

FEDERACIÓN INTERAMERICANA DE ABOGADOS, FIA

XLIV CONFERENCIA FIA

Del 24 al 28 de junio de 2008

Lima, Perú

Ponente: Dr. Armando Serrano Puig

ECUADOR

Organización del sistema de resolución de conflictos.

Procesal y alterno.

Instituciones modernas y vetustas de Derecho Civil.

Los medios de resolución de controversias en los distintos países miembros de la FIA.

En toda sociedad se producen conflictos. Conflictos, discrepancias, litigios, tanto entre particulares entre sí como entre éstos y el Estado, llamando como Estado a los diversos entes u organismos que integran la administración pública. Conflictos por cuestiones materiales, conflictos por problemas patrimoniales, conflictos por asuntos eminentemente personales, conflictos por infracciones o irrespetos a los derechos ajenos, conflictos por abusos de poder, conflictos por falta de cumplimiento de obligaciones fiscales o administrativas, en fin, conflictos por derechos que unos sienten irrespetados, por obligaciones que otros creen incumplidas, por anhelos no satisfechos, por miserias y bajezas que desnudan lo peor del ser humano, en fin, por todo aquello que es propio y característico del hombre propiamente dicho y de sus organizaciones: sus ilusiones, sus derechos, sus obligaciones, sus bajezas, sus miserias.

Para solucionar estos conflictos y evitar la justicia por mano propia, para evitar el desorden, para evitar el caos y la supremacía del físicamente más fuerte, las sociedades políticamente organizadas –o Estados– han creado sistemas de

resolución de conflictos que idealmente permitan que en un régimen de orden, de respeto a las personas y a sus derechos de defensa, puedan solucionarse los conflictos para con ello buscar el alto valor de la paz social.

Pues bien, es a los sistemas que para este fin existen en la República del Ecuador, a los que pasamos a referirnos, pero, obviamente por la amplitud y extensión del tema propuesto, lo haremos en forma muy somera, sólo enunciativa y nada más, sin ningún análisis crítico ni explicación de sus orígenes o evolución, y peor con revisión casuística. Insisto, simple enunciación somera y ligera, para apenas poder ubicar como se conforma en la República del Ecuador la organización normal u ordinaria del sistema de resolución de conflictos (procesal), así como se halla conformado el sistema alternativo de resolución de conflictos.

1

SITUACIÓN DEL PROCESO JUDICIAL:

En el procedimiento ante la justicia ordinaria, en el campo civil (mercantil, inquilinato, laboral, etc.), y como creo que en casi todos los países de Código Civil o de Derecho Continental, existen tres principales tipos de juicios: ordinario, sumario (que en el caso ecuatoriano se denomina verbal sumario aunque de verbal no tiene prácticamente nada) y ejecutivo, y además tenemos varios juicios especiales, como los coactivos (no aplicables a tributos, que se regulan por el Código Tributario), los sucesorios, posesorios, de inventarios, de partición, de cuentas, de alimentos, de expropiación, de providencias preventivas, etc.

En el campo del Derecho Penal, por una reforma introducida en el año 2000, tenemos ahora un Código de Derecho Penal que significa un giro de ciento ochenta grados con respecto al sistema anterior, pues se abandonó el sistema inquisitivo cambiándolo por el acusatorio, como ha ocurrido en muchos de nuestros países latinoamericanos. En la Ley de Tránsito se regulan ciertos procedimientos judiciales penales en esta materia.

En el campo del Derecho Administrativo, tenemos una ley que se denomina "*Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*", que regula los dos tipos de juicio que reconoce: el de **Plena jurisdicción o subjetivo** y el juicio de **anulación u objetivo**. En el ámbito administrativo tenemos también, y desde hace apenas unos tres lustros, o menos, una especie de código de derecho procesal, que se llama: "*Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*", que puso bastante orden en todo lo relacionado con el procedimiento en sede administrativa del gobierno central, y que es una especie de ley delegada, pues en realidad no se trata de una ley expedida por el Congreso Nacional siguiendo el procedimiento constitucional previsto para la formación de las leyes, sino que es un estatuto expedido por el Presidente de la República por autorización o delegación de la ley, y se aplica a prácticamente todo el sector público, con excepción de los gobiernos provinciales y municipales.

Para el ámbito tributario tenemos un cuerpo legal especial, que es el Código Tributario, en el que se regula todo lo relacionado con el proceso administrativo tributario, tanto en sede administrativa como en sede judicial, y que incluye el procedimiento coactivo tributario y hasta las infracciones tributarias y su juzgamiento.

Tenemos también un juicio muy especial y peculiar, de naturaleza mixta pues tiene efectos civiles y penales, y que se halla regulado por una ley que se llama: “**Ley para el juzgamiento de la colusión**”, cuya sola denominación explica claramente de qué se trata.

Tenemos ahora un nuevo derecho procesal (que en realidad es nuevo en la mayoría de los países latinoamericanos) que ha venido cobrando inusitada y singular importancia, como es el caso del Derecho Procesal Constitucional, que lo menciono en este lugar no por menos importante –por el contrario, hoy por hoy es tal vez una de las normativas procesales más importantes de las que existen en el ordenamiento procesal ecuatoriano–, sino por su aparición de muy última data, pues en efecto recién se hizo presente con fuerza desde que se incluyeron en la constitución Política de la República del Ecuador, las instituciones o recursos conocidos como el Amparo Constitucional y el Hábeas Data, lo que sucedió en 1996. Este nuevo Derecho Procesal Constitucional está recogido además de en la propia Constitución Política, en la Ley del Control Constitucional.

Por último, volviendo al ámbito del Derecho Civil y Comercial, debemos señalar que tenemos una ley bastante nueva que regula ciertos mecanismos alternos de solución de controversias, que es la **Ley de Arbitraje y Mediación**.

1.1. Jurisdicción:

En el Ecuador, es el Código de Procedimiento Civil el que define los vocablos **JURISDICCIÓN** y **COMPETENCIA**, y lo hace diciendo que:

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

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

Se observa, entonces, que a diferencia de lo que sucede en casi todos los demás países latinoamericanos, nuestro Código Procesal Civil distingue entre **jurisdicción** y **competencia**, diciendo sobre la primera, insisto, en que es: “*el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos en la ley*”; y, sobre la competencia, lo hace diciendo que es “*la medida dentro de la cual la referida potestad (Jurisdicción) está distribuida entre los diversos tribunales y juzgados, por razón del territorio, de la materia, de las personas y de los grados*”.

1.2. Organización Judicial:

El sistema judicial ecuatoriano está integrado por jueces de primera instancia o de primer nivel, Cortes Superiores y una corte Suprema de Justicia. Para comprender este sistema de organización de justicia es necesario previamente conocer que el Ecuador es un país unitario, políticamente dividido provincias, éstas en cantones y estos últimos en parroquias, que pueden ser urbanas o rurales.

Jueces de primera instancia:

Pues bien, en cada provincia hay los siguientes jueces con jurisdicción provincial, con competencia especializada en las siguientes materias, que son jueces de primera instancia:

- de lo Civil
- de lo Penal
- del Trabajo
- de Inquilinato
- de Tránsito
- de la Niñez y Adolescencia

Están también creados Ley de Propiedad Intelectual, pero no en la práctica, los Juzgados y Tribunales Distritales de Propiedad Intelectual. Y esto sucede porque no se han cumplido las disposiciones que para el efecto consigna la indicada Ley.

Tribunales de única instancia:

Además de los de primera instancia existen también ciertos jueces que son de instancia única, esto es, aquellos cuyas decisiones causan ejecutoria sin que de ellas exista recurso de alzada o de apelación. Estos jueces de instancia única son jueces colectivos, pues se trata de tribunales especializados compuestos cada uno por tres Ministros. Estos Tribunales Distritales tienen la misma jerarquía que las Cortes Superiores de Justicia, y son:

- Distrital de lo Contencioso Administrativo
- Tribunal Distrital de lo Fiscal

De los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de los Tribunales Distritales de lo Fiscal, existen en toda la República del Ecuador, apenas seis salas de cada uno de ellos: 2 en la ciudad de Quito, dos en la ciudad de Guayaquil, una en la ciudad de Cuenca y una en la ciudad de Portoviejo. Nada más. Estos Tribunales tienen jurisdicción no sólo en sus respectivas provincias, sino en aquellas que les son vecinas y que la respectiva resolución de la Corte Suprema de Justicia que creó la Sala de la que se trate, le asigna.

Además de los Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo, en cada provincia existen también Tribunales Penales, integrados por tres miembros, que sustancian el juicio y dictan sentencia en procesos de acción penal pública y de instancia particular, con excepción de los casos de fuero. De su sentencia no hay recurso de apelación, sino solamente el recurso de revisión y el de casación para ante una de las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.

De las resoluciones que dictan los Tribunales Distritales tanto de lo Contencioso Administrativo como de lo Fiscal, cabe recurso de casación para ante la Corte Suprema de Justicia.

Cortes Superiores:

Luego, en cada provincia existe una corte superior de justicia, cada una de ellas con el número de salas de tres miembros cada una, que determine la Corte Suprema de Justicia.

Las Cortes Superiores son normalmente jueces de alzada, que en segunda instancia conocen causas en asuntos civiles, de menores y de la adolescencia, de inquilinato y laborales, y en materia penal sólo recursos de alzada respecto a muy pocas o determinadas providencias o autos dictados por jueces penales de primera instancia y antes de que se dicte auto de llamamiento a juicio plenario. Además, las Cortes Superiores actúan como juez de primera instancia en materias penales por algunos casos de fuero.

Pero estas Cortes Superiores son también jueces de primera instancia en casos tan especiales como en los juicios colusorios, y en las acciones de impugnación que en contra de resoluciones de la junta general (asamblea) de socios o accionistas de compañías (sociedades) mercantiles anónimas, propongan accionistas que representen al menos el veinticinco por ciento del capital pagado de la compañía.

De las resoluciones que dictan las Cortes Superiores de Justicia en juicios de conocimiento, puede interponerse el recurso extraordinario de casación para ante la Corte Suprema de Justicia.

Corte Suprema de Justicia:

Se compone de 31 magistrados: el Presidente y 30 magistrados divididos en diez salas de 3 magistrados cada una, designados sin fijación de período de tiempo, esto es, que se nombran a perpetuidad:

- 3 salas de lo civil y mercantil
- 3 salas de lo penal
- 2 salas de lo laboral
- 1 sala de lo contencioso administrativo y

- 1 sala de lo Tributario o fiscal.

Debería existir también una Sala Especializada en Propiedad Intelectual, pues así lo manda la Ley de esta materia, pero desgraciadamente esta Sala nunca se integró. Para nuestra desgracia, sucede en el Ecuador con muchas leyes y muchas disposiciones de muchas leyes, lo mismo que sucedía con las Leyes de Indias dictadas por la corona Española, que *se acatan pero no se cumplen*. Esta es la explicación para estas falencias e incumplimiento de claros y expresos mandatos legales.

La Corte Suprema de Justicia, con excepción de ciertos casos de fuero, en materia penal, y de algún caso de fuero incluso en materia civil, es una corte de casación y no de alzada. Hasta 1993 fue corte de tercera instancia, pero desde enero de 1993 en que desapareció la tercera instancia, es corte de casación, salvo en contadísimos casos como en el de juicio colusorio o en el juicio de caminos, en que es corte de apelación o segunda instancia.

También es corte de alzada en materia penal en casos de fuero de Corte Suprema de Justicia, en que la primera instancia corresponde al Presidente del máximo organismo judicial.

Consejo Nacional de la Judicatura:

Es órgano administrativo y disciplinario de la Función Judicial, con control disciplinario sobre todos los integrantes de la Función Judicial, con excepción de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, cuya conducta la controla la propia Corte Suprema, pero lo hace de facto y sin respaldo legal alguno al respecto. Se integra por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y siete (7) vocales.

Tribunal Constitucional:

Además de todo lo anteriormente mencionado, existe en el Ecuador el sistema de Administración de Justicia Constitucional, que en buena parte no depende de la Función Judicial. En efecto, existe un TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, que viene a ser el más alto Tribunal de Justicia del país, pues es el que resuelve en última instancia los conflictos en materia constitucional.

El Tribunal Constitucional se integra o compone de nueve vocales designados por el Congreso Nacional: 2 de ternas enviadas por el Presidente de la República; 2 de ternas enviadas por la Corte Suprema de Justicia; 2 elegidos por el Congreso de fuera de su seno. Los otros tres vocales son designados también por el Congreso Nacional, de ternas enviadas por: Los alcaldes y prefectos provinciales en representación de la ciudadanía; las centrales sindicales; y, las cámaras de la producción.

Los nueve vocales del Tribunal Constitucional se dividen en tres salas de tres vocales cada una, que conocen de las acciones de amparo constitucional, de hábeas data y de apelación del hábeas corpus.

Al Tribunal constitucional en pleno corresponde conocer de las demandas de inconstitucionalidad de leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos y ordenanzas, y suspender total o parcialmente sus efectos; las objeciones de inconstitucionalidad que haga el Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes; dirimir los conflictos de competencia o atribuciones asignadas por la propia Constitución. También le corresponde conocer los recursos de apelación de las acciones de amparo constitucional y de hábeas data, cuando en la Sala respectiva no se hayan resuelto por unanimidad.

El Ecuador adoptó el sistema del control constitucional difuso, en lugar del concentrado. Según este sistema, todos los jueces de la República son jueces constitucionales en cada uno de los procesos que conocen, y en tal calidad pueden declarar la inaplicabilidad al caso que están juzgando, de cualquier ley o norma de carácter legal. En este caso, luego de esta declaración de inaplicabilidad, deben remitir un informe al Tribunal Constitucional, que lo tramitará como si se tratara de una acción de inconstitucionalidad de una norma.

Además, todo juez de instancia es juez constitucional para resolver en primera instancia las acciones constitucionales de amparo y de hábeas data. De su resolución se puede apelar para ante el Tribunal Constitucional, que es el que resuelve en última instancia.

Jueces Administrativos:

Además de todos los jueces y tribunales antes mencionados, existen en el Ecuador también los siguientes otros jueces que debiendo formar parte de la Función Judicial Ecuatoriana (porque así expresamente lo manda la Constitución Política de la República, para mantener el principio de la unidad jurisdiccional) se hallan fuera de ella, y que más bien se hallan en la órbita de la administración pública general del Estado, pues dependen de la Función Ejecutiva:

- Corte Penal Militar
- Corte Penal de la Policía Nacional
- Jueces de Aduanas
- Jueces de Aguas
- Juez de Caminos
- Juez de Minas
- Juez de Petróleo

1.3. Leyes Procesales:

Las principales leyes procesales son:

- Código de Procedimiento Civil
- Código de Procedimiento Penal

- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
- Ley del Control Constitucional
- Código Tributario
- Ley Orgánica de Aduanas
- Ley de Arbitraje y Mediación
- Ley para el Juzgamiento de la Colusión
- Código de Policía Marítima
- Código de Procedimiento Penal Militar
- Código de Procedimiento Penal de la Policía Nacional
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva

1.3.1. Interposición de la Acción:

Todas las personas, naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras son titulares de este derecho de acción, para ejercerlo se necesita tener capacidad legal para hacerlo directamente, pero si se trata de un incapaz debe actuar a través de su representante legal o dativo, tanto en el caso de menores de edad (padres, tutores o curadores) como de personas jurídicas. La acción puede ser interpuesta por cualquier persona que crea que sus derechos han sido violados o que ha sufrido un perjuicio y necesita de la autoridad para que solucione la controversia suscitada.

Obviamente, la acción debe reunir o cumplir los requisitos que exige la ley pertinente, y entre ellos, exponer los fundamentos de hecho y de derecho en que se basa y, sobre todo y con la mayor claridad posible, las pretensiones. La ley ecuatoriana exige que la acción se proponga ante el juez competente, que se haga constar la cuantía de la reclamación, que se acompañe de los documentos que justifiquen la personería de quien comparece, que se señale el sitio en el cual debe ser emplazado el demandado, etc.

1.3.2. Medidas Cautelares:

Las medidas cautelares o preventivas que reconoce el Derecho Procesal Civil Ecuatoriano (Código de Procedimiento Civil), son:

- Secuestro de bienes muebles que aseguren la deuda
- Secuestro de la cosa sobre que se va a litigar
- Retención de bienes muebles que aseguren la deuda
- Retención de la cosa sobre que se va a litigar
- Prohibición de Enajenar, hipotecar o gravar bienes raíces
- Embargo, en juicio ejecutivo fundado en título hipotecario

- Arraigo (prohibición de ausentarse del país)

El Código de Procedimiento Penal, por su parte, prevé dos tipos de medidas cautelares:

- Personales
 - Detención
 - Prisión Preventiva
- Reales
 - Prohibición de enajenar bienes
 - Secuestro
 - Retención
 - Embargo

En el Código de la Niñez y la Juventud se prevén medidas cautelares que pueden imponerse a los menores para asegurar la inmediatez del adolescente inculcado con el proceso y su eventual responsabilidad, y otras que pueden imponerse a otras personas a cuyo cargo se establecen obligaciones de alimentos o similares.

En el primer caso, esto es, en el de los menores, se les pueden poner únicamente las siguientes medidas cautelares:

- Personales
 - Someterse al cuidado de persona o entidad de atención
 - Presentarse periódicamente ante el juez
 - Prohibición de ausentarse del país o de la localidad
 - Prohibición de concurrir a ciertos lugares o reuniones
 - Prohibición de comunicarse con determinadas personas
 - Privación de libertad
- Patrimoniales
 - Secuestro
 - Retención
 - Prohibición de enajenar bienes

Para asegurar el pago de la prestación de alimentos, el juez puede decretar cualquiera de los apremios reales contemplados en el Código de Procedimiento Civil, y que ya vimos anteriormente

En materia fiscal, el Código Tributario contempla las siguientes medidas

cautelares:

- Personales
 - Arraigo o prohibición de ausentarse del país
- Patrimoniales
 - Secuestro
 - Retención
 - Prohibición de enajenar bienes

La Ley de Arbitraje y Mediación (LAM):

Esta ley autoriza a los árbitros a dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso. Se advierte, entonces, que esta norma abre la posibilidad de medidas cautelares a todas cuantas los árbitros “**consideren necesarias**”, lo que quiere decir que no se limitan a las arriba enumeradas del Código de Procedimiento Civil. En la práctica, el Tribunal Arbitral podría disponer, como medida cautelar, cualquier cosa que se le ocurra con no más limitaciones que la ley y el orden público. Ejemplo de medida cautelar lo dispuesto por un Tribunal Arbitral CIADI, que prohibió al Estado Ecuatoriano iniciar acciones penales en contra de los administradores de la empresa demandante, mientras no se resuelva la causa arbitral.

1.3.3. Prueba:

Es obligación del actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en el juicio.

La prueba deberá ser apreciada en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades y de lo establecido en la ley.

Los jueces están facultados para ordenar de oficio la realización de pruebas para el esclarecimiento de la verdad.

Los medios de prueba más comunes son:

- Confesión judicial
- Instrumentos públicos o privados
- Declaraciones de testigos
- Inspección judicial
- Dictamen de perito
- Exhibición de la cosa objeto de la acción

- Exhibición y reconocimiento de documentos
- Grabaciones magnetofónicas, cintas cinematográficas, radiografías, fotografías, documentos electrónicos, exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o científica.

En la justicia ordinaria la prueba se la presenta u ofrece dentro del término que en cada causa se abre para el efecto.

En arbitraje, la prueba hay que ofrecerla junto con la demanda y con la contestación a la demanda, así como con la reconvencción y la contestación a la reconvencción. Esto es recogido de la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL), que es una especie de aplicación del *Discovery* del sistema Anglo Sajón.

1.3.4. Recursos:

El Art. 320 del Código de Procedimiento Civil establece los recursos de apelación, casación y de hecho, sin perjuicio de que al proponérselos se alegue la nulidad del proceso

Recursos Horizontales:

- Aclaración, ampliación, reforma y revocación: la aclaración tiene lugar si la sentencia fuere obscura y la ampliación cuando no se hubiera resuelto alguno de los puntos controvertidos o se hubiere omitido decidir sobre los frutos, intereses o costas.
- Los autos o decretos pueden aclararse, ampliarse, reformarse o revocarse, por el mismo juez que los pronunció.
- La sentencia ejecutoriada no puede alterarse en ninguna de sus partes ni por ninguna causa.

Recursos Verticales:

- Apelación: se encuentra regulado por los Arts. 323 al Art. 343 del Código de Procedimiento Civil. Se puede proponer para que se revoque o se reforme un decreto, auto o sentencia del juez inferior. En realidad se puede apelar de las sentencias, de los autos y de los decretos que tienen fuerza de auto o sentencia. Se lo debe proponer dentro de un término de 3 días, en los cuales el juez inferior sin correr traslado ni observar otra solemnidad, concederá o denegará el recurso. La apelación se debe interponer ante el juez de cuya resolución se apela, y para ante el superior inmediato. La apelación se concede normalmente tanto en el efecto devolutivo como en el suspensivo, salvo cuando la ley lo limita al devolutivo. Si una de las partes apela, la otra se puede adherir a dicho recurso ante el juez a quo o ante el superior.

- Nulidades Procesales: el proceso es nulo en todo o en parte cuando se hubieren omitido ciertas solemnidades¹. Los jueces o tribunales pueden declarar de oficio la nulidad. Cuando un juez debiendo declarar la nulidad no lo hace, pagará las costas ocasionadas desde que se pronunció el auto o sentencia en que debió ordenar la reposición del proceso.
- Recurso de Hecho: denegado el recurso de apelación por el juez o el tribunal, puede la parte dentro del término de tres días proponer ante el mismo juez o tribunal el recurso de hecho (Art.365). EL juez sin calificar la legalidad o la ilegalidad elevará el proceso al superior, excepto en los casos previstos en la ley cuando éste no procede².
- Recurso Extraordinario de Casación: es de competencia de la Corte Suprema de Justicia mediante sus salas especializadas. Este procede contra sentencias y autos que pongan fin al proceso de conocimiento dictado por Corte Superior y Tribunales Distritales. También procede respecto de las providencias expedidas por estas cortes o tribunales en fase de ejecución de las sentencias dictadas en los procesos de conocimiento si estas providencias resuelven puntos esenciales no controvertidos en el juicio. Este recurso sólo lo puede interponer la parte que haya recibido agravio en la sentencia o auto; no es admisible la adhesión al recurso de casación. Se deberá interponer dentro del término de cinco días posteriores a la notificación de la sentencia o del auto del que se recurre en casación.

En Derecho Procesal Tributario existen, además:

- recurso de revisión
- queja ante la autoridad administrativa inmediata superior
- queja ante la autoridad administrativa inmediata superior

1.3.5. Instancias Judiciales:

Habíamos ya dicho al tratar sobre la organización judicial, y en este acápite lo repetimos, que en el Ecuador tenemos jueces de primera instancia que tienen

¹ solemnidades establecidas en el Art. 346: jurisdicción de quien conoce el juicio, competencia del juez o tribunal, legitimidad de personería, citación con la demanda al demandado, concesión del término probatorio, notificación a las partes del auto de prueba o sentencia, formación del tribunal del número de jueces que prescribe la ley.

² cuando la ley lo niegue expresamente, concedido el recurso de apelación en el efecto devolutivo o cuando no se hubiere interpuesto en el término establecido

carácter provincial, esto es, que su jurisdicción abarca normalmente la de la provincia en la cual ejercen.

Dijimos, también, que de lo que ellos resuelvan existe, normalmente, recurso de apelación para ante la corte Superior de Justicia de la provincia de que se trate.

Explicamos, además, que de lo que resuelva la Corte Superior de Justicia existe el recurso extraordinario de casación, para ante la Corte Suprema de Justicia.

Mencionamos, además, que tenemos jueces (tribunales) de única instancia, como son las Cortes Superiores de Justicia en determinados casos (juicio colusorio, juicio de impugnación y nulidad de resoluciones de junta general de accionistas de sociedades anónimas) y también los tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Tribunales Distritales de lo Fiscal. Estos dos tribunales tienen la misma jerarquía que las Cortes Superiores de Justicia, cuya actividad está también dividida por materias especializadas.

1.3.6. Reconocimiento de las Sentencias Extranjeras:

Comenzamos mencionando que en el Código de Procedimiento Civil tenemos una norma que trata sobre las sentencias extranjeras, y que textualmente dice:

“Art. 414.- Las sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravinieren al Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier ley nacional y si estuvieren arregladas a los tratados y convenios internacionales vigentes.

A falta de tratados y convenios internacionales, se cumplirán si, además de no contravenir al Derecho Público o a las leyes ecuatorianas, constare del exhorto respectivo:

a) Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada, conforme a las leyes del país en que hubiere sido expedida; y,

b) Que la sentencia recayó sobre acción personal”.

Por esta norma, cualquier sentencia extranjera podría, eventualmente, ser reconocida y cumplida en el Ecuador, incluso sin que exista soporte en convención internacional que prevea tal reconocimiento, siempre que se cumplan los requisitos que contempla la norma transcrita.

Adicionalmente, en el Ecuador se encuentra vigente el Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, aprobado por la Convención de Derecho Internacional Privado, acordada por la Sexta Conferencia Panamericana, reunida en la ciudad de La Habana, en 1928, en cuyos artículos 423 a 433 se regula la ejecución de sentencias civiles o contencioso-administrativas dictadas por tribunales extranjeros, sujetándolas a requisitos o condiciones fijados en dicho Código.

Ecuador es también parte del “*Convenio Interamericano sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*”, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979, en la Segunda Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional (CIDIP II), conocida como “*Convención de*

Montevideo”.

Obviamente, para el reconocimiento de cualquier sentencia extranjera será requisito *sine qua non* el que se homologue la sentencia, es decir, que se la apruebe en el Ecuador y se la tenga por tal para que pueda cumplir los efectos que con ella se busca, esto habrá que justificar ante la competente autoridad ecuatoriana que la que se pretende ejecutar en el Ecuador, es una sentencia dictada por juez extranjero competente, a su vez, para dictarla de conformidad con su ley nacional (*lex fori*). En otras palabras, se requerirá siempre del proceso de **exequatur**, o aprobación de una sentencia extranjera por parte del órgano judicial facultado para ello, normalmente la Corte Suprema de Justicia.

1.3.7. Reconocimiento de los Laudos Arbitrales Extranjeros:

Ecuador es signatario y parte de la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*, aprobada en New York, el 10 de junio de 1958, más conocida como “Convención de Nueva York, de 1958”, según la cual las sentencias e incluso los laudos extranjeros pueden y deben ejecutarse en el Ecuador, y para ello lo que se requiere es el **exequatur** u homologación del laudo que se pretenda ejecutar.

Es también signatario de la “*Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial*”, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975, conocida como “*Convención de Panamá*”, así como del “*Convenio Interamericano sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*”, hecha en Montevideo el 8 de mayo de 1979, en la Segunda Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional (CIDIP II), conocido como “*Convención de Montevideo*”, que complementó la mencionada Convención de Panamá.

Pero, a más de las disposiciones de las convenciones internacionales antes mencionadas, y también adicionalmente a la arriba transcrita norma del Art. 441 de nuestro Código de Procedimiento Civil, debo hacer especial mención de dos importantes disposiciones (para el efecto de lo que estamos analizando, esto es, el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Ecuador) de la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM):

“Art. 32.- Ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato.

Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada.

Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo”.

“Art. 42.- El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador (...)

Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional”.

Pero incluso los laudos dictados en el extranjero, dentro de procesos arbitrales nacionales (no internacionales, en consideración a que el cumplimiento o ejecución en el Ecuador no sea de una parte sustancial de la obligación, pues en caso contrario estaríamos frente a un arbitraje internacional), que deban de alguna manera cumplirse y ejecutarse en el Ecuador, se pueden perfectamente cumplir y ejecutar de conformidad con todo lo anteriormente dicho respecto del cumplimiento de sentencias y de laudos arbitrales extranjeros.

1.3.8. Ejecución de Medidas Cautelares Extranjeras:

Mediante Decreto Ejecutivo N° 852, del 5 de mayo de 1982, el Ecuador ratificó la “Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares” que suscribió el 8 de mayo de 1979, en la ciudad de Montevideo, y que fue aprobada en la reunión que tuvo en dicha ciudad la Segunda Conferencia Interamericana Especializada en Derecho Internacional (CIDIP II).

Esta “Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares” impone la obligación a las autoridades jurisdiccionales de los Estados, de dar cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por jueces o tribunales de otro Estado, que tengan por objeto:

- a) El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de personas, tales como custodia de hijos menores o alimentos provisionales;
- b) El cumplimiento de medidas necesarias para garantizar la seguridad de los bienes, tales como embargos y secuestros preventivos de bienes inmuebles y muebles, inscripción de demanda y administración e intervención de empresas.

Debemos hacer notar que las medidas cautelares enunciadas son solamente ejemplificativas y no taxativas, por lo que bien pueden decretarse cualesquiera otro tipo de medidas cautelares que cumplan con los presupuestos señalados, y deberán ser cumplidas por las autoridades judiciales ecuatorianas.

Estas medidas cautelares extranjeras deberán hacerse mediante exhortos o cartas rogatorias.

Hay que resaltar el hecho de que la Convención a la que hemos aludido, es Interamericana, esto es, que no está abierta a países fuera de la región, los que no son ni pueden ser parte de este instrumento internacional. Entonces, una medida cautelar decretada por jueces o tribunales de Estados que no son partes de esta Convención Interamericana, no tiene el soporte de esta norma

internacional para exigir su cumplimiento, debiendo quedar tales medidas cautelares sujetas a las normas y principios generales del Derecho que sean aplicables en el Ecuador.

En cuanto se refiere a los procesos alternos de resolución de conflictos, debemos señalar que la Ley de Arbitraje y Mediación no dice nada al respecto de la ejecución de medidas cautelares extranjeras en materia de arbitraje, por lo que cualquier medida cautelar que dicte un tribunal arbitral extranjero, somos de la opinión de que podrá y deberá cumplirse si se sigue el procedimiento previsto en la Convención Interamericana antes mencionada.

Debemos mencionar que en materia de arbitraje, en el ámbito nacional, las medidas cautelares se encuentran reguladas por el Art. 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación que, como ya lo dijimos anteriormente, faculta a los árbitros a dictar medidas cautelares de acuerdo a lo establecido en el Código de Procedimiento Civil o las que consideren necesarias para cada caso. Para la ejecución de estas medidas cautelares, los árbitros, si las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, pueden solicitar el auxilio de funcionarios públicos. Si no se establece nada en el convenio acerca de la ejecución de medidas cautelares, las partes las pueden solicitar al juez ordinario³.

2

SITUACIÓN DEL INSTITUTO DE LA MEDIACIÓN:

Este instituto se halla regulado por la Ley de Arbitraje y Mediación, la que lo llama indistintamente “mediación” o “*conciliación*”, por lo que en el Ecuador estas dos figuras jurídicas son una sola.

Según la ley de la materia, la mediación puede ser bien *extraproceso*, esto es, antes de iniciar un proceso arbitral, o *intraproceso*, que debe tener lugar dentro del proceso arbitral luego de citada y contestada la demanda.

La mediación puede solicitarse a centros de mediación o a mediadores autorizados. Se pueden someter a ella personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, capaces de transigir.

Para que tenga lugar la mediación debe preceder petición escrita, y se la puede solicitar incluso sin que exista celebrado entre las partes un convenio de mediación o un convenio arbitral. En este caso (mediación sin convenio previo), tendrá lugar únicamente si el requerido asiste voluntariamente a la mediación para la que fue convocado; pero, si dentro de esta mediación, las partes llegan a un acuerdo que solucione la controversia mediante la suscripción de la respectiva acta transaccional, esa acta adquiere el valor de sentencia ejecutoriada y se ejecuta igual que el laudo o que cualquier sentencia de cualquier juez ordinario.

³ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 9

Entonces, la mediación podrá proceder:

- a) Cuando exista convenio escrito entre las partes;
- b) A solicitud de una de las partes; y,
- c) Cuando el juez ordinario así lo disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte.

La mediación concluye siempre con un acta que, en todo caso, debe llevar la firma del mediador designado bien por las partes o por el Director del Centro de Mediación al que se haya acudido con la solicitud, y de una de cuatro formas:

- Acta de imposibilidad de mediación. Cuando al menos una de las partes no acude a la audiencia de mediación;
- Acta de imposibilidad de acuerdo. Cuando las partes no se avienen;
- Acta de acuerdo parcial. Las partes solucionan parte de su controversia, y la mantienen en otra parte; y,
- Acta de acuerdo total. En este caso termina la controversia.

3

SITUACIÓN DEL INSTITUTO DE LA CONCILIACIÓN:

En métodos alternos de solución de controversias, acaba de quedar dicho, *CONCILIACIÓN* es sinónimo de *MEDIACIÓN*, y por ende, nada más añadiremos a lo inmediatamente antes expresado.

Pero si hablamos de *CONCILIACIÓN* dentro del sistema ordinario de justicia, entonces, estamos hablando de otra cosa. Estamos hablando de un sistema contemplado en el derecho procesal ecuatoriano como una instancia que obligatoriamente debe ser cumplida en todo proceso.

En efecto, sin importar la clase o naturaleza de juicio que sea (con excepción de los juicios tributarios (fiscales) o contencioso-administrativos, y bien se trate de asuntos civiles, comerciales, laborales, de inquilinato, etc., e incluso penales en acción penal privada, debe tener lugar una junta o audiencia (así se la llama en el caso del juicio verbal sumario) de conciliación, a la que deben asistir las partes so pena de ser tenidas por temerarias y maliciosas con los efectos que esto tiene en la condena en costas, y en esta junta (o audiencia) el juez debe buscar el avenimiento o conciliación de las partes.

En la práctica se trata de una diligencia o trámite más que debe cumplirse para poder llevar al proceso al estado de dictar sentencia, pues solamente en muy contados y excepcionales casos los litigios o controversias judicializados se resuelven mediante esta conciliación. Mas, si se llega a conciliar, el juez debe poner fin al litigio mediante sentencia que apruebe el convenio.

4

SITUACIÓN DEL INSTITUTO DEL ARBITRAJE NACIONAL O DOMÉSTICO.

Ecuador cuenta con un ordenamiento jurídico bastante moderno para regular al arbitraje tanto nacional o doméstico, como al arbitraje internacional. En efecto, el 4 de septiembre de 1997 entró en vigencia la nueva Ley de Arbitraje y Mediación al promulgarse, inspirada en un alto porcentaje en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Esta ley, a su vez, derogó la Ley de Arbitraje Comercial, que estuvo vigente desde octubre 23 de 1963, pero que tuvo tan escasa trascendencia e importancia como que en sus aproximadamente 34 años de existencia casi no dio lugar a procesos arbitrales desarrollados bajo su amparo.

Derogó, también la Sección XXX del Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil, que regulaba el procedimiento arbitral con normas antiguas que en la práctica nunca, o casi nunca, permitieron que las controversias en materia arbitrable puedan solucionarse por esa vía.

La nueva ley ha permitido un rápido desarrollo y extensión no sólo del arbitraje, sino de todos los métodos alternos de resolución de controversias, y tanto, que en el país existen al momento legalmente reconocidos, 21 centros de arbitraje y mediación y otros dos centros solamente de arbitraje –no mediación–. De estos, sólo en la ciudad de Quito existen ya nueve centros de Arbitraje y Mediación además de otros muchos centros sólo de mediación y algunos otros solamente de mediación, que son:

➤ Centros de Arbitraje y Mediación

- Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito
- Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana-Americana
- Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción
- Centro de Arbitraje y Mediación de la Fundación Antonio Quevedo
- Centro Internacional de Arbitraje y Mediación (CIAM) de las Cámaras de Industrias y Comercio Ecuatoriano Británica y de Industriales de Pichincha
- Centro de Arbitraje de la Corporación de Estudios y Publicaciones
- Centro de Arbitraje y Mediación del Centro de Investigaciones Territoriales del Ecuador CITE Escuela Politécnica Nacional EPN
- Centro de Mediación y Arbitraje de la Asociación de Directores de

Personal del Ecuador

- Centro Especializado de Arbitraje en materia de seguros y afines, FITSE

➤ Centros de Mediación

- De la Función Judicial de Pichincha
- De la Procuraduría General del Estado
- De la Pontificia Universidad Católica del Ecuador
- Del Municipio Metropolitano de Quito
- Del Colegio de Abogados de Pichincha
- De la Defensoría del Pueblo
- De la Superintendencia de Compañías

En la ciudad de Guayaquil existen al momento, además de varios centros de mediación o conciliación, los siguientes cinco centros de arbitraje:

- Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil
- Centro de Mediación y Arbitraje de la Fundación “Nueva Justicia”
- Centro de Mediación y Arbitraje de Sociedad Regional de Ingenieros del Litoral
- Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara Ecuatoriana-Popular China
- Centro de Arbitraje de los niños, niñas, adolescentes, la familia y la comunidad

Además, existen también centros arbitrales en Cuenca (Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay), en Manta (Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Manta), Ambato (Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Ambato, de la Cámara de Industrias de Tungurahua y de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ambato), en Portoviejo (Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Portoviejo), en Machala (Centro de Arbitraje y Mediación de la Fundación Nubeth), en Esmeraldas (2 centros: Centro de Mediación y Arbitraje de la Corporación de Derechos Sociales “CORDESO” de Esmeraldas; y, Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Esmeraldas), en Tulcán (Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Tulcán) y en Quevedo (Centro de Mediación y Arbitraje de la Corporación Ecuatoriana de Vigilancia y Defensa Permanente de los Derechos Humanos). Todos estos centros se encuentran registrados en la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador, como lo prevé la Ley de Arbitraje y Mediación.

Existen también en el Ecuador, al momento, organizados y en funcionamiento, más de noventa centros de mediación, que incluyen mediación comunitaria.

Ha sido tan importante el desarrollo del arbitraje en el Ecuador en esta última década, que, por ejemplo, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de

Comercio de Quito viene manejando un promedio de más de 70 arbitrajes por año, y bastantes más mediaciones. Algo parecido ocurre con otros centros, como el de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, que maneja un promedio de 60 arbitrajes, o el de la Cámara Ecuatoriana-Americana, que administra un promedio de 16 casos por año.

Pero además de todos estos arbitrajes administrados, también tienen lugar, con relativa frecuencia, arbitrajes independientes o ad-hoc, respecto de los cuales es difícil mantener estadísticas.

En todo caso, lo que podemos destacar de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación son peculiaridades que no se encuentran en otras leyes modernas sobre esta misma materia, por ejemplo:

- Que a falta de acuerdo expreso entre las partes, los árbitros deben decidir en equidad. Nuestra ley adopta, entonces, la solución contraria a casi todas las demás leyes modernas y a todos los reglamentos de arbitraje, e incluso se aparta de la solución de la Ley Modelo de la CNUDMI, que por el contrario, prevé que todo arbitraje es en derecho salvo que las partes expresamente acuerden que se lo resuelva en equidad. Se adoptó esta posición, para mantener el sentido de la antigua Ley de Arbitraje Comercial, según la cual, los árbitros sólo podían decidir en equidad, y evitar que el cambio de sistema sea muy brusco. Obviamente, no compartimos esa posición, que nos parece muy simplista e infundada, sobre todo porque con la anterior ley el arbitraje pasó desapercibido. Estaba escrito, pero no se lo usaba.
- Que el Código de Procedimiento Civil es norma supletoria, pero sólo en arbitrajes en derecho. En nuestra opinión, otro error, y grave. El arbitraje es procedimiento, no es ley sustantiva. Arbitraje en derecho significa que los árbitros, al resolver, no pueden aplicar la equidad ni fallar “*a verdam sabida buena fe guardada*”, sino que, como cualquier juez ordinario, tienen que aplicar el derecho sustantivo al caso que juzgan, incluso cuando la ley va en contra de la justicia o la equidad “*Lex, dura lex, sed lex*”.
- Que el Tribunal debe resolver sobre su competencia en la primera audiencia, que en nuestra ley se llama “*Audiencia de Sustanciación*”. Se aparta, así, del sistema de la Ley Modelo, que prevé que si se ha presentado la excepción de su incompetencia, el tribunal arbitral la puede resolver como cuestión previa en un laudo sobre el fondo (Art. 16 Nos. 2 y 3 de la Ley Modelo). Este sistema, por rígido, puede dar lugar a que a los árbitros se les acuse de prevaricato, pues deben pronunciarse sobre su competencia *in limine litis*.
- Se pueden someter a arbitraje no sólo lo relacionado con materia comercial, como es lo internacionalmente aceptado. En el Ecuador, la ley permite someter a arbitraje cualquier controversia susceptible de transacción. Así, según la Constitución Política vigente (agosto de 2008), cabe la transacción en materia laboral; por consiguiente, en los contratos individuales de trabajo se puede convenir arbitraje para solucionar las controversias que se

puedan suscitar entre las partes, y esa controversia sería, entonces, materia arbitrable. En otras palabras, puede someterse a arbitraje cualquier controversia civil, comercial, laboral, etc., incluso las indemnizaciones civiles provenientes de infracción tipificadas como delitos por la ley penal, mientras se trate de un asunto en el cual las partes puedan transigir. Quedan fuera del arbitraje, por tanto, aquellos asuntos respecto de los cuales no cabe transacción, como son todos los que tienen que ver con la potestad pública, con el estado civil, etc.

A.- Institutos más eficientes en la legislación civil de los distintos países. Ej.: Acción Pauliana.

En verdad resulta muy difícil afrontar en pocas palabras este tema propuesto, en razón de que esto de la *eficiencia* de un instituto civil está necesariamente en relación con las necesidades de quien requiere acudir a un instituto determinada para determinados fines. Por ejemplo, si alguien requiere de asistencia judicial para precaver un problema de menores o respecto de menores, como puede ser obtener una pensión para atender su congrua alimentación, no será la acción pauliana ni ninguna otra similar la que acuda en su auxilio; en cambio, podrá ser la institución de la fijación provisional de pensiones la que solucione el problema. Si el problema es que un extranjero se apresta a abandonar el país para evadir el cumplimiento de una obligación, la institución eficiente para evitarlo será la que en el Ecuador se conoce como **arraigo**, esto es, la prohibición de ausentarse. Vemos, entonces, que la eficiencia de un instituto de derecho está en directa y estrecha relación con la necesidad que se debe atender, lo que no permite hablar en términos generales de la eficiencia de un instituto *per sé*.

Como en el tema propuesta se plantea como ejemplo de eficiencia la acción pauliana, debemos decir que si, que puede ser eficiente para lograr su propósito en el caso de que se requiera emplearla para evitar que el fraude del deudor perjudique al acreedor, y que dentro de esta necesidad es que es eficiente. En todo caso y refiriéndonos a esta acción, debemos decir que entendemos por **Acción Pauliana** *“La reconocida a todo deudor quirografario, y también a los privilegiados en lo que carezca de garantía real, para demandar la revocación de los actos realizados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos crediticios. Esto les permite, después de haber perseguido los bienes que se hallen en poder del deudor, para hacerse pago de cuanto se les deba, ejercitar todos los derechos y acciones con el mismo fin, exceptuando aquellos inherentes a la persona del obligado”*, como la define Guillermo Cabanellas (Diccionario Enciclopédico de Derecho usual, Tomo I A-B, décima segunda edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, República Argentina, página 84); o como más abreviadamente la conceptúa el “Diccionario Jurídico Anbar” (Volumen I, A-B, primera edición, Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca, Ecuador, 1997, página 81), que citando al autor Manuel Sánchez Z en su obra “Repertorio de Práctica Forense del Abogado, p. 107, dice que es *“la que compete a los acreedores para*

pedir la revocación de todos los actos dolosos o fraudulentos realizados por el deudor en perjuicio de sus derechos”.

Esta acción (que en doctrina se la conoce como Pauliana tomando el nombre del Pretor Paulo) se encuentra establecida realmente en los artículos 2369 y 2370 del Código Civil, pero parte del precepto del Art. 2367 del mismo Código, por lo que para conocer como se halla legislada en el Ecuador, pasamos a transcribirlos de inmediato:

“Art. 2367.- Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el Art. 1634”.

“Art. 2369.- Son nulos todos los actos ejecutados por el deudor relativamente a los bienes de que ha hecho cesión, o de que se ha abierto concurso a los acreedores”.

“Art. 2370.- En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes:

1. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas, anticresis o constitución de patrimonio familiar, que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero;

2. Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores;

3. Las acciones concedidas en este artículo a los acreedores expiran en un año, contado desde la fecha del acto o contrato”.

La acción pauliana es, entonces, según el Código Civil ecuatoriano, la que tiene el acreedor personal para que se rescindan los contratos onerosos que el deudor haya otorgado en perjuicio de tal acreedor, siempre que hubiere mala fe tanto en el otorgante (deudor) como en el adquirente del derecho transferido, por conocer el mal estado de los negocios del otorgante o deudor.

Esta acción tuvo amplia acogida y aplicación hasta que se promulgó la nueva Ley Para el Juzgamiento de la Colusión, que contempla un trámite mucho más abreviado que el del juicio ordinario, y que autoriza al juzgador (la Corte Superior de Justicia, en lugar del juez ordinario) para que, de encontrar fundada la demanda, dicte *«las medidas para que quede sin efecto el procedimiento colusorio, anulando el o los actos, contrato o contratos que estuvieren afectados por el, según el caso, y se reparen los daños y perjuicios ocasionados, restituyéndose al perjudicado la posesión o tenencia de los bienes de que se trate, o el goce del derecho respectivo, y, de manera general, reponiendo las cosas al estado anterior de la colusión. Además impondrá a los responsables de la colusión la pena de un mes a un año de prisión».*

Entonces, como este juicio colusorio es mucho más rápido que el ordinario que debe seguirse para intentar la acción pauliana, y como además, autoriza al juzgador a tomar las medidas que estime necesarias para que quede sin efecto el procedimiento colusorio y reponer las cosas al estado anterior al de la colusión; y como también a través de esta acción colusoria se puede sancionar incluso a jueces y abogados que hayan intervenido en la colusión; y, por último, como además de los efectos civiles anotados tiene también el efecto penal de sancionar con prisión de hasta un año a los responsables de la colusión, ya prácticamente nadie plantea acción pauliana, pues es mucho más eficiente y de mejor efecto plantear acción colusoria.

Entonces y en conclusión, la ACCIÓN PAULIANA en el Ecuador ya no es eficiente para el fin que persigue, pues en la práctica ha sido reemplazada con innegables ventajas de eficiencia y practicidad por la ACCIÓN COLUSORIA, como ha quedado explicado.

B.- Institutos más deficientes y obsoletos de la legislación civil de los distintos países.

En igual sentido de lo expresado respecto de la eficiencia de determinados institutos civiles, debemos manifestarnos al tratar de la deficiencia, vetustez u obsolescencia de otros determinados institutos del mismo derecho civil, esto es, que una institución determinada puede ser inútil o deficiente para un propósito, y muy útil y eficiente para otro u otros. Entonces, siempre será riesgoso calificar de deficiente *in abstracto* a una institución, pues su eficiencia o no debe medírsele respecto de lo que de ella se requiera en determinadas situaciones.

Sin embargo, porque lo exige el tema planteado, con una buena dosis de audacia podemos señalar que en efecto existe, en la legislación civil ecuatoriana relacionada con la organización del sistema de resolución de conflictos, algún instituto vetusto que por tal se ha vuelto obsoleto e ineficiente.

Así, por ejemplo, nos aventuramos a decir que el instituto de la declaración de testigos como está previsto y regulado por el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, es un claro ejemplo de vetustez y obsolescencia que lo convierten en ineficiente total.

Este instituto, que en los países del *Common Law* es crucial y verdaderamente eficiente para establecer la verdad de los hechos a los que se circunscribe o contrae un determinado litigio, fundamentalmente en la realidad procesal ecuatoriana es una de los medios de prueba más desprestigiados y venidos a menos.

Y es que siendo el procedimiento de la declaración de testigos eminentemente escrita y anticipadas las preguntas, las respuestas se las preparan, trabajan,

fabrican, crean, no precisamente para hacer resplandecer la verdad, sino para lo contrario, para ocultar hechos, desvirtuar derechos y evitar responsabilidades o eludirlas.

Por el contrario, si las declaraciones testimoniales fueran orales; si se pudiere examinar a los testigos oralmente y exigir de ellos respuestas inmediatas y también orales; si cada una de las partes pudiera examinar directamente a los testigos en presencia de la otra parte y del juez; si el juez condujera el examen de testigos él mismo directamente y para obtener la verdad, formulando las preguntas que tenga a bien o estime convenientes o necesarias para el esclarecimiento de los hechos, en lugar de guardar apenas una actitud pasiva en tan importante prueba; si se sancionare en forma debida la falsa declaración y el perjurio; en fin, si el procedimiento de la recepción de las declaraciones fuera de alguna manera similar al que se emplea en los países del *Common Law*, otra sería la sensación y el resultado de este instituto del derecho procesal civil, que en el Ecuador está cada vez más desprestigiado por haberse convertido en un medio de prueba muy ineficiente.

Es tan ineficiente que, por ejemplo, la Constitución Política (vigente) reconoce como una de las garantías del debido proceso, que los testigos **estàn obligados** a comparecer ante el juez y a responder al interrogatorio respectivo; sin embargo, como según nuestra norma procesal la declaración de testigos es válida únicamente cuando se la ha receptado dentro del término de prueba (término que en la mayoría de los casos es, para estos efectos, sumamente corto), y hay testigos que por compromiso, por conflicto de intereses, por falta de imparcialidad o por temor o favor respecto de la contraparte del pleito judicial, resuelven no comparecer a rendir su declaración el momento procesal en que se les ha ordenado que lo hagan, se quedan sin rendir su declaración testimonial poniendo en muchos casos a la parte que ha pedido su testimonio en una franca situación de indefensión. Y por supuesto que este sistema absurdo esto es ineficiente a más de inmoral, y que lo es por vetusto, por obsoleto, y que requiere de su urgente transformación para que consista en una de las más importantes pruebas, como sucede con los procesos judiciales en los Estados modernos.

Y así como éste, podríamos encontrar otros varios institutos del proceso civil que son, unos más que otros, ineficientes por vetustos y obsoletos, pero sería materia de una ponencia o trabajo más detenido y exclusivo sobre este interesante tema.

