÁVILA SANTAMARÍA, 2012, pág. 303) Se debe manifestar que si bien es cierto; esta forma de investigación es cansada a la lectura. No es menos cierto que, la investigación propuesta al ser desarrollada pretende dar una solución sobre la vigencia de las dos formas de sustanciar la resolución de la cláusula de ADR.

Dependiendo de la naturaleza del problema, los sujetos deben activar las vías de reclamación correspondientes. (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 31-14-EP/19 Jueza ponente: Enrique Herrería Bonnet Párr. 49).

Se debe tener en cuenta que los árbitros están; en todo momento, obligados a observar y hacer y garantías constitucionales siguiendo las exigencias de fuerza constitucional. “Es su deber velar porque a lo largo de los procesos se garanticen los derechos constitucionales y el debido proceso respetar los derechos y supremacía arbitrales y en sus laudos, constitucional”. (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 323-13-JP/19 Jueza ponente: Karla Andrade Quevedo. Párr. 36)

Las excepciones son; en generales, los medios de defensa con que cuenta el demandado en un proceso para oponerse y desvirtuar las pretensiones de la parte actora contenidas en la demanda. En una aproximación al tema de desarrollo, tenemos que la acción del demandante; una vez que ha sido citado el demandado. En su contestación a la demanda expresa las razones de su oposición; y, entre ellas las excepciones de las que se considere asistido. La contestación a la demanda más que a una obligación estamos ante un derecho a ser escuchado por el órgano jurisdiccional del Estado en igualdad de condiciones; a este derecho se le conoce como de contradicción en el juicio, que forma parte de los derechos y garantías básicas al debido proceso que establece la Constitución de la República. (RAMIREZ ROMERO, 2022, pág. 38)

En la tesis de Valeria Elizabeth Vaca Hidalgo, Dirigida por Ana Intriago (2018) titulado Tratamiento de las Excepciones Previas en Materia Civil ante la Ausencia del Demandado, en la Universidad Internacional SEK determina como conclusiones en relación a la excepción de convenio:

Las excepciones previas como la Litispendencia, Caducidad, Cosa Juzgada, Transacción, Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación, que hayan sido deducidas dentro del término legal en la contestación a la demanda, y justificadas, deben ser resueltas de oficio, por pertenecer al Derecho público, y la omisión de resolverlas ocasionaría la vulneración a la garantía de seguridad jurídica. (VACA HIDALGO & INTRIAGO, 2018, pág. 135)

En Colombia, Jaime Azula Camacho, en su obra de la teoría general del proceso, expresa que al tratar de los impedimentos procesales que es el calificativo doctrinario para designar las excepciones previas, estas se clasifican en dos clases o grupos: perentorias o definitivas y dilatorias o temporales. Sobre las perentorias, determina que implican la terminación del proceso judicial. En esta línea adscribe a la cláusula compromisoria.

El compromiso o cláusula compromisoria determinan que la controversia se someta a la decisión de un tribunal de arbitraje, pero las causas que lo originan varían en una y otra, pues el compromiso es el acuerdo expreso de las partes en cuya virtud convienen en someter a la decisión arbitral las diferencias que existen entre ellas, antes de instaurarse o ya en curso el correspondiente proceso ante los jueces ordinarios, mientras que la cláusula compromisoria es un pacto expreso mediante el

que las partes convienen en someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que surjan como consecuencia de un contrato determinado, o en su desarrollo, como es la sociedad. (AZULA CAMACHO, 2018, pág. 142)

Se infiere de lo expuesto, que la cláusula compromisoria, siempre constituye fundamento de la excepción previa, mientras que el compromiso solo cuando se pacte una vez surgido el conflicto, pero antes de empezar el respectivo proceso ante los jueces ordinarios. Se descarta, por tanto, cuando el proceso ante la justicia ordinaria está en curso, pues al carecer de oportunidad para formular la excepción previa, no configura la causal.

Cuando a pesar de existir compromiso o cláusula compromisoria se demanda ante la justicia ordinaria y el demandado no propone la correspondiente excepción previa, queda saneada la nulidad que podría originarse en la falta de competencia, y se cierra, por ende, la posibilidad de invocarla posteriormente.

El pronunciamiento por el Tribunal Superior de Bogotá identificando la ponencia del magistrado Eduardo García Sarmiento, que ratificó luego en la Corte Suprema de Justicia. Postura que el autor la acoge. Finalmente, la Corte Constitucional, incluyo lo concerniente a la cláusula compromisoria, aunque con una regulación adecuada a este fenómeno, en el sentido de que el juez, al declarar probada la excepción, les otorgue a las partes un término prudencial para que instalen el tribunal de arbitraje. (AZULA CAMACHO, 2018, pág. 143)

El Código General del Proceso Colombiano, que es norma positiva y posterior a lo expuesto por la Corte Constitucional, en el inciso 4° del artículo 101, dispuso que cuando prospera esa excepción, el juez declara la terminación del proceso y ordena devolver la demanda, por lo cual asume la condición de perentoria en sede judicial. Pero en relación a las partes es dilatoria debido a que se dirige a determinar la irregularidad del proceso, el juez al verificar la existencia del hecho emite su resolución. La misma que tiene un interés directo en alargar la controversia que existe entre los justiciables

Con el COGEP al estar determinada en el Art. 153 numeral 10 “10. Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación”. Es una excepción previa, que debe ser resuelta en audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia

única. La forma de resolver las excepciones deducidas por la parte demandada se encuentra establecida en la resolución 12-2017 de la Corte Nacional de Justicia,

2.8 La prueba

Para Jorge Luis Mazón el diseño de los procesos del COGEP está diseñado para atravesar de entrada, toda la fase de saneamiento que se resolverá en Audiencia. (MAZÓN, Ensayos críticos sobre el COGEP. Tomo II, 2020, pág. 95)

Para la delimitación de la decisión. En primer lugar, se debe determinar el objeto de la prueba que, en otras palabras es el hecho, en torno a la existencia de la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos; sea de mediación o sea de arbitraje (ILLESCAS ORTEGA, 2021, pág. 19) Sobre este hecho es que se desarrolla la actividad probatoria; y, finalmente, el juzgador tomará la decisión

La actividad probatoria comprende en etapas que deben ser sustanciadas a fin de observar el debido proceso que son: la primera, la recopilación del medio probatorio, para continuar con el anuncio del medio probatorio, en la judicatura se produzca la admisibilidad del medio probatorio, continuando con la práctica del medio probatorio, quedando al juez la valoración del medio probatorio. (GUERRERO DEL POZO, 2020, pág. 51)

La primera etapa sobre la recopilación del medio de prueba corresponde a una fase extra procesal en que el cliente (demandado) y el abogado trabajan en conjunto para obtener la prueba que va a ser el pilar de sustento para la excepción alegada por parte de la defensa. (ECHANDÍA, 1970, págs. 277-278)

En cuanto al anuncio de la prueba por parte del demandado debe reunir los requisitos que por remisión ordena los Arts. 152, 154 y 155 del COGEP. El medio de prueba al ser eminentemente documental se debe redactar su anuncio de manera diáfana.

Sobre la admisibilidad del medio probatorio encontramos que corresponde esta actividad al juez. En esta parte el medio de prueba documental que contiene la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos es compatible con los criterios de utilidad, pertinencia y conducencia señalados en el COGEP.

Sobre la práctica del medio probatorio. En el modelo del COGEP, la práctica de la prueba se la realiza en la audiencia, exhibiendo el documento de manera pública y

leyéndolo en la parte pretinen. En este caso es la cláusula de comparecencia de las partes que intervienen en el contrato, la cláusula de mediación o de arbitraje, finalmente, la firma de los comparecientes. En el sistema escrito, al ser sustanciado en una fase escrita, basta que se adjunte el contrato que contiene la cláusula y en el texto del abogado indicar estos elementos.

En relación a la valoración del medio probatorio por parte del juez, debe ser en base a la sana crítica. Al constar pactado en el contrato de manera expresa, es un hecho claro y el juez debe emitir la resolución que corresponde aceptar la existencia de convenio en que las partes se someten libremente sea a la mediación o al arbitraje. En caso de no adjuntar el documento como medio de prueba, también esta despejada toda duda sobre la existencia de cláusula y negar la excepción.

Por lo expuesto, se deben cumplir todas las fases de la actividad probatoria tanto en el COGEP como en la CLAyM desde el anuncio de la prueba, para pasar luego al examen de admisibilidad por parte del juez, continuando con la práctica o actuación de la prueba, finalmente concluye con la valoración del medio de prueba documental por parte del operador de justicia. (MAZÓN, Ensayos críticos sobre el COGEP. Tomo I, 2018, págs. 94-100) Para acreditar la existencia de una cláusula pactada por las partes que se someten sea a la mediación o sea al arbitraje, debe pasar por esta fase para así cumplir con el debido proceso.

Sobre la prueba de oficio en relación a la demostración de la existencia de cláusula de sometimiento a uno de los métodos alternativos a la solución de conflicto. En principio, se descarta la misma, debido a que, si las partes no adjuntan el documento, es que no existe.

Sin embargo, se avizora dos supuestos de hecho que pueden suceder y son los siguientes: En el primero, es que se alegue que el negocio jurídico fue elaborado ante Notario Público se abre la siguiente bifurcación. El primero, que cualquiera de las partes acceda al archivo de la notaria indicada y soliciten directamente una copia notariada por parte del archivo; lo que, evidentemente tiene su costo fijado por la tasa respectiva. La siguiente posibilidad es que ninguna de las partes adjunte el documento lo que conlleva de manera directa se niegue la excepción. Bajo la lógica del COGEP al ser de acceso público este medio de prueba documental, no se

justificaría solicitar el acceso judicial a la prueba; para que, a través, de la judicatura se oficie a la notaria y remita una copia notariada del documento a su cargo. Lo que evidentemente se busca, es no pagar la tasa notarial respectiva.

En el segundo caso, que la realización del negocio jurídico fue de manera privada y el ejemplar que le correspondió ha sido perdido, destruido, extraviado. Al no existir un registro del documento, la posibilidad de que el juez pueda solicitar a la otra parte el documento⁴, no ha de prosperar; ya que, se presupone que la parte actora actúa bajo el principio de buena fe y lealtad procesal prevista en el Código Orgánico de la Función Judicial. Evidenciándose, que a diferencia de los títulos valores que prevé un procedimiento especial para la reposición. En el caso de los contratos civiles privados no se cuenta con ese proceso en la forma prescrita en el código civil.

Merece una especial mención cuando se elaboran los contratos con una persona jurídica de derecho privado. En la que, debería llevar un registro de todas sus actuaciones, pero corresponde al cliente de proporcionar toda la documentación para que el abogado realice el diseño del camino a seguirse. Recordemos que, este texto se centra en la forma de resolver de manera eficaz la excepción de compromiso arbitral o de mediación. En todo caso, la controversia de fondo alegado por las partes, será de conocimiento plenario, algo que no es objeto del presente trabajo.

2.8.1 Medio de prueba documental

Como ya se anunció con anterioridad, el medio de prueba útil, pertinente y conducente para demostrar la existencia de cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos es con la prueba documental.

Recordemos que, el documento se define como cualquier escrito que represente un hecho o que contenga una declaración acerca de un hecho. (TARUFFO, 2008, pág. 76) En este caso, el documento puede acreditar tanto el negocio jurídico realizado como la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos.

⁴ En el caso de los documentos determinados en el Código de Comercio, tenemos que se prevé los pasos para la realización de la reposición del contrato de prenda comercial ordinaria (Art. 631); la carta de porte aéreo (Art. 1243). En el caso de pérdida de una letra de cambio (Art. 172); por remisión aplicable al pagaré a la orden.

Sobre la valoración del documento, recordemos que el juzgador con el documento no está en una relación de inmediatez con el hecho jurídico; sino más bien, de una manera mediata. (GÓMEZ MERA, 2010, pág. 34)

2.8.2 Modo de producción de la prueba

Si bien es cierto, el sistema oral se encuentra orientado a que todos los procesos sean debatidos. Lo que realmente existe en la práctica es un sistema mixto. En el caso del modo de producción de la prueba documental, se debe dar cumplimiento a lo dispuesto en la norma, observando todos sus numerales. (COGEP Art. 196) En la parte pertinente; esto es que, en la respectiva audiencia se lea en la parte pertinente, y se lo exhiba públicamente para dar cumplimiento a la contradicción. (PALACIOS SORIA, 2017, pág. 532)

En la especie, la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos se encuentra contenido en el documento; y, la parte que se exhibe públicamente es la cláusula contenida en dicho documento.

Con el modelo del COGEP, esta decisión se produce en audiencia, sea la preliminar o dentro de la fase única. Con el modelo de la CLAYM, el término de prueba que se abre por tres días, no se produce la audiencia para discutir la existencia de cláusula arbitral. Más bien, es para adjuntar el documento; en caso de que ya no lo han hecho.

Por lo expuesto, estaríamos ante la única excepción al sistema oral (en realidad sistema mixto), que se debe resolver por escrito la existencia o no, de la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos. Ya que, el juez, por sus propios medios, puede percibir el medio de prueba, determinar si existe o no la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos.

Tampoco existiría contraposición con el principio de inmediación que tiene íntima relación con el sistema procesal actual (ILLESCAS ORTEGA, 2021, pág. 62) Debido a que, es necesario recordar en palabras de Ramiro Ávila Santamaria citando a Robert Alexy, que los principios son mandatos de optimización que orientan la actividad del juzgador; su aplicación que se puede realizar como también, no se puede verificar la situación. En definitiva, inspiran para la toma de la decisión. (ÁVILA SANTAMARÍA, 2012, págs. 63-66)

Los sistemas judiciales actuales deben garantizar el derecho del actor como del demandado; que en definitiva son los justiciables. Finalmente, tomar la decisión; una vez que haya transcurrido el término de tres días de prueba; es decir, dentro del término de expedir las resoluciones señalado en el COGEP que son de diez días (COGEP Art. 93) Lo indicado, sería aceptable a fin de que se produzca la tutela judicial efectiva para los justiciables

2.8.3. Práctica forense con el COGEP

El Proceso de Conocimiento contempla la sustanciación del proceso en dos audiencias, siendo que se mantiene la obligatoriedad del Juez de calificar la contestación a la demanda como en el juicio ordinario antes indicado. Para la convocatoria a la Audiencia Preliminar la ley indica en lo pertinente que “la o el juzgador convocará a la audiencia preliminar, la que deberá realizarse en un término no menor a diez ni mayor a veinte días” (COGEP, 2021). Es decir que de seguirse la sustanciación dispuesta en el Art. 8 de la CLAYM es compatible con el trámite del nuevo código; sin embargo, el espíritu de la norma es que la justicia sea resuelta por audiencias de manera oral, esto es en observancia de la constitución y las demás leyes orgánicas, por lo que no es claro si se debe seguir el trámite dispuesto en la ley especial o que dicha excepción de existencia de cláusula arbitral sea sustancia y resuelta dentro de la Audiencia Preliminar.

En el procedimiento Sumario tiene relación con el juicio verbal sumario, debido a que solo se pueden tramitar de esta forma por expresa disposición legal; de todos los casos descritos por el legislador el único caso en el que podría estar pactado una cláusula arbitral es en la controversia relativa a honorarios profesionales, claro está, siempre y cuando se haya celebrado entre las partes un contrato.

En el Procedimiento Ejecutivo se mantiene lo indicado en el trámite del juicio ejecutivo y de ser el caso que se llegare a formular la excepción de cláusula arbitral por disposición leal contemplada en el Art. 353 del Código Orgánico General de Proceso, taxativamente indica cuáles son las excepciones que se puede formular; en consecuencia, el Juez no puede analizar; algo que desde ya denota la imperfección de la norma realizada por la función legislativa al limitar las excepciones en el trámite de los juicios ejecutivos. En la misma línea el procedimiento monitoreo al ser un nuevo proceso en nuestro país depende del documento que ha sido adjuntado a la

demanda y siempre y cuando exista oposición del demandado, pues de lo contrario por disposición del Art. 458 en la calificación de la demanda se dispone el pago.

2.8.4. Recursos Procesales

El derecho general de impugnar los actos de la autoridad pública se encuentra instrumentado principalmente a través de los recursos. De manera particular Hernando Devis Echandía, cuando hablamos del derecho a recurrir, el maestro aclara que: “se trata de un derecho subjetivo de quienes intervienen en el proceso a cualquier título y condición, para que se corrijan los errores del juez, que le causan gravamen o perjuicio” (ECHANDIA, 2004, pág. 506) Es decir, basta con que el perjudicado sienta su perjuicio para poder accionarlo; es el elemento subjetivo característico para impugnar la resolución, en consecuencia, no es necesario que el recurrente tenga necesariamente la razón para interponer el recurso.

La definición de Lino Enrique Palacio, sobre recurso es: “acto procesal en cuya virtud la parte que se considera agraviada por una resolución judicial pide su reforma o anulación, total o parcial, sea al mismo juez o tribunal que la dictó o a un juez o tribunal jerárquicamente superior”. (PALACIO, 2018, págs. 609-610) Cuando el autor expone el concepto de recurso, expone elementos esenciales de los recursos, por lo que debo indicar que considera las acciones antes indicadas como adicionales a los recursos ordinarios de todo proceso. Son recursos, porque reúnen los elementos esenciales del concepto de recurso procesal, que son: acto procesal, resolución judicial, contemplado en la ley, y, exista inconformidad con la decisión tomada.

El recurso de apelación es el más importante recurso de los ordinarios ya que busca que se dé la revisión de la actuación del juez de primer nivel por parte del tribunal de alzada. (CORNEJO AGUIAR, 2016, pág. 34)

Mediante Registro Oficial Suplemento Número 517 de fecha 26 de junio del 2019 se expidió la Ley Reformatoria al Código Orgánico General de Procesos, en la cual se reforma el recurso de apelación, posibilitando la presentación en audiencia o por escrito dentro del término de diez días contados a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito. La decisión que se emite por parte de la judicatura es un auto interlocutorio (COGEP Art. 88 inc. 2do) Por lo expuesto, el auto interlocutorio

que resuelve la existencia o no de la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos es susceptible del recurso de apelación.

Siguiendo la clasificación del régimen de recursos procesales en ordinarios y extraordinarios. Teniendo presente que los recursos ordinarios son aquellos que se dan con carácter de normalidad dentro del ordenamiento procesal, como instrumentalización normativa del derecho a impugnar. El estudio de su procedencia por parte de los operadores de justicia es sencillo, porque basta remitirse a la ley. Mientras que los extraordinarios son utilizados en casos excepcionales y se encuentra reglada en la ley su procedencia. Por cuanto la resolución de existencia o no de la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos no pone fin al proceso, no es susceptible del recurso extraordinario de casación.

En cuanto a los efectos de la apelación, tradicionalmente ha sido el efecto suspensivo. Sin embargo, con el COGEP, se tiene que al ser una excepción que ataca al proceso es el efecto diferido el que se debe aplicar. Es decir, en caso de no aceptar la excepción de métodos alternativos a la solución de conflictos, se debe seguir sustanciando la causa normalmente.

CAPITULO III

“descubrir el sentido objetivamente valido
de los preceptos del derecho”
GARCIA MÁYNEZ, Eduardo

3.1. Ubicación

La presente investigación se la realiza en la Unidad Judicial Civil con sede en la parroquia de Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito.

3.2. Equipos y Materiales

Los equipos a utilizarse en este trabajo principalmente es la computadora, como la impresión de las ideas. Como fuente de consulta se la realiza a través del Sistema SATJE una vez que se han constatado los números de expedientes que constan de manera física en el archivo de la judicatura.

3.3. Tipo de investigación; enfoque

La definición del enfoque en el presente trabajo se indicará en este apartado. De esta forma se describe los métodos a utilizar con las particularidades de cada uno de ellos (SALINAS ORDÓÑEZ, 2006, pág. 35)

Enfoque cualitativo. - El investigador puede definir y determinar los datos obtenidos o la información en base a su criterio personal; por lo tanto, es subjetivo y el conocimiento lo orienta a procesos. (BURBANO MEJÍA & ALTAMIRANO SANTILLAN, 2005, pág. 16)

La presente Investigación es de tipo bibliográfico documental, se caracteriza por la utilización de documentos que fueron recopilados a partir de los cuales se va a intentar aportar algo original. (CUERDA RIEZU, 2017, pág. 43) Para seguir el siguiente proceso: la recolección, la selección. La información obtenida a través de libros, códigos y casos prácticos; siendo el resultado la presentación de resultados obtenidos en la Unidad Judicial Civil, la Corte Provincial de Justicia, la Corte Nacional de Justicia referentes al tema de investigación.

3.4. Niveles de investigación

Para la elaboración de esta investigación se tomará en cuenta tres niveles de investigación:

3.4.1. Explorativo

En este nivel de investigación se podrá indagar, investigar y buscar principalmente en las fuentes secundarias, esto es lo relacionado con bibliografía y documentos relacionados con el tema a tratarse en la investigación, además de sus antecedentes.

3.4.2. Descriptivo

Con lo investigado se pudo describir el problema, en ella se procuró realizar a detalle; y, desde distintas perspectivas, en virtud que existen diversas posiciones de solución a la problemática planteada. Por lo tanto, se han tomado en cuenta para la presente investigación.

3.4.3. Explicativo

La explicación que se puede aportar con toda la información recabada, el contenido de la norma y las herramientas metodológicas que se describen a continuación.

3.5. Métodos

Para el desarrollo de la presente investigación, utilizaré diversos métodos que permitan la ejecución de manera planificada y sistematizada; los métodos a utilizarse son:

3.5.1. El método científico

Es el camino o estrategia científica de la que se hace uso los científicos en sus investigaciones. Comprende los procedimientos empleados para descubrir el conocimiento previo, el problema, la posible solución, para generalizar y profundizar los conocimientos y para demostrarlos rigurosamente. (ZORRILLA, 2011, pág. 326)

3.5.2. Método Jurídico

Los métodos jurídicos se refieren a la interpretación de la ley, a la integración del derecho y a la creación del mismo. (PÉREZ ESCOBAR, 2013, pág. 56) En términos generales se entiende que la interpretación de la ley es un acto mental que la persona al realizar esta operación mental tiene por finalidad determinar el sentido de una expresión jurídica, es decir, el descubrimiento de su significado, alcance. Últimamente, su aplicación práctica.

Existen tres clases de interpretación que se clasifican de la siguiente manera: la primera, autentica o con autoridad; la segunda, jurisprudencial; y, finalmente, la doctrinal o privada. En esta última categoría, es la que se utiliza en el presente trabajo. (pág. 60)

3.6. Hipótesis

Se parte de la siguiente premisa. Se presenta un proceso ante el juez de lo civil; a fin de que, luego sustanciada la causa, el Juez acepte la pretensión formulada. Sin embargo, el demandado al contestar la demanda, formula la excepción de convenio; puesto que, se ha pactado una cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos; sea mediación, sea arbitraje. Sin embargo, la controversia se ha puesto en conocimiento de la función judicial. Para resolver esta excepción. Por una parte, se tiene que el código orgánico general de procesos determina que es una excepción previa; la misma, debe ser resuelta en audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia, conforme corresponda a cada procedimiento. Por otro lado, tenemos que le CLAYM determina un procedimiento especial para resolver la competencia de la judicatura o declinarla en favor de lo pactado.

Por lo expuesto, es necesario estudiar si las dos formas de sustanciar la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos son excluyentes o concurrentes. Determinando cual es la forma de resolver de manera eficaz esta controversia de la cláusula, en virtud de la aplicación de la tutela judicial efectiva que se debe garantizar a la población.

3.7. Población y muestra

El inicio del trabajo de naturaleza cualitativa tiene que ver con el problema de situarse mentalmente en el terreno o escenario en el cual va a desarrollarse la investigación. (SANDOVAL CASILIMAS, 1996, pág. 119) Subrayamos esta precisión de primera instancia, porque, en el caso de la investigación cualitativa, diferente a la de tipo cuantitativo, el muestreo es progresivo y está sujeto a la dinámica que se deriva de los propios hallazgos de la investigación. (pág. 120)

El lugar en donde se realizó la investigación en el Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, Sala Especializada de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia.

Para efectos de esta investigación se procedió a realizar el estudio de seis casos diferentes de los Juzgados Civiles de Pichincha. En la causa, en su momento, algunos casos fueron conocidos por parte de la Corte Provincial. Un caso llegó hasta la Corte Nacional de Justicia, máximo organismo de justicia ordinaria.

3.8. Descripción de los instrumentos

Continuando con el desarrollo del presente trabajo de investigación. Con los procesos sustanciados por parte de la Función Judicial, se procedió a la verificación de la forma de resolver la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos. En el desarrollo de la investigación, se verifico que se trató de cláusula arbitral en todos los procesos.

3.9. Descripción y Operacionalización de las Variables

Tabla No 1 Variable Práctica procesal civil según el Código Orgánico General de Procesos

VARIABLE INDEPENDIENTE 1	DIMENSIÓN	INDICADORES	TÉCNICA O INSTRUMENTO
La práctica procesal civil según el Código Orgánico General de Procesos. Excepción Previa	Ámbito Judicial	Métodos alternativos a la solución de conflicto	Análisis legal (investigador)
	Procesal-Civil	Resolución en relación a la cláusula arbitral o de mediación	
VARIABLE DEPENDIENTE 1	DIMENSIÓN	INDICADOR	TÉCNICA O INSTRUMENTO
CLAyM Art. 8.	Ámbito Socio-Jurídico	Resolución en relación a la cláusula arbitral o de mediación	Análisis legal (investigador)
	Ámbito Constitucional	Tutela Judicial Efectiva	

Autor: Erazo Rey Rodrigo Israel, 2022

3.10. Procedimiento para la recolección de información

Específicamente el estudio desarrollado se relacionará con la validez de los contenidos que constituye el grado con el cual, los documentos están en concordancia con los objetivos de la investigación. En esta parte, una vez con la información recolectada a través de la consulta de causas, sistema SATJE se obtuvo la información de los casos. Los números de los expedientes se obtuvieron debido al conocimiento previo que tenía el investigador.

3.11. Procedimiento para el análisis e interpretación de resultados

Una vez que se han identificado los procedimientos, se realizó la individualización de cada una de ellas, resultando los datos principales como son: el número del proceso, el juzgado en el cual fue sustanciada la causa, quienes fueron los actores y demandados, la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos que fue discutida; y, la decisión del caso.

Continuando con el desarrollo de la misma investigación, se procedió a describir los hechos relevantes que constan en el expediente para la toma de la decisión por parte de los juzgadores. En esta parte se visualizaron los parámetros fácticos de cada caso, la *ratio decidendi* y la *decisum*.

Con estas categorías se procedió a realizar el análisis de la presentación de la demanda; la contestación por parte del demandado; como se sustancio la excepción de cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos; la decisión. No constan los nombres de los funcionarios judiciales.

CAPITULO IV

Un verdadero viaje de descubrimiento
consiste no en buscar nuevos paisajes.
sino en mirar con nuevos ojos
Marcel Proust

4.1 Resultados

Al respecto en la investigación de campo que he realizado encontré los siguientes casos prácticos, la mayoría sustanciados en primer nivel, que llegaron al tribunal superior; y, en un caso al máximo organismo de justicia ordinaria. Encontrando un caso que se resolvió con el COGEP

Caso No. 1

Tabla No 2 caso 1

Número de Juicio	17325-2010-0682
Juzgado	JUZGADO VIGÉSIMO QUINTO DE LO CIVIL DE PICHINCHA
Actor	ROMERO CABAZOS GLORIA REBECA
Demandado	MACCHIAVELLO ALMEIDA GUIDO ESTEBAN
Cláusula de Métodos alternativos a la solución de conflictos	Cláusula Arbitral
Decisión	Inhibición, remitir el expediente al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

Fuente: Sistema SATJE 17325-2010-0682

Elaboración: Rodrigo Israel Erazo Rey

PARÁMETROS FÁCTICOS

La parte actora comparece ante el órgano jurisdiccional y manifiesta que:

Por existir convenio arbitral entre las partes, conforme consta de la cláusula Décima Sexta de la escritura pública de compraventa, otorgada por el Arq. Guido Macchiavello, a favor de la señora Gloria Romero; la misma que obra del proceso. (17325-2010-0682)

RATIO DECIDENDI

con fundamento con los Artículos 7 y 8 en concordancia con el literal a). del Art. 46 de la Ley de Mediación y Arbitraje (17325-2010-0682)

DECISUM

se deriva la competencia al Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, para los fines de ley. (17325-2010-0682)

ANÁLISIS

En el caso estudiado, tenemos que la parte actora deduce su demanda ante el órgano jurisdiccional en juicio ordinario de daños y perjuicios en contra de una persona natural.

La demanda es presentada el viernes veinte y uno de mayo del dos mil diez. La calificación corresponde al veinte y dos de junio del dos mil diez, disponiendo la citación a la persona natural. En este proceso no se califica las excepciones sino después de varios requerimientos que fueron cumplidos con decreto de fecha nueve de febrero del dos mil once se corre traslado con el escrito a la parte actora por el termino de tres días. El cuatro de abril del dos mil once la judicatura emite el auto de inhibición de la causa, ordenando se remita el expediente al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Del sistema se observar la elaboración del oficio al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito con fecha diecisiete de mayo del dos mil once.

Caso No. 2

Tabla No 3 Caso 2

Número de Juicio	17312-2012-1436
Juzgado	JUZGADO DÉCIMO SEGUNDO DE LO CIVIL DE PICHINCHA
Actor	NUÑEZ MARIA CLEOFE JACOME AGUILAR SEGUNDO CESAR
Demandado	TIMESHARING S. A., (PAULINA ELIZABETH GUERRERO LENTHALL - GERENTE GENERAL)

	TIMESHARING S.A. (DR. WILSON CHILUISA BENAVIDES-PROCURADOR JUDICIAL)
Cláusula de Métodos alternativos a la solución de conflictos	Cláusula Arbitral
Decisión	Inhibición, remitir el expediente al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

Fuente: Sistema SATJE 17312-2012-1436

Elaboración: Rodrigo Israel Erazo Rey

PARÁMETROS FÁCTICOS

La parte actora comparece ante el órgano jurisdiccional y manifiesta que:

han presentado una demanda ordinaria por rescisión de contrato privado de promesa de compraventa suscrito por las partes y celebrado el día 11 de marzo del 2011. En el mismo se desprende en su “CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA”, sobre el “COMPROMISO ARBITRAL”, que dice: “Las controversias derivadas de la interpretación o ejecución de este contrato las partes expresamente renuncian fuero y domicilio y lo someten a la jurisdicción de un árbitro que forme parte de la lista del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (...)”. (17312-2012-1436)

RATIO DECIDENDI

Al efecto, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que “El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”, en concordancia con el artículo 1561 del Código Civil, que identifica al contrato legalmente celebrado como ley para las partes, y observándose de los recaudos procesales que las partes han suscrito el contrato antes referido habiendo señalado la competencia atribuible el arbitraje a la Cámara de Comercio de Quito, en plena aplicación de la Constitución de la República, que establece en su artículo 76, las garantías al debido proceso, entre estas: “3. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento”, y del artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación que señala “El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda

que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley (17312-2012-1436)

DECISUM

por las consideraciones señaladas anteriormente, me INHIBO del conocimiento de la presente causa, y se dispone remitir el expediente al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito para que continúe con la tramitación de la causa y fines legales consiguientes. (17312-2012-1436)

ANÁLISIS

En el caso estudiado, tenemos que la parte actora deduce su demanda ante el órgano jurisdiccional en juicio ordinario de rescisión de contrato por lesión enorme en contra de la persona jurídica TIMESHARING S.A., demandando a su representante legal, que es la gerente.

La demanda es presentada el viernes nueve de noviembre del dos mil doce. La calificación corresponde a la fecha de tres de diciembre del dos mil doce, disponiendo la citación en la calidad invocada a la persona natural. La calificación de excepciones se produce el veinte y cinco de octubre del dos mil trece. En la misma, no se sustancia la causa conforme la Ley de Arbitraje y Mediación. En la junta de conciliación realizada el doce de marzo del dos mil catorce, se desarrolla con la intervención de las partes procesales sin tomar ninguna decisión. El treinta de abril del dos mil catorce la judicatura emite el auto de inhibición de la causa, ordenando se remita el expediente al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Del sistema no se observar la elaboración del oficio al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Si no, más bien el desglose de la documentación.

Caso No. 3

Tabla No 4 Caso 3

Número de Juicio	17309-2013-0217
Juzgado	JUZGADO NOVENO DE LO CIVIL DE PICHINCHA
Actor	VICENTE TINITANA SEGUNDO JOSE

Demandado	COMPAÑÍA UNION CONSTRUCTORA UNICONSTRUCT S. A. MARIO JAVIER PACHACAMA PÉREZ y YADYRA DOLORES TORRES CARVAJAL, por sus propios derechos
Cláusula de Métodos alternativos a la solución de conflictos	Cláusula Arbitral
Decisión	negar la excepción alegada de existencia de Cláusula Arbitral.

Fuente: Sistema SATJE 17309-2013-0217

Elaboración: Rodrigo Israel Erazo Rey

PARÁMETROS FÁCTICOS

La parte actora comparece ante el órgano jurisdiccional y manifiesta que:

la Ab. Edith Duque Cevallos, en su calidad de liquidadora de la compañía Unión Constructora UNICONSTRUCT S.A., al momento de contestar la demanda alega existencia de convenio arbitral, alegando que existe violación de trámite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil porque se ha sustanciado la causa en el procedimiento ordinario, cuando corresponde hacerlo ante el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito de conformidad con la cláusula de domicilio y controversias del Contrato de Adhesión para Programas de Construcción de Vivienda Popular. (17309-2013-0217)

RATIO DECIDENDI

PRIMERO.- El artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, dice: “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 opondrá, 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, ejecutoriado el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales”. TERCERO.- No se toma en cuenta lo manifestado por Yadira Torres Carvajal y Mario Pachacama Pérez, en escrito de fojas 48 por cuanto no fueron quienes alegaron dicha excepción; tampoco lo solicitado por los actores porque lo único que incumbe en esta etapa procesal es la prueba de la existencia del convenio arbitral. CUARTO.- Analizadas las pruebas presentadas a la luz de la sana crítica, conforme lo manda el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, se establece que en el presente proceso se demanda la reparación de daño moral, en la que el actor debe demostrar los presupuestos establecidos en el artículo 2232 y siguientes del Código Civil. El contrato de Adhesión para Programa de Construcción de Vivienda Normal y de Entrega Proyectada Unión Constructora UNICONSTRUCT S.A. no es materia principal de la demanda porque no se ha solicitado ni el cumplimiento, ni la resolución del mismo, por lo tanto mal puede aplicarse una cláusula en él contenida. (17309-2013-0217)

DECISUM

El daño moral es una acción que es independiente, incluso de los resultados de otros procedimientos, conforme así lo ha resuelto la Corte Nacional de Justicia, dentro de las resoluciones 040-2010 y 242-2010. En mérito de lo expuesto, RESUELVO negar la excepción alegada de existencia de Cláusula Arbitral. (17309-2013-0217)

ANÁLISIS

En el caso estudiado, tenemos que la parte actora deduce su demanda ante el órgano jurisdiccional en juicio ordinario de daño moral; y. daños y perjuicios en contra de la persona jurídica como de la persona natural. En el transcurso del tiempo, la compañía ha entrado en liquidación.

La demanda es presentada el miércoles trece de marzo del dos mil trece. La calificación corresponde al dieciséis de abril del dos mil trece, disponiendo la citación a las personas demandadas. La reforma de la demanda se produce el veintidós de octubre del dos mil trece. En la providencia de dos de abril del dos mil catorce se realizan varios actos procesales entre el que se ordena abrir la causa a prueba por el termino legal de tres días conforme lo dispone el Art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación. La providencia de siete de abril del dos mil catorce sustancia la prueba de las partes demandadas. El decreto de fecha veinte tres de abril del dos mil catorce la judicatura ordena que pasen los autos para resolver la cláusula arbitral. El ocho de mayo del dos mil catorce la judicatura emite la resolución en la que niega la alegación de cláusula arbitral. Por lo que, la parte demandada deduce el recurso de

apelación. El mismo que al ser sustanciado con la norma anterior, se lo sustancia en el efecto suspensivo.

Caso No. 3

Tabla No 5 Caso 2

Número de Juicio	17113-2014-3699
Juzgado	SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA
Actor	VICENTE TINITANA SEGUNDO JOSE
Demandado	COMPAÑÍA UNION CONSTRUCTORA UNICONSTRUCT S. A. MARIO JAVIER PACHACAMA PÉREZ y YADYRA DOLORES TORRES CARVAJAL, por sus propios derechos
Cláusula de Métodos alternativos a la solución de conflictos	Cláusula Arbitral
Decisión	ACEPTA el recurso de apelación interpuesto y REVOCA el auto subido en grado, disponiendo que la Jueza a-quo proceda conforme corresponde en derecho.

Fuente: Sistema SATJE 17113-2014-3699

Elaboración: Rodrigo Israel Erazo Rey

PARÁMETROS FÁCTICOS

La parte recurrente, esto es la parte demandada, deduce su recurso de apelación que es conocido y resuelto por parte de la Corte Provincial de Justicia a través de su Sala Especializada de lo Civil y Mercantil. Como antecedentes de hecho consta que:

TERCERO: En la especie, el accionante adjunta al libelo de su demanda entre otros documentos, el contrato de adhesión para el programa de construcción de vivienda normal y entrega proyectada Unión Constructora Uniconstruct S.A., y en la demanda, al exponer los fundamentos de hecho manifiesta que existe incumplimiento contractual: “En el presente caso, el incumplimiento contractual o lo que doctrinariamente se conoce como “ilícito relacionado con la transgresión del contrato”, ha sido realizado por los demandados representantes de la persona jurídica también demandada, con dolo y planificación...”; “como consecuencia del incumplimiento, se ha llegado a determinar que se desconoce el uso dado a los dineros que se hicieron entregar de mi los demandados, y que debían ser invertidos en la construcción especificada...”; “...Aun cuando la reparación pecuniaria del daño moral es independiente del daño material, para el presente caso sus acciones son conexas y compatibles, es decir acumulables en juicio ordinario...”; Más adelante en el numeral 4) DEMANDA dice: “...se digne disponer : a.- que los demandados me paguen el resarcimiento de todos los daños y perjuicios que me ocasionaron por lucro cesante y daño emergente, con base a la liquidación pericial que se efectuó; b.- subsidiariamente el daño moral resultante, conexo y compatible con el daño material expuesto en las cantidades que su Autoridad se dignará fijar...”. Por su parte analizado el contrato que ha sido agregado por la parte accionante se verifica que en la cláusula Quinta y bajo el título DOMICILIO Y CONTROVERSIAS, las partes acordaron: “para efectos del juzgamiento de las controversias entre las partes contratantes, el adherente renunciará a su domicilio y se acogerá al Tribunal de Arbitraje y mediación de la Cámara de Comercio de la ciudad de Quito, para ser juzgados en equidad, no se recibirá como válida su solicitud sino es tratada bajo esta reglamentación”. (17113-2014-3699)

RATIO DECIDENDI

TERCERO (...) De lo anotado se colige que la pretensión del accionante nace directamente del incumplimiento contractual que aduce, solicitando la indemnización pecuniaria en base a la responsabilidad contractual (daño emergente y lucro cesante) y en forma conexas el daño moral que dice se le ha causado, encontrándonos entre los casos sometidos al arbitraje según la cláusula compromisoria antes transcrita y por tratarse de una materia transigible según lo exigido por la Ley.. (17113-2014-3699)

DECISUM

este Tribunal, ACEPTA el recurso de apelación interpuesto y REVOCA el auto subido en grado, disponiendo que la Jueza a-quo proceda conforme corresponde en derecho. (17113-2014-3699)

ANÁLISIS

La liquidadora al no estar de acuerdo con la decisión adoptada por la juzgadora de primer nivel. Interpuso el recurso de apelación con efecto suspensivo. Cuando la Sala

de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial acepta el recurso de apelación deducido. Con resolución de fecha cinco de febrero del dos mil quince decide que, al existir la cláusula arbitral, la justicia ordinaria no es la competente para conocer y resolver la causa deducida. Se presentaron los recursos horizontales de aclaración y ampliación que fueron negados por parte de los juzgadores del tribunal *ad quem*. Por no estar de acuerdo con la decisión, se presentó el recurso extraordinario de casación, que la Sala de lo Civil y Mercantil niega el recurso por ser un auto que no pone fin al proceso. La parte actora interpone el recurso de hecho que es sustanciado en providencia de fecha veinticuatro de marzo del dos mil quince.

Caso No. 3

Tabla No 6 Caso 3

Número de Juicio	17711-2015-0285
Juzgado	SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
Actor	VICENTE TINITANA SEGUNDO JOSE
Demandado	COMPañÍA UNION CONSTRUCTORA UNICONSTRUCT S. A. MARIO JAVIER PACHACAMA PÉREZ y YADYRA DOLORES TORRES CARVAJAL, por sus propios derechos
Cláusula de Métodos alternativos a la solución de conflictos	Cláusula Arbitral
Decisión	RECHAZA EL RECURSO DE HECHO y en consecuencia INADMITE EL RECURSO DE CASACIÓN.

Fuente: Sistema SATJE 17711-2015-0285

Elaboración: Rodrigo Israel Erazo Rey

PARÁMETROS FÁCTICOS

La parte casacionista, esto es la parte actora, deduce su recurso de hecho una vez que fue negado el recurso de casación por parte de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil. Como antecedentes de hecho consta que:

TERCERA: ANALISIS DEL RECURSO: El tribunal ad-quem en auto de 11 de marzo del 2015, las 11h35, inadmite el recurso de casación formulado por el señor JOSE SEGUNDO VICENTE TINITANA, bajo el argumento de que si bien se ha presentado el escrito en el término legal que dispone el Artículo 5 de la Ley de Casación y que pese a su oportunidad se determina que la resolución y auto que desestima la aclaración y ampliación como objeto o recurso, es de aquellos que no pone fin a un proceso de conocimiento, por no encontrarse dentro de las posibilidades del Artículo 2 del cuerpo legal en mención y en efecto así lo considera el suscrito, pues se trata de un convenio arbitral que elimina la posibilidad de que el caso se lo ventile en la Justicia ordinaria, tal como lo establece el Artículo 7 segundo inciso de la Ley de Arbitraje y Mediación (17711-2015-0285)

RATIO DECIDENDI

TERCERA (...) Por lo que el auto resolutivo recurrido no es de aquellos que pone fin al proceso judicial. Los métodos alternativos de solución de conflictos son mecanismos reconocidos en nuestra Constitución en el Artículo 190 y la Ley de la materia (17711-2015-0285)

DECISUM

En tal virtud, siendo improcedente el recurso de casación y no teniendo lugar el de hecho, el suscrito en mi calidad de Conjuez de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia **RECHAZA EL RECURSO DE HECHO** y en consecuencia **INADMITE EL RECURSO DE CASACIÓN** propuesto. (17711-2015-0285)

ANÁLISIS

La Resolución del Conjuez Ponente de la Corte Nacional de Justicia Sala de lo Civil y Mercantil. En su resolución de fecha 29 de mayo del 2015, las 10h02 analiza que el auto impugnado no pone fin al proceso. Por lo que, no es susceptible del recurso extraordinario de casación. En consecuencia, no procede el recurso de hecho deducido.

Caso No. 4

Tabla No 7 Caso 4

Número de Juicio	17324-2014-0361
------------------	-----------------

Juzgado	JUZGADO VIGÉSIMO CUARTO DE LO CIVIL DE PICHINCHA
Actor	UQUILLAS PARRA ANDRES
Demandado	GARCES LEON PATRICIO JOSE
Cláusula de Métodos alternativos a la solución de conflictos	Cláusula Arbitral
Decisión	Sustanciación del proceso

Fuente: Sistema SATJE 17324-2014-0361

Elaboración: Rodrigo Israel Erazo Rey

PARÁMETROS FÁCTICOS

La parte actora presenta su demanda ejecutiva, constando como antecedentes el trámite que se realizaba a los juicios ejecutivos. En providencia de veinticinco de septiembre del dos mil catorce se sustancia la causa y se dispone:

IV) En lo principal, previo a proveer lo que en derecho corresponda, con las peticiones de la parte demandada constantes en los escritos de fechas 11 y 15 de julio del 2014, córrase traslado a la parte actora por el término de tres días. (17324-2014-0361)

RATIO DECIDENDI

IV) En lo principal, previo a proveer lo que en derecho corresponda, con las peticiones de la parte demandada constantes en los escritos de fechas 11 y 15 de julio del 2014, córrase traslado a la parte actora por el término de tres días. (17324-2014-0361)

DECISUM

IV) En lo principal, previo a proveer lo que en derecho corresponda, con las peticiones de la parte demandada constantes en los escritos de fechas 11 y 15 de julio del 2014, córrase traslado a la parte actora por el término de tres días. (17324-2014-0361)

ANÁLISIS

Se presentó la demanda el quince de abril del dos mil catorce. La causa calificada bajo los parámetros del proceso ejecutivo. Al momento de sustanciar la excepción de cláusula arbitral, el decreto de sustanciación de fecha veinticinco de septiembre del

dos mil catorce no es claro que se refiere a la cláusula arbitral. Lo que se hace, es correr traslado con el escrito de la parte demandada a la parte actora. Por cuanto se cambió la denominación de Juzgados a Unidades judiciales y la Resolución fue tomada cuando se constituyó la Unidad Judicial Civil con sede en la Parroquia de Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha.

Caso No. 4

Tabla No 8 Caso 4

Número de Juicio	17324-2014-0361
Juzgado	UNIDAD JUDICIAL CIVIL CON SEDE EN LA PARROQUIA ÑAQUITO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA
Actor	UQUILLAS PARRA ANDRES
Demandado	GARCES LEON PATRICIO JOSE GARCES LEON PATRICIO ARCOS FRANCO JUANA NARCISA JUANA NARCISA ARCOS FRANCO
Cláusula de Métodos alternativos a la solución de conflictos	Cláusula Arbitral
Decisión	Negar la excepción de Cláusula Arbitral y seguir sustanciación el proceso

Fuente: Sistema SATJE 17324-2014-0361

Elaboración: Rodrigo Israel Erazo Rey

PARÁMETROS FÁCTICOS

Como antecedentes de hecho consta que:

Al respecto, este proceso se ha iniciado en base al pagare a la orden objeto del proceso de fecha 10 de diciembre del 2013, suscrito por los demandados Juana Narcisa Arcos Franco y Patricio José Garcés León, a favor de Andrés Uquillas Parra, en el que se ha estipulado que para el caso de juicio renuncian a fuero y domicilio en general y quedan sometidos a los jueces de esta ciudad a elección del acreedor y a la vía ejecutiva; mientras que el convenio al que hacen referencia los demandados es de fecha 5 de diciembre del 2013, celebrado por Andrés Uquillas Parra y María Elsa Moscoso García por una parte, y Juana Narcisa Arcos Franco por otra; adicionalmente consta Francisca Hortencia Franco Mayorga; convenio en el que las referidas partes han pactado que toda controversia o diferencia relativa a ese contrato será resulta con la asistencia de un mediador y en el evento que el conflicto no fuere resuelto mediante este procedimiento se someten a la resolución de un tribunal de arbitraje (17324-2014-0361)

RATIO DECIDENDI

De lo expuesto se evidencia que las partes que han celebrado el convenio suscrito el 5 de diciembre del 2013 –entre las que no se encuentra que el demandado Patricio Garcés- se han sometido a mediación y arbitraje respecto a dicho convenio; mientras que el presente proceso se ha iniciado en base al pagaré a la orden aparejado a la demanda de fecha posterior, suscrito por los demandados Juana Narcisa Arcos y Patricio Garcés León, este último quien no es parte del convenio antes indicado, pagaré en el que los suscriptores del mismo se han sometido expresamente a los jueces de esta ciudad (Quito), a elección del acreedor y a la vía ejecutiva y no a un convenio arbitral (17324-2014-0361)

DECISUM

por lo que no procede la inhibición solicitada por los demandados.
(17324-2014-0361)

ANÁLISIS

En este caso, es interesante, debido a que se empezó a sustanciar la excepción de cláusula arbitral, pero se olvidó emitir la resolución. En el camino, las partes fueron realizando peticiones que devino en una nulidad procesal declarada en auto de fecha veinticuatro de diciembre del dos mil catorce. Debido a ello, en unidad de acto se resolvió negar la excepción de cláusula arbitral y volver a sustanciar las peticiones realizadas por las partes.

Sin embargo, después se solicitó el pedido de nulidad que es resuelto con el auto de fecha veinte de noviembre del dos mil quince que, por la motivación indicada, se negó el pedido de nulidad procesal. A la realización de la presente investigación, el proceso no tiene sentencia de primer nivel.

Caso No. 5

Tabla No 9 Caso 5

Número de Juicio	17324-2013-0048D
Juzgado	JUZGADO VIGÉSIMO CUARTO DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE PICHINCHA
Actor	VALDEZ REINA FRANCISCO FREDY
Demandado	SR. GUIDO ESTEBAN MACCHIAVELLO ALMEIDA, en su calidad de Gerente General de la empresa "MACCONSTRUCCIONES S. A."
Cláusula de Métodos alternativos a la solución de conflictos	Cláusula Arbitral
Decisión	Realizar la diligencia previa y las preguntas en relación al arbitraje no realizarlas.

Fuente: Sistema SATJE 17324-2013-0048D

Elaboración: Rodrigo Israel Erazo Rey

PARÁMETROS FÁCTICOS

Con el cambio que existió de juzgados a unidades judiciales, la consulta del SATJE.

Como antecedentes de hecho consta que:

En el presente caso, se trata claramente de una petición de confesión judicial solicitada como diligencia previa, que es un acto preparatorio a esta, conforme dispone el Art. 64 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil (17324-2013-0048D)

RATIO DECIDENDI

De acuerdo al Art. 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación el convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria, cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley y que en caso de duda, el órgano judicial

respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje.- En el presente caso, se trata claramente de una petición de confesión judicial solicitada como diligencia previa, que es un acto preparatorio a esta, conforme dispone el Art. 64 numeral 1 del Código de Procedimiento Civil, por tanto no se trata de una demanda (17324-2013-0048D)

DECISUM

no procede la inhibición solicitada. (17324-2013-0048D)

ANÁLISIS

En este caso, la diligencia previa de confesión judicial fue solicitada el viernes veinte y cinco de octubre del dos mil trece; y la alegación de excepción de cláusula arbitral fue resuelta el veintidós de abril del dos mil catorce. Que al advertir en el silogismo que se solucionó la controversia, por no considerarse a la diligencia previa como juicio no es aplicable la alegación. Al momento de realizar la confesión judicial, las preguntas que eran encaminadas a saber aspectos contenidos en el contrato que se pactó la cláusula arbitral, se contestó que no lo recordaba. Por lo que, se encuentra entre dicho la efectividad de esta diligencia.

Caso No. 6

Tabla No 10 Caso 6

Número de Juicio	17230-2017-08178
Juzgado	UNIDAD JUDICIAL CIVIL CON SEDE EN LA PARROQUIA IÑAQUITO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA
Actor	EMPRESA ECUAINGERCONSTRUCTEC CIA. LTDA. (REPRESENTANTE LEGAL PULLAS LOPEZ CARLOS ESTEBAN)
Demandado	EMPRESA AECON AG CONSTRUCTORES S. A. (REPRESENTANTE LEGAL FURLONG ALBERT)
Cláusula de Métodos alternativos a la	Cláusula Arbitral

solución de conflictos	
Decisión	SE ACEPTA la excepción previa formulada por el demandado existencia de convenio arbitral, y se declara sin lugar la demanda.

Fuente: Sistema SATJE 17230-2017-08178

Elaboración: Rodrigo Israel Erazo Rey

PARÁMETROS FÁCTICOS

Como antecedentes de hecho consta que:

Comparece a esta Unidad Judicial Civil, el señor: PULLAS LOPEZ CARLOS ESTEBAN, en su calidad de representante legal de la EMPRESA ECUAINGERCONSTRUCTEC CIA. LTDA., luego de consignar sus generales de ley ha dice: Con fecha 30 de octubre del 2008, su representada suscribió un subcontrato para la prestación de servicios de Construcción de la planta de tratamiento de agua potable del nuevo aeropuerto Internacional de Quito., signado con el No.075, con la COMPAÑIA AECON AG CONSTRUCTORES S.A., Con fecha 09 de diciembre de 2009 la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Quito mediante comunicación AAG-CNT-066 dispuso la paralización total de las obras de construcción del Nuevo Aeropuerto Internacional, incluyendo la planta de tratamiento de agua potable, trabajos que se estaban cumpliendo a cabalidad; tiempo en el cual la demandada se negó a liquidar las obligaciones contractuales que hasta la fecha había producido conforme al contrato de construcción quedando por ese periodo un saldo por pagar. Con fecha 10 de enero del 2012 se reinician las actividades de construcción de todo el Aeropuerto. En este contexto la empresa AECON AG CONSTRUCTORES S.A., a través de su representante legal en compañía de los señores Juan Pablo Angel y Bill Juhala, funcionarios de la empresa le han solicitado que continuara con la construcción de la Planta de tratamiento de agua potable del nuevo aeropuerto, a lo que expresamente ha aceptado. Indica que pese a que ha solicitado a la empresa que lo subcontrato establecer los términos y condiciones en las que se ejecutarían la construcción de la obra., manifestando los personeros que no se preocupe sobre la modalidad de pago por el trabajo de construcción que lo importante era culminar los trabajos, estableciéndose que la fórmula de pago denominada costo más utilidad, es decir que AECON AG CONSTRUCTORES S.A., asumía todos los costos directos y del pago por los servicios de su representada, se fijándose el 10% adicional de utilidad bruta. Manifiesta que la sub contratante no quiso dejar por escrito el acuerdo antes referido. Que la modalidad de pago verbalmente acordada, es la única valida para todos los efectos, tanto es así que su representada hizo la entrega material de la obra completamente construida cumpliendo así EMPRESA ECUAINGERCONSTRUCTEC CIA. LTDA., bajo los parámetros y

términos sugeridos por la sub contratista. Señala que ha realizado varios requerimientos sobre lo que no se ha cancelado, Por lo que acude ante el órgano jurisdiccional para que se pague AECON AG CONSTRUCTORES S.A., el valor de la deuda impaga que asciende a la suma de U\$D.1.145.854,96. A su representada. (17230-2017-08178)

RATIO DECIDENDI

5.2. La demandada Compañía AECON AG CONSTRUCTORES S.A, ha propuesto la existencia de convenio Arbitral, pactada en el Subcontrato de Servicios y Construcción No.075 suscrito entre EMPRESA ECUAINGERCONSTRUCTEC CIA. LTDA y la Compañía AECON AG CONSTRUCTORES S.A., para la construcción de la Planta de Agua Potable para el abastecimiento del nuevo Aeropuerto Internacional de Quito, para lo cual ha agregado copias certificadas. Alegaciones que obligan a esta juzgadora a remitirse a lo pactado en dicho subcontrato que en el numeral 37) del subcontrato titulado SOLUCION DE CONFLICTOS, sub numeral 37.1. establecen las partes que si entre AECON AG CONSTRUCTORES S.A y el Subcontratista surge algún conflicto del tipo que sea con relación a, o con resultado del presente subcontrato ...” 37.2- 37.2.1. señala: Si las partes no pudieron solucionar un Conflicto después de aplicar la cláusula 37.1.(arreglo amigable), cualquiera de las dos partes podrá remitir el Conflicto a arbitraje para su resolución final mediante arbitraje en virtud de las normas de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana....”.”. Es necesario indicar que aun si el contrato se hubiere sido resuelto, conforme a lo pactado en el mismo subcontrato en el numeral 37.5.- la cláusula determinada en el numeral 37. 2. subsistiría (17230-2017-08178)

DECISUM

por cuanto ha sido justificada la excepción previa de existencia de un convenio arbitral inserta en la contrato, misma que no es subsanable, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, SE ACEPTA las excepción previa formulada por el demandado existencia de convenio arbitral, y se declara sin lugar la demanda; dejando a salvo el derecho que tiene el actor de accionar conforme corresponda. Sin costas. (17230-2017-08178)

ANÁLISIS

En el caso estudiado, tenemos que la parte actora deduce su demanda ante el órgano jurisdiccional en juicio ordinario de cobro de dinero en contra de la persona jurídica, demandando a su representante legal, que es la gerente.

La demanda es presentada el viernes nueve de junio del dos mil diecisiete. La calificación corresponde a la fecha de cinco de julio del dos mi diecisiete; luego de haber sido aclarada. Disponiendo la citación en la calidad invocada a la persona

natural. Mediante escrito de fecha veintidós de junio del dos mil dieciocho se tiene por citada a la empresa demandada. Por lo que, mediante auto interlocutorio de fecha primero de agosto del dos mil dieciocho se califica la contestación y se señala audiencia preliminar. En dicha audiencia, se acepta la excepción de cláusula arbitral, reduciendo la decisión por escrito el viernes treinta y uno de agosto del dos mil dieciocho.

Sin verificarse el retiro de la documentación. Ni el envío del expediente a la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana.

4.2 Análisis de los resultados

Una vez analizados los procesos en los que se alegaron la excepción de cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos. Concretamente, la cláusula arbitral. Nos permite determinar la resolución tomada por parte de la judicatura y el tiempo en su resolución:

Cuadro de verificación 1

Tabla No 11 Cuadro de Verificación 1

Cuadro de Verificación 1		
La excepción de cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos. ¿Qué tipo de cláusula se alega?		
No de casos	Mediación	Arbitraje
Caso 1	NO	SI
Caso 2	NO	SI
Caso 3	NO	SI
Caso 4	NO	SI
Caso 5	NO	SI
Caso 6	NO	SI

Fuente: Elaboración Propia

Elaboración: Rodrigo Israel Erazo Rey

De los procesos estudiados se tiene que en todos los casos se excepcionaron con la existencia de cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos; de manera precisa se argumentó la cláusula arbitral

Tabla No 12 Cuadro de Verificación 2

Cuadro de Verificación 2		
La Judicatura al momento de resolver la cláusula arbitral, la acepta o niega		
No de casos	Aceptar	Negar
Caso 1	SI	NO
Caso 2	SI	NO
Caso 3	SI	NO
Caso 4	SI	NO
Caso 5	SI	NO
Caso 6	NO	SI

Fuente: Elaboración Propia

Elaboración: Rodrigo Israel Erazo Rey

De los casos estudiados, tenemos que la judicatura se ha pronunciado sobre la aceptación de la existencia de cláusula arbitral. En un caso, se ha negado la existencia de cláusula arbitral; al momento de la realización de la investigación, ese proceso no cuenta con sentencia de primer nivel.

Tabla No 13 Cuadro de Verificación 3

Cuadro de Verificación 3			
El tiempo que existió entre la alegación y la resolución de la judicatura sobre la excepción de cláusula arbitral			
No de casos	Días	Meses	Años
Caso 1	25 días	1 mes	
Caso 2	5 días	6 meses	
Caso 3	3 días	10 meses	

Caso 4	30 días	2 meses	
Caso 5	27 días	5 meses	
Caso 6	8 días	2 meses	

Fuente: Elaboración Propia

Elaboración: Rodrigo Israel Erazo Rey

De lo indicado; tenemos que el tiempo que existió entre la alegación y la resolución de la judicatura sobre la excepción de cláusula arbitral es de meses. Aspecto que para la determinación de la competencia por parte de la judicatura es una demora que afecta directamente a los justiciables.

Tabla No 14 Cuadro de Verificación 4

Cuadro de Verificación 4			
El tiempo que existió entre la presentación de la demanda y la resolución de la judicatura sobre la excepción de cláusula arbitral			
No de casos	Días	Meses	Años
Caso 1	17 días	10 meses	
Caso 2	21 días	5 meses	1 año
Caso 3	20 días	11 meses	1 año
Caso 4	9 días	8 meses	
Caso 5	29 días	5 meses	
Caso 6	21 días	2 meses	1 año

Fuente: Elaboración Propia

Elaboración: Rodrigo Israel Erazo Rey

En relación al tiempo que existió entre la presentación de la demanda y la resolución de la judicatura sobre la excepción de cláusula arbitral se establece que en algunos casos llega a ser años. Situación que es una demora contraproducente en contra del reclamante. En todo caso, esta parte tiene relación directa con la debida demanda. Aspecto que el profesional del derecho del actor debe observar para no incurrir en esa dilación.

Con lo expuesto en este capítulo, el modo jurídico expuesto de los hechos tomados de la realidad jurídica escrita en la judicatura civil. Tenemos que el análisis sistémico en el modo normativo-jurídico desarrolla el dogma normativista. Siguiendo el paradigma *iuspositivismo*. (SALAMANCA SERRANO, VII, págs. 74-83) De esta forma la argumentación jurídica realizada a lo largo del presente trabajo se ajusta en justificar la decisión de la mejor manera posible, ante el surgimiento de la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos. (ATIENZA, 2006, pág. 100)

CAPITULO V

"La administración de la justicia es un área del sistema jurídico en la cual se plantea con una mayor y más dramática evidencia el problema de la verdad y sus conexiones con el derecho. Ocurre en todo tipo de proceso, ya sea civil, (...), que la decisión involucra la averiguación de los hechos que son relevantes para la aplicación del derecho. Es más, en muchos casos, el verdadero y esencial problema que el juez debe resolver concierne-mucho más que la interpretación de la norma que tiene que aplicar como regla de decisión a los hechos que determinaron el objeto del litigio para los que la norma tiene que ser aplicada".

Michele TARUFFO

5.1 Conclusiones

La construcción de esta investigación; así como el desarrollo de las otras investigaciones construye una fuente para el estado constitucional de derechos y justicia social. Es decir, este argumento sirve para la realización de este nuevo paradigma constitucional del cual forman parte los métodos alternativos a la solución de conflicto y se debe incentivar su uso en la práctica diaria.

De lo indicado, tenemos que la libertad contractual de las personas consiste en la independencia de celebrar contratos. Partiendo de esa premisa, tenemos que la forma de pactar la cláusula de resolución de conflictos, se funda en la misma libertad. Correspondiendo a las partes, que se someten a los métodos alternativos para la solución de conflictos, sea la mediación o el arbitraje.

Con lo analizado es necesario que CRE claramente los siguientes elementos: 1. Ser pactada por las partes; 2. Los métodos alternativos a la solución de conflicto; 3. El número de intervinientes; 4. El idioma a utilizarse; 5. El centro de arbitraje; y 6. En caso del arbitraje, la posibilidad de medidas cautelares.

No es unívoco cómo se debe sustanciar en la actualidad la excepción de cláusula arbitral, es decir con el procedimiento determinado en la CLAyM o mediante la sustanciación de una Audiencia con arreglo del COGEP.

La Constitución vigente en el Art. 133 clasifica a las leyes en orgánicas y ordinarias. Mientras que el Art. 60 de la CLAyM es una ley especial. Insistiendo con la idea que existe una tarea pendiente por parte de los legisladores de adaptar la norma vigente a la Constitución. Por lo que, no se ha producido la derogatoria a la que hace referencia el autor antes citado. El argumento de la disposición derogatoria décimo cuarta del

COGEP a su letra dice: “Quedan asimismo derogadas, a la entrada en vigencia de la presente Ley, otras disposiciones de igual o inferior jerarquía que se opongan a lo dispuesto en la misma”. Quedando a resolver, cual es el rango legal de la CLAyM. Desde el punto de vista del artículo antes citado la excepción de cláusula arbitral se encuadra dentro de las dos categorías; pues es una excepción dilatoria por cuando su objetivo es impedir que la controversia sea conocida por la justicia ordinaria y se derive a los árbitros; siendo que retarda la resolución que se tome en el caso, desde el punto de vista jurisdiccional es perentoria pues con el auto de inhibición del Juez se termina el trámite en sede judicial.

El medio de prueba para acreditar el hecho de que existe una cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos es el documental. Por lo que, estamos ante el caso de una excepción tasada.

De la investigación realizada en conjunto con las resoluciones dictadas por la Corte Constitucional Colombiana se desprende que no es compatible pactar una cláusula arbitral en un título valor o hacerlo por otros documentos, por cuanto este último tiene características autónomas y específicas.

Se determina que la tutela judicial efectiva se aplica de manera imparcial; y, expedita de sus derechos e intereses a los justiciables al momento de sustanciar por escrito el trámite especial previsto en CLAyM, ya que no se demoraría meses; y, en algunos casos hasta años. Esto serviría para aplicar el proceso con sujeción a los principios de inmediación y celeridad;

5.2 Recomendación

La inclusión de un aspecto constitucional en todas las investigaciones de postgrado de derecho, debe ser un imperativo; de esta forma se termina de asimilar el Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social en todos sus aspectos.

Las partes al ser libres de pactar la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflicto. Se recomienda acudir en primera instancia al método elegido por ello de manera libre y voluntaria. Deben estar correctamente informadas del proceso y su costo.

Se encarga que la redacción de la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflicto, debe ser prolija, clara y determinar todos los elementos posibles en la misma. Para lo cual, se debe contar con la asesoría de un abogado.

El debido proceso se integra por un conjunto de actos que sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad de un derecho. En caso de existir una cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos, se debe acudir primero a este lugar. En este ámbito, se debe desarrollar no solo administradores de justicia; sino también los letrados que participan en el proceso, para finalmente hacer consciencia en los usuarios del sistema, que en definitiva son los destinatarios de las normas procesales. A fin de que, expliquen a su abogado patrocinador si existe una cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos.

Sobre la prueba, tenemos que la parte que se aproveche de esta excepción adjuntarla al proceso conjuntamente con su acto de proposición, lo que evidencia la buena fe con que la parte está actuando dentro del proceso judicial.

Sería importante que la Asamblea Nacional adopte de manera formal y material la actual CLAyM, siento su aspiración armonizar el contenido de la misma con la Constitución vigente indicando como un nuevo nombre de esta ley como Ley de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos.

En el caso de los títulos valor, no se debe pactar la cláusula de métodos alternativos a la solución de conflicto; debido a que, no es compatible con la naturaleza del proceso ejecutivo. Específicamente de los elementos de la obligación ejecutiva; clara, pura y determinada.

Por tutela judicial efectiva, una vez determinada la existencia de cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos. El expediente deberá ser enviado al centro señalado en la cláusula. Siendo sustanciado por el método seleccionado. Para lo cual, se les notificará a los lugares señalados en el escrito. En caso de no existir de manera claro el centro. Se debe aplicar lo dispuesto en el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación.

Capítulo VI

Propuesta. Establecimiento del criterio jurídico para la resolución de excepción previa de cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos, conocido como cláusula arbitral o cláusula de mediación.

Considerando que, el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 153, tiene como excepción décima “Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación”.

Considerando que el Art. 8 de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación presupone que “Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera(sic) 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, ejecutoriado el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales”.

Por cuanto, la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 75 que “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”.

Se procede a emitir el siguiente criterio jurídico para la resolución de excepción previa de cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos, conocido como cláusula arbitral o cláusula de mediación.

En caso de que el demandado, al contestar la demanda formule la excepción determinada en el Art. 153 numeral 10 del Código Orgánico General de Procesos. Una vez calificada la contestación a la demandad de manera clara y precisa; esto es, admitida a trámite. Con fundamento en el Art. 8 de la Codificación de la Ley de

Arbitraje y Mediación se abre el término de prueba sumario escrito de tres (3) días. Término en el cual, las partes adjuntarán; en caso de no haberlo hecho en los actos de proposición. La prueba que demuestre la existencia de cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos.

Una vez que ha transcurrido el término determinado. El Juez en el término que tiene para expedir las resoluciones determinados en el Código Orgánico General de Procesos; esto es de diez días, emitirá su decisión.

En caso de aceptar la excepción de existencia de cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos, ejecutoriada la decisión. En uso del derecho constitucional de tutela judicial efectiva, se remitirá el expediente al centro que las partes han decidido. En caso de negar la excepción de cláusula de métodos alternativos a la solución de conflictos se seguirá sustanciando la causa en sede jurisdiccional.

De esta resolución, cabe el recurso de apelación en efecto diferido por ser una excepción previa.

Bibliografía

1. ANDRADE UBIDIA, S. (2006). *Los Títulos Valor en el Derecho Ecuatoriano* (Tercera ed.). Quito, Ecuador: Andrade & Asociados Fondo Editorial.
2. ATIENZA, M. (2006). *El Derecho como argumentación*. Barcelona, España: Ariel.
3. ÁVILA SANTAMARÍA, R. (2012). *Los derechos y sus garantías: ensayos críticos* (Primera Reimpresión ed.). Quito, Ecuador: Corte Constitucional para el Período de Transición.
4. AZULA CAMACHO, J. (2018). *MANUAL DE DERECHO PROCESAL* (Reimpresion de la Novena ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A.
5. BERNAL PULIDO, C. (2005). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá , Colombia: Universidad Externado de Colombia.
6. BUJOSA VADELL, L. M. (2022). La Mediación Civil. En Y. ANDRADE TORRES, *PRÁCTICA CIVIL Y MERCANTIL* (págs. 391-421). Quito: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP).
7. BURBANO MEJÍA, H., & ALTAMIRANO SANTILLAN, E. (2005). *MANUAL DE MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN*. QUITO, ECUADOR.
8. CEBOLA, C. M., & MARTÍN DIZ, F. (2013). *La mediación: un nuevo instrumento de la Administración de la Justicia para la solución de conflictos*. España: Universidad de Salamanca.
9. CORNEJO AGUIAR, J. S. (2016). *TEORÍA GENERAL DE LOS RECURSOS Y REMEDIOS PROCESALES EN EL COGEP*. Quito, Ecuador: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP).
10. COUTURE, E. (1958). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (Tercera (póstuma) ed.). (R. Depalma, Ed.) Depalma.

11. CUERDA RIEZU, A. (2017). *CUM LAUDE. Guía para realizar una tesis doctoral en derecho o un trabajo de fin de grado o máster en derecho* (Primera reimpresión de la segunda ed.). Madrid, España: Editorial TECNOS.
12. ECHANDIA, D. (2004). *Teoría General del Proceso* (Tercera Edición. Primera Reimpresión ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad S.R.L.
13. ECHANDÍA, D. H. (1970). *Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I.* (V. P. Zavalía, Ed.) Buenos Aires, Argentina: FIDENTER.
14. ECO, U. (s.f.). *CÓMO SE HACE UNA TESIS. Técnicas y procedimientos de estudio, investigación y escritura.* (L. BARANDA, & A. CLAVERIA IBAÑEZ, Trads.) España: Universidad de Salamanca.
15. GARCIA FERAUD, G. (2004). Lo Jurisdiccional en el Arbitraje. *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil*(17).
16. GÓMEZ MERA, R. (2010). *LA PRUEBA DOCUMENTAL EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL Y PENAL.* Guayaquil, Ecuador: EDILEX S. A.
17. GUERRERO DEL POZO, J. F. (2020). *LAS GARANTÍAS JURISDICCIONALES CONSTITUCIONALES EN EL ECUADOR.* Quito, Ecuador: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP).
18. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, R. (2021). *EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO Y SU SISTEMA DE EXCEPCIONES TASADAS ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS* (Segunda ed.). Quito, Ecuador: Ediciones Legales EDLE S. A.
19. HOLGUÍN LARREA, J. (2011). *DERECHO CIVIL DEL ECUADOR* (Vol. XII Contratos: La compraventa). Quito, Ecuador: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES CEP.

20. ILLESCAS ORTEGA, I. (2021). *ELEMENTOS CONSTITUCIONALES RELACIONADOS CON LA PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL*. Quito, Ecuador: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP).
21. JARA VÁSQUEZ, M. E. (2017). *TUTELA ARBITRAL EFECTIVA EN ECUADOR*. Quito, Ecuador: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP); UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, Sede Ecuador.
22. LARREA HOLGUIN, J. (2006). *Diccionario del Derecho Civil Ecuatoriano*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
23. LOPEZ LOPEZ, F. (2021). Los derechos de las personas jurídicas de derecho privado. En A. APOLO SALAZAR, *APUNTES DE LA REALIDAD JURÍDICA ECUATORIANA: Derechos, Justicia y Exigibilidad* (págs. 191-203). Quito, Ecuador: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP).
24. MANCHENO, M. F. (2022). Los Contratos. En Y. ANDRADE TORRES, *PRÁCTICA CIVIL Y MERCANTIL* (págs. 253-281). Quito: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES.
25. MAZÓN, J. L. (2018). *Ensayos críticos sobre el COGEP. Tomo I* (Primera ed.). Quito, Ecuador: Legal Group; Colegio de Abogados de Pichincha.
26. MAZÓN, J. L. (2020). *Ensayos críticos sobre el COGEP. Tomo II* (Primera ed.). Quito, Ecuador: Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal.
27. MORÁN SARMIENTO, R. (2001). Nuevas Excepciones en el Procesalismo Civil. *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil*(14), 153-161.
28. MORÁN SARMIENTO, R. (2012). *El Código Orgánico de la Función Judicial y su incidencia en el Procesalismo Civil*. Guayaquil, Ecuador: EDILEX S. A.

29. PÁEZ RIVADENEIRA, J. J. (2008). *MANUAL DE FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS*. Quito, Ecuador: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP).
30. PALACIO, L. E. (2018). *Manual de Derecho Procesal Civil* (Vigésima Primera., 4a reimpresión ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Abeledo-Perrot.
31. PALACIOS SORIA, J. (2017). *GENERALIDADES DEL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS. Una mirada dentro del aspecto doctrinario de las instituciones del nuevo sistema procesal*. Quito, Ecuador.
32. PARRAGUEZ RUÍZ, L. (2021). *RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO*. Quito, Ecuador: CEVALLOS Editora Jurídica; Colegio de Jurisprudencia. Universidad San Francisco de Quito.
33. PÉREZ ESCOBAR, J. (2013). *METODOLOGÍA Y TÉCNICA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA* (Sexta Reimpresión de la tercera ed.). Bogotá, Colombia: Editorial Temis S. A.; CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP).
34. RAMIREZ ROMERO, C. (2022). De la Reivindicación o Acción de Dominio. En Y. ANDRADE TORRES, *PRÁCTICA CIVIL Y MERCANTIL* (págs. 1-66). Quito, Ecuador: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP).
35. RAMÍREZ VÁSQUEZ, N. P., & MALDONADO ZEVALLOS, V. (2015). *La Cláusula arbitral en promesas de compraventa que celebran los fideicomisos inmobiliarios en Guayaquil*. Guayaquil: Universidad de Guayaquil.
36. SALAMANCA SERRANO, A. (VII). LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA INTERCULTURAL E INTERDISCIPLINAR. Metodología, epistemología, gnoseología y ontología. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales redhes*(No. 14 Julio-Diciembre 2015), 59-92.
37. SALGADO VALDEZ, R. (1982). *Teoría General del Acto Jurídico* (Primera ed.). Quito, Ecuador: EDITORIAL UNIVERSITARIA.

38. SALINAS ORDÓÑEZ, M. (2006). *GUÍA PRÁCTICA DE INVESTIGACIÓN JURÍDICA*. Loja, Ecuador: SAEJ .
39. SANDOVAL CASILIMAS, C. A. (1996). *Investigación cualitativa*.
40. SOLANO PAUCAY, V. (2020). ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA. En E. GUERRERO SALGADO, *ECUADOR MANUAL DE USO: REFLEXIONES SOBRE EL ARTÍCULO 1 DE LA CONSTITUCIÓN* (págs. 25-37). Quito, Ecuador: Centro de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador PUCE; Corporación de Estudios y Publicaciones CEP.
41. TAMA VITERI, M. (2012). *Defensas y Excepciones en el Procedimiento Civil* (Segunda ed.). Guayaquil: EDILEX.
42. TAMA VITERI, M. (2014). *La letra de Cambio, el Pagaré a la Orden y el Cheque del Juicio Ejecutivo*. Guayaquil: Murillo Editores.
43. TARUFFO, M. (2008). *LA PRUEBA*. (L. MANRÍQUEZ, & J. FERRER BELTRÁN, Trads.) Madrid, España: MARCIAL PONS.
44. VACA HIDALGO, V. E., & INTRIAGO, A. (2018). *Tratamiento de las Excepciones Previas en Materia Civil ante la Ausencia del Demandado*. Quito: Universidad Internacional SEK.
45. VELASCO CÉLLERI, E., & VELASCO ZAPATA, E. (1998). *SISTEMA DE PRÁCTICA PROCESAL CIVIL. Los Juicios Sumarios y Verbal Sumario* (Vol. V). Quito, Pichincha, Ecuador: Editorial PUDELECO Publicaciones de Legislación Cía. Ltda.
46. VIDAL RAMIREZ, F. (2012). La inejecucion del convenio arbitral. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*(4), 287-299.
47. VINTIMILLA SALDAÑA, J. (2022). El arbitraje en el Ecuador: un mecanismo alternativo de solución de disputas muy efectivo. En Y. ANDRADE TORRES, *PRÁCTICA CIVIL Y MERCANTIL* (págs. 437-469). Quito, Ecuador: CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP).

48. ZORRILLA, M. S. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista telemática de filosofía del derecho (RTFD)*(14), 317-358.
49. ZURITA GIL, E. (2005). *Manual de Mediación y Derechos Humanos* (Tercera ed.). Quito, Ecuador: Superintendencia de Compañías.

Normativa citada

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. (2022) Corporación de Estudios y Publicaciones.

CÓDIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS. (2021) Corporación de Estudios y Publicaciones.

CÓDIGO ORGANICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. (2022) Corporación de Estudios y Publicaciones.

CODIFICACIÓN DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN (2021) Corporación de Estudios y Publicaciones.

CODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL (2021) Corporación de Estudios y Publicaciones.

LEY REFORMATORIA DE LA LEY NOTARIAL. Publicado en el Registro Oficial Sexto Suplemento Número 913 de fecha 30 de diciembre de 2016.

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS. Registro Oficial Suplemento Número 517 de fecha 26 de junio del 2019

REGLAMENTO A LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN Decreto Presidencial N° 165 publicado el 18 de agosto del 2021. Registro Oficial Suplemento Número 524 de fecha 26 agosto 2021.

RESOLUCIÓN No. NAC-0010 SERVICIO DE RENTAS INTERNAS de fecha 14 de enero del 2003

CONSEJO DE LA JUDICATURA Resolución 208-2013

CONSEJO DE LA JUDICATURA Resolución 155-2014

CONSEJO DE LA JUDICATURA Resolución 026-2018

CONSEJO DE LA JUDICATURA Resolución 309-2015

CONSEJO DE LA JUDICATURA Resolución 155-2016

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. (2014) Corporación de Estudios y Publicaciones.

Casos Prácticos

17113-2014-3699, (SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE PICHINCHA).

17309-2013-0217, (JUZGADO NOVENO DE LO CIVIL DE PICHINCHA).

17312-2012-1436, (JUZGADO DÉCIMO SEGUNDO DE LO CIVIL DE PICHINCHA).

17324-2013-0048D (JUZGADO VIGÉSIMO CUARTO DE LO CIVIL DE PICHINCHA).

17324-2014-0361, (JUZGADO VIGESIMO CUARTO DE LO CIVIL DE PICHINCHA).

17325-2010-0682, (JUZGADO VIGÉSIMO QUINTO DE LO CIVIL DE PICHINCHA).

17711-2015-0285, (SALA ESPECIALIZADA DE LO CIVIL Y MERCANTÍL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA).

17230-2017-08178 (UNIDAD JUDICIAL CIVIL CON SEDE EN LA PARROQUIA IÑAQUITO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA)

Corte Constitucional

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 117-14-SEP-CC Caso No. 1010-11-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 102-13-SEP-CC Caso No. 0380-10-EP.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 001-14-SEP-CC Caso No. 0830-09-EP

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 282-13-JP/19 Jueza ponente: Daniela Salazar Marín.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 31-14-EP/19 Jueza ponente: Enrique Herrería Bonnet.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 323-13-JP/19 Jueza ponente: Karla Andrade Quevedo.

Linkografía

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-057/95. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-057-95.htm Recuperado el 15 de mayo de 2022)

Corte Constitucional de Colombia. Auto No. 004/96. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-057-95.htm Recuperado el 15 de mayo de 2022)

Encontrado en <https://centrodearbitraje.org/modelo-clausula/> Recuperado el 15 de mayo de 2022)