

# Sobre la ilicitud del objeto en el caso del artículo 1487 del Código civil

Comentario a la sentencia 322-2007 de 17 de octubre,  
de la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la  
Corte Suprema de Justicia  
(R.O. N° 624 de 1 de julio de 2009)

Resumen: Aparece de manifiesto que la sentencia de casación la 17 de octubre de 2007 de Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema, incurrió en un severo error en el empleo de los precedentes jurisprudenciales y, más grave aún, en la aplicación de la ley.

Luis S. Parraguez Ruiz

## I. Los hechos

I.1. La demandante LAMIFORMI CIA. LTDA contrató con la compañía MAERSK DEL ECUADOR C.A. el transporte de cuatro contenedores de 960 cajas de banano orgánico cada uno, con un total de 3.840 cajas de fruta, con valor unitario de \$ 11,50 y total de \$ 44.160,00, desde la ciudad de Guayaquil hasta la ciudad de Los Angeles, Estado de California, Estados Unidos de América, donde debían entregarse al consignatario Coast Citrus Distributors, DBA San Francisco Banana 1120 Pier F Long Beach, California USA 90802. Este contrato se justificó con los conocimientos de embarque MAEUGUQ 31854, MAEUGUQ 031996 y MAEUGUQ 0321116, de fechas 20 de septiembre, 27 de septiembre y 4 de octubre de 2002, respectivamente.

I.2. Transportada la carga en los buques Maersk La Guaira 0272, Maersk La Guaira 0274 Y Maersk La Guaira 0276, los contenedores fueron descargados en el Puerto Balboa de la República de Panamá para transbordar la mercadería, lo que se hizo en un tiempo prolongado, motivo por el cual el banano, un bien perecible, llegó en pésimas condiciones de comercialización y consumo a la ciudad de Los Angeles, por lo que, a juicio de la actora, se contravino el art. 205 del Código de Comercio.

I.3. Con estos antecedentes LAMIFORMI CIA. LTDA. demandó a MAERSK DEL ECUADOR C.A. en juicio verbal sumario, para el pago de US\$ 50.160,00, cantidad que resulta del valor de la mercadería deteriorada (US\$ 44.160,00) más 6,000 por gastos de inspecciones y transporte para botar la fruta; más intereses y costas procesales.

I.4. La demandada opuso, entre otras, la excepción de incompetencia, que es la que interesa para el presente comentario, fundada en la circunstancia de que en el conocimiento de embarque las partes se sometieron a la ley y jurisdicción inglesas.

## II. Los fallos de instancia

II.1. Con fecha 19 de mayo de 2005 el Juez Vigésimo Cuarto de Guayaquil dictó sentencia en la que aceptó la demanda y condenó a la demandada MAERSK DEL ECUADOR C.A. al pago de los valores presentados en la demanda, más los intereses y las costas. En el Considerando SEGUNDO del fallo, el juez de la instancia hace constar que la traducción de los conocimientos de embarque no reúne el requisito de autenticación en la forma precisa exigida por los artículos 24 de la Ley de Modernización del Estado y 18.3 de la Ley Notarial. Sin embargo, es preciso observar desde ya que la motivación en este sentido queda incompleta porque el juzgador no deriva de su constatación una consecuencia clara, dejando en el plano especulativo la posibilidad de colegir que, por esa falta de autenticación, no se pronunció sobre la excepción de incompetencia.

II.2. Subida la causa por apelación de la demandada, a la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, esta dictó sentencia el 14 de diciembre de 2005, en la que confirmó el fallo de primera instancia. El Considerando PRIMERO *in fine* de la sentencia de alzada dejó sentado que por haberse celebrado entre las partes el contrato de adhesión de autos, en la ciudad de Guayaquil, son competentes los jueces ecuatorianos de acuerdo con lo establecido por el artículo 14 de la Constitución Política.

II.3. La demandada MAERSK DEL ECUADOR C.A. interpuso recurso de casación acusando a la sentencia de segunda instancia de infracción de los arts. 14, 23, numeral 27, y 24, numerales 10, 11 y 17 de la Constitución Política del Estado, 344, 346, ordinales 1ª, 2ª, y 3ª, y 349 del Código de Procedimiento Civil; 1505 del Código Civil; y 831 del Código de Comercio, y fundamentó el recurso en las causales 1ª y 2ª de casación.

### III. La sentencia de casación

III.1. La Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia rechazó el recurso de casación interpuesto, desestimando las distintas acusaciones en que se fundamentó.

III.2. Mención especial, por tratarse del tópico que interesa al presente Comentario, merece la segunda parte del CONSIDERANDO QUINTO del fallo en examen, en el que la Sala examinó la acusación de la casacionista de haberse infringido los arts. 344, 346 y 349 del Código de Procedimiento civil, porque, a su juicio, los juzgadores de instancia carecían de competencia desde que las partes se sometieron a la jurisdicción inglesa. El fallo de casación resume en los siguientes términos la pretensión de incompetencia planteada por la recurrente:

“La alegación de que por la cláusula 27 de los conocimientos de embarque las partes se han sometido a la jurisdicción extranjera para los efectos del transporte contratado, que de la traducción presentada al proceso se lee: “...este contrato estará regido por las leyes de los Estados Unidos y la Corte Federal de los Estados Unidos del Distrito Sur de Nueva York tendrá jurisdicción exclusiva para conocer de todas las disputas que surjan bajo el presente Conocimiento de embarque, incluyendo cualquier disputa sobre el flete u otras sumas pagaderas al Transportista por el transporte a o desde los Estados Unidos. En cualquier otro caso, este Conocimiento de Embarque está sujeto a la legislación y jurisdicción inglesas.”

La Sala estimó que la estipulación transcrita “...es ineficaz y carece de valor por contravenir al Art. 1.478 (ex 1505) del Código Civil que dispone que “Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho Público Ecuatoriano”; e invocó en apoyo a su tesis las sentencias de 10.06.69 (GJS. XI, N° 8, p. 1064), 26.04.76 (GJS. XII, N° 11, p. 2253) y 13.09.76 (GJS. XII, N° 13, pp. 2905-2097). De esta última, reprodujo el siguiente pasaje: “...tal estipulación por referirse a la competencia de jurisdicción que está regulada por leyes adjetivas y tiene que ver con el poder de administrar justicia siendo por tanto de derecho público no puede surtir efecto alguno cualquier enuncia o acuerdo que atente contra tal competencia, como el que se menciona por contravenir al derecho público ecuatoriano.”

III.3. El fallo de casación da la razón a la sentencia atacada en cuanto afirma la competencia de los jueces ecuatorianos por haberse celebrado el contrato en la ciudad de Guayaquil y concluye que la naturaleza y alcance del artículo 1.478 (ex 1505) del Código Civil no ha cambiado por la circunstancia de que “...al publicarse la Ley de

Arbitraje y Mediación (R.O. 145 de 4 de septiembre de 1997) se haya derogado la frase final “Así la promesa de someterse en Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas, es nula por vicio del objeto...” que anteriormente contenía.” Con esos antecedentes y motivación, la Sala desestimó el recurso.

#### IV. La ilicitud del objeto como marco de la lesión al derecho público nacional prevista en el artículo 1478.

IV.1. El concepto de objeto contractual. No es fácil la tarea de precisar la noción de ilicitud del objeto contractual por la sencilla razón de que existe una reconocida dificultad de partida, en la propia definición de *objeto*, tema que al decir de DIEZ-PICAZO ha sido poco debatido y “es por demás oscuro y complejo. Obedece esta complejidad acaso al sentido de la palabra “objeto”, que no sólo es multívoca, sino que es, además, un concepto no jurídico aplicado a realidades y esquemas jurídicos.”<sup>1</sup>

a) Al observar la disciplina un tanto errática que ha empleado nuestro Código civil en este capítulo, puede comprobarse que su primera aproximación a la idea de *objeto* apunta a una asimilación con la *cosa* materia del negocio jurídico, que es una de las explicaciones más elementales y populares de las que se han formulado por la doctrina. Así, los artículos 1476 y 1477 declaran que pueden ser objeto de una declaración de voluntad (léase *acto* o *negocio jurídico*), una o más *cosas*, presentes o futuras, que se trata de dar, hacer o no hacer. Comparto la opinión de DIEZ-PICAZO cuando imputa a esta visión el defecto de ser “la más simplista y la más carente de prejuicios conceptuales,”<sup>2</sup> pues si fuera correcta la articulación *objeto-cosa*, resultaría un verdadero despropósito del legislador hablar luego de objeto *ilícito* porque las cosas, consideradas en sí mismas, no pueden calificarse como lícitas o ilícitas.

b) Se ha dicho también, por otro sector de la doctrina, que el objeto del contrato es la *prestación* o conducta que se imponen las partes o una de ellas, de dar, hacer o no hacer algo. LASARTE expone esta tesis como la posición generalizada de la doctrina española.<sup>3</sup> Parecería que el artículo 1476 de nuestro Código civil está a medio camino de esta tesis, porque a pesar de su inicial referencia a las *cosas*, las asocia de inmediato a la conducta *de dar, hacer o no hacer*, es decir, a la prestación. Esta nueva explicación doctrinaria, si bien representa un avance con respecto de la anterior, tampoco satisface, porque en rigor la prestación no es el objeto del contrato, sino *de*

1 Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Tomo I, 6ª. edición. Ed. Thomson-Civitas, Pamplona 2007, p. 229. Su crítica se extiende al hecho de que las normas citadas hablan del uso o tenencia de una cosa como objeto, siendo que “el uso y la posesión no tienen ni pueden tener valor de objeto.” Comparto la crítica sólo en el sentido de que el uso y la tenencia no pueden ser objetos del negocio, sin perjuicio de que, en nuestro sistema civil, uno y otra son cosas y pueden ser objeto de una prestación.

2 Ibidem.

3 CARLOS LASARTE: Contratos. Principios de Derecho civil III. 12ª edición. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 30.

la obligación que nace de él. Es lo que dice MESSINEO, refiriéndose al Código civil italiano: “habiendo constatado, pues, que el objeto de que hablan los arts. 1346-1349 es la prestación y hechas todas las reservas acerca de la propiedad de la terminología de la ley, debe enseguida observarse que la prestación es un concepto que atañe a la materia de la obligación y no a la del contrato, porque la prestación propiamente es el contenido de la obligación.”<sup>4</sup>

c) Por ello, la mejor doctrina sostiene que el objeto del contrato es la obligación,<sup>5</sup> a partir de lo cual puede desplegarse una cadena objetiva que muestra a la obligación como objeto del contrato, a la prestación como objeto de la obligación y a las cosas como objetos de las prestaciones, que es, con leves variaciones en cuanto la extensión de la cadena, la doctrina del fallo de 28 de julio de 2003 de la CORTE SUPREMA, que se refirió detenidamente a la “diferencia conceptual entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación.”<sup>6</sup> En Argentina, ALTERINI lo plantea haciendo una distinción que parece razonable: el objeto inmediato del contrato consiste en la obligación generada, en tanto que su objeto mediato “es el objeto de la obligación, vale decir, la cosa o el hecho, positivo o negativo, que constituye el interés del acreedor.”<sup>7</sup>

4 FRANCESCO MESSINEO: Doctrina general del contrato, Tomo I. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1986, p. 149.

5 JOSÉ CASTÁN TOBENAS, Derecho civil español, común y foral, Tomo III, Ed. Reus, Madrid, 2008, pp. 662-663. DIEZ-PICAZO critica esta doctrina imputándole como grave defecto inicial una confusión entre el objeto del contrato y el objeto de la relación obligatoria. “Cabría por lo menos objetarle –dice el catedrático español– que el contrato es un fenómeno jurídico con aplicación a todo el campo del derecho patrimonial, y no exclusivamente al campo de las relaciones obligatorias; que puede tenerse contrato y en cambio no existir obligación...” Ello es discutible incluso en el sistema civil español donde el contrato, como sucede en nuestro derecho, está definido como una convención generadora de obligaciones (art. 1254 C.civil: El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio).

6 Primera Sala de lo Civil y Mercantil (R.O. 190 de 15.10.2003): “...Ahora bien, existe una diferencia conceptual entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación. El objeto del contrato es la relación jurídica tutelada por el ordenamiento legal que los contratantes se proponen establecer mediante un negocio jurídico concreto y determinado. En el contrato de compra-venta, el objeto es dar nacimiento a determinadas obligaciones a cargo de los dos contratantes, o sea el deber jurídicamente exigible de dar una cosa, de parte del vendedor, y el deber jurídicamente exigible de pagar un precio en dinero, de parte del comprador; en este punto, cabe una precisión: uno de los problemas más graves en la doctrina es justamente el de establecer la verdadera naturaleza de la figura que se está describiendo; una gran parte de aquella, estima que ésta es tutelada por el ordenamiento jurídico que las partes se proponen alcanzar mediante su negocio, que es igual, uniforme y con idéntica función económica y jurídica, es la causa real y lícita. En todo caso, sea que se le considere como el objeto del negocio jurídico o como la causa del contrato, la opinión coincidente es que existe y que ha de reunir determinados requisitos para su validez y eficacia. A su vez, el objeto concreto de estas obligaciones correspondientes o recíprocas del vendedor y del comprador, será un bien específico y determinado, con existencia real presente o futura y que se halle dentro del comercio, o sea la cosa vendida, y una suma de dinero determinada que es el precio.”

7 ATELIO A. ALTERINI: Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general. 2ª reimpresión de la 1ª. Edición. Ed. Abeledo-Perrot, 2005, p. 216. Este criterio lo sustenta también CARLOS MORALES GUILLEN en sus excelentes comentarios al Código civil boliviano: “Si el contrato es un acuerdo para constituir, modificar o extinguir una relación jurídica, no es equivocado afirmar que el objeto del contrato es siempre la obligación. Por lo menos el objeto inmediato, que se reduce a una simple definición que abraza por completo la teoría de las obligaciones.” (Código civil, concordado y anotado, Tomo I, 4ª edición. Ed. Gisbert, La Paz, 1994, p. 679).

d) Miradas las cosas de esta manera, y puesto que las obligaciones son, además, los efectos de los contratos (artículo 1454 C. civil), el objeto contractual consiste finalmente en los propios efectos jurídicos típicos correspondientes a la naturaleza y disciplina legal de cada uno (fines jurídicos) que viabilizan, a su vez, la concreción de los fines prácticos que, en último término, buscan las partes. Es lo que sostienen, entre otros, ALESSANDRI y SOMARRIVA: “el objeto de un acto es el conjunto derechos y obligaciones que crea, modifica o extingue”,<sup>8</sup> y ha encontrado nicho positivo en *corpus* modernos como el CÓDIGO CIVIL DE PERÚ, para el cual *el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar a extinguir obligaciones* (artículo 1402).

Es inocultable que esta doctrina conduce a una colisión, o mejor aún, a un traslazo entre causa y objeto, pues ambos reclaman para sus configuraciones el mismo elemento (consecuencia jurídica del negocio) que tan bien responde a la pregunta *por qué* (causa-motivo: “contrato *porque* quiero producir tal o cual obligación”), como a la que se plantea *para qué* (objetivo-objeto: “contrato *para* producir tal o cual obligación). Siendo así, el planteamiento constituye una amenaza para la teoría de la causa y provoca la natural reacción de los causalistas que la sindicaron como un peligroso recurso de los anticausalistas.<sup>9</sup> Así es, en efecto, porque este es un claro supuesto de inutilidad de la causa, dicho lo cual y puesto en la necesidad de escoger, me quedo con el objeto, por consideraciones cuyo desarrollo demandarían otro trabajo y que, por ahora, dada la naturaleza del presente, me limito a resumir en la afirmación de que, a la hora de examinar la licitud del negocio, más interesa al derecho verificar que es *lo que persigo* cuando me decido a celebrarlo, que *el motivo* que me impulsó a hacerlo.

IV.2. ¿Objeto o negocio ilícito? Pero las dificultades no terminan allí. La cuestión del objeto plantea un nuevo problema que consiste ahora en dilucidar si realmente el *objeto* del negocio puede ser sometido a un escrutinio de ilicitud o ilicitud, como lo plantea el artículo 1461.3. En general la doctrina moderna ha dejado de lado esta idea, para proponer que el juicio de licitud debe recaer propiamente *sobre el negocio*, criterio que, en principio, me parece acertado desde un punto de vista técnico y, a la vez, práctico. Al respecto, el autor español JOSÉ L. DE LOS MOZOS nos dice que “... la licitud o ilicitud no ha de establecerse con referencia a los elementos particulares del negocio, sino en relación con el negocio mismo. Lo que explica que la más autorizada doctrina haya tratado con preferencia de la figura del negocio ilícito

8 Op. cit., Tomo I, p. 359.

9 Es el caso del jurista argentino EDUARDO ZANNONI, que advierte contra el riesgo del “típico anticausalismo que halla la noción del fin del negocio en su objeto, y alude, entonces a objeto-fin” (Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos, 2ª. reimpresión. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, p. 98), que es precisamente la noción de objeto o que planteo en el texto.

en su conjunto más que separadamente del negocio con causa u objeto ilícito.”<sup>10</sup> Ocurre, sin embargo, que, salvo excepciones legales expresamente previstas,<sup>11</sup> la calificación de la licitud o ilicitud del *conjunto del negocio* solamente es posible a partir del examen de su objeto y, más concretamente, de las prestaciones que el objeto contractual impone. Por ello debe afirmarse, finalmente, que el contrato es ilícito cuando sus prestaciones consisten en un hecho ilícito.<sup>12</sup>

Da la impresión que el legislador nacional intuyó algo de esto, porque, aunque no lo expresa exactamente así, en el artículo 1481 se refiere a la ilicitud de un negocio (el *pacto de de no pedir más en razón e una cuenta aprobada*) y otro tanto hace en los artículos 1480 y 1482 que aluden a la ilicitud de la *enajenación* (art. 1480) y a la del *juego, venta* y los *contratos prohibidos por las leyes* (art. 1482), a pesar de que en ambos preceptos se utilice, sin mayor trascendencia, la expresión “objeto ilícito”.

IV.3. Ilegalidad e ilicitud del objeto. Aceptado lo anterior, se plantea todavía una tercera cuestión en esta materia: ¿es lo mismo contrato *ilegal* que contrato *ilícito*? Repárese en el hecho de que el inciso final del artículo 1477 incluye entre los objetos moralmente imposibles, al prohibido por las leyes, referencia esta última que utiliza nuevamente el artículo 1482 *in fine*, para decir hay objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes; y que las restantes disposiciones relativas al objeto, utilizan la expresión objeto ilícito (artículos 1478, 1480 y 1482).

Pues bien, no cabe duda de que en estos casos estamos ante negocios *ilegales*, pues un contrato es ilegal cuando incumple un deber impuesto por el ordenamiento, o más precisamente, “cuando infringe “una concreta ley prohibitiva o imperativa.”<sup>13</sup> LACRUZ BERDEJO los distingue de los negocios *ilícitos* que serían aquellos en los que existe una “disconformidad del contenido del contrato con la moral social.”<sup>14</sup> No

10 El negocio jurídico (Estudios de derecho civil). Ed. Montecorvo, Madrid, 1987, pp. 86-87. En el mismo sentido, JOSÉ L. LACRUZ BERDEJO y otros: “...mas la licitud es una cualidad que excede del objeto para propagarse al contrato entero...” (Elementos de derecho Civil. T. II. Derecho de obligaciones, Vol. I, 4ª. edición. Ed. Dykinson, Madrid, 2007, p. 415). BARBERO, por su parte, sostiene que similares dificultades que advierte en la disciplina del Código italiano acerca del “objeto del contrato”, obedecen a que “todavía está enredado en la confusión entre “objeto” y “contenido” del negocio, y se refiere indistintamente a uno y otro. En corroboración de lo cual basta cotejar el art. 1347, en que se habla de “posibilidad del objeto” con referencias a la “prestación” (que es un acto del sujeto y, por tanto, constituye lo que decimos ser el “contenido del negocio”)...” (DOMÉNICO BARBERO: Sistema del derecho privado, Vol. I. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, p. 490).

11 Por ejemplo, la enajenación de cosas que no están en el comercio o de derechos y privilegios personalísimos, el pacto de no pedir más en razón e una cuenta aprobada, la compraventa de libros de circulación prohibida o los contratos prohibidos por la ley, todos ellos calificados como negocios ilícitos por los artículos 1480, 1481 y 1482 del Código civil.

12 ATILIO A. ALTERINI: op. cit., pp. 218-219.

13 LACRUZ BERDEJO. Obra citada, p. 442.

14 Ibidem.

parece que la distinción tenga mucha trascendencia porque los efectos de la ilegalidad y de la ilicitud, si se admite la diferencia propuesta, vienen a ser los mismos: la nulidad absoluta del negocio. No obstante, con el propósito de dejar zanjado este asunto en nuestro sistema civil, y aunque ello ofrezca un interés más teórico que práctico, parece necesario advertir que el artículo 1482 deja ver que entre legalidad e ilicitud, más que una oposición, existe una relación de género a especie donde el negocio ilícito es el género, que se evidencia en la frase *Hay asimismo objeto ilícito en...*; y el negocio ilegal (*contrato prohibido por las leyes*) es una de las tantas especies de negocios ilícitos allí descritos.

#### V. Sobre el concepto de *derecho público ecuatoriano*.

VI. Noción de Derecho público. Con las aclaraciones anteriores, estamos en condiciones de analizar esa versión particular de ilicitud del negocio jurídico prevista en el artículo 1478, que tiene sede en la contravención al derecho público ecuatoriano. La doctrina es pacífica en orden a definir el derecho público como “el conjunto de normas que rigen la organización y la actividad del Estado, y de los demás entes políticos menores (como el Municipio) o las relaciones entre los particulares y estos organismos políticos en cuanto actúan en su calidad de poder o político o soberano,” concepto propuesto por los profesores chilenos ALESSANDRI y SOMARRIVA<sup>15</sup> y que se lee en términos muy similares en la obra de los juristas colombianos GUILLERMO OSPINA y EDUARDO OSPINA.<sup>16</sup>

Es, por tanto, ilícito, el negocio que transgrede o contraviene esas normas fundamentales, tal como lo proclama, en tonalidad de norma general, el artículo 1478. Por su parte, como se ha adelantado en las líneas precedentes, los artículos 1479, 1480 y 1482, nos refieren hipótesis específicas en las que está presente esta ilicitud: pactos sobre sucesión futura (art. 1479), enajenación de *res extra comercio*, derechos personalísimos y cosas embargadas (art. 1480) y contratos prohibidos por las leyes (art. 1482).

15 ARTURO ALESSANDRI R. y MANUEL SOMARRIVA U.: *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Vol. I, Parte general (Redactado por Antonio Vodanovic H.), 3ª. edición. Ed. Nascimento, Santiago, 1961, p. 363.).

16 Teoría general del contrato y del negocio jurídico, 5a. edición. Ed. Temis, Bogotá, 2000, p. 240. Para PLANIOL y RIPERT son disposiciones de orden público, “en primer lugar, y necesariamente, todas las leyes de Derecho público, es decir, aquellas que reglamentan la organización y atribuciones de los diferentes poderes y de sus agentes, así como las obligaciones y derechos de los particulares en materia política, electoral, de impuestos, servicio militar, etc.” (Tratado elemental de Derecho civil. Tomo I, 2ª. edición. Cárdenas editor, Tijuana, 1991, p. 148



VI. La cláusula de sometimiento a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas.

VI.1. Hasta la dictación de la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997 (R.O. N° 145 de 4 de septiembre de 1979), la segunda parte del actual artículo 1478 (a la sazón artículo 1505), ponía como ejemplo de ilicitud por lesión al derecho público ecuatoriano, el pacto celebrado en el Ecuador sobre sometimiento a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas. En presencia de esa categórica norma, la doctrina y jurisprudencia ecuatorianas, así como las chilenas y colombianas,<sup>17</sup> se alineaban con la tesis de la nulidad absoluta de un pacto de esa naturaleza.

VI.2. Sin embargo, no estaba del todo claro el significado de la frase *jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas*, que, bien leída la norma, a mi juicio dejaba muy en claro dos cuestiones que no llamaron mucho la atención en nuestro medio:

a) Que la prohibición no aludía a jurisdicciones *extranjeras*, como solía pensarse por algunos comentaristas, entre ellos LUIS CLARO SOLAR,<sup>18</sup> sino simplemente a “jurisdicciones no reconocidas” y, puesto que se trataba de una norma prohibitiva, había que interpretarla restrictivamente, es decir, sin agregar ni quitar a la claridad de su texto. En un interesante estudio sobre “El régimen internacional de los contratos por correspondencia”, el profesor chileno FERNANDO ALBÓNICO VALENZUELA, explicó que “la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, no se refiere a los tribunales extranjeros, que no tienen por qué ser reconocidos por las leyes chilenas, sino a jurisdicciones privadas establecidas en Chile, distintas de los tribunales ordinarios o especiales consultados en el artículo 5 del Código Orgánico de tribunales...”<sup>19</sup>

b) Que, aun tratándose de jurisdicciones *extranjeras*, que era la lectura más frecuente que se hacía de la norma, la prohibición tampoco se refería al sometimiento a *toda* jurisdicción extranjera, sino únicamente a una jurisdicción *no reconocida* por las leyes ecuatorianas, siendo que la mayor parte de las jurisdicciones extranjeras son *reconocidas*, como no puede ser de otra

17 Recuérdese que los artículos 1462 del C. civil chileno y 1519 del colombiano tienen el mismo tenor que el artículo 1478 ecuatoriano.

18 CLARO SOLAR identificaba “jurisdicción no reconocida” con “jurisdicción extranjera”, como se aprecia en el siguiente texto: “...es contraria al orden público la estipulación con arreglo a la cual el promitente ha aceptado someterse en Chile a una jurisdicción extranjera o no reconocida por las leyes chilenas...” (Explicaciones de derecho civil chileno y comparado, Tomo Undécimo, edición facsímil. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1979, p. 289).

19 En Repertorio de legislación y jurisprudencia chilenas, Tomo V, 3ª edición. Ed. Jurídica de Chile, 1997, p. 89, nota al pie 2.

manera, por las leyes nacionales.<sup>20</sup> Este punto todavía se discute en la doctrina chilena y muchos autores sostienen la interpretación expuesta, que tiene el aval, además, del artículo 318 del Código de Bustamante.<sup>21</sup>

VI.3. Tanto es así, que se hizo necesaria una interpretación del entonces artículo 1505, actual 1478, que estuvo a cargo del D.S. 797-A de 27 de septiembre de 1976 (R.O. N° 193 de 15 de octubre de 1976), que le atribuyó el sentido de jurisdicción *extraña* y precisó su admisibilidad. En efecto, el Art. 1 del mencionado Decreto Supremo dispuso:

*Interprétase el Art, 1505 del Código Civil, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 153 de la Constitución Política, en el sentido de que el convenio de sujetarse a una jurisdicción extraña procede únicamente cuando los correspondientes contratos se celebren fuera del territorio nacional.*

VI.4. No fue muy feliz el texto interpretativo porque la expresión *jurisdicción extraña* es multívoca, ya que *extraño/ña* tiene más de una acepción en el lenguaje usual, aunque forzoso es admitir que la principal se refiere a la *nación distinta* (Diccionario de la R.A.E.), y en ese sentido debía entenderse la interpretación transcrita, es decir, jurisdicción de otra nación.

No obstante, LARREA HOLGUÍN, luego de hacer un análisis de los distintos cuerpos legales involucrados en la materia, sostenía la opinión de que no hay en nuestros códigos una norma que excluya o prohíba la sumisión voluntaria a la jurisdicción, por lo cual cabe aplicar las disposiciones del Código Sánchez de Bustamante, dentro del marco del artículo 1515 (actual 1478) del Código Civil<sup>22</sup> coincidiendo con la tesis de un sector de la doctrina chilena expuesta más arriba (*supra*. VI.2.b).

VI.5. Pues bien, es dentro de aquél entorno normativo, vigente hasta septiembre de 1997, que se dictaron, entre otras, las sentencias de 10 de junio de 1969 (GJS. XI, N° 8, p. 1064), 26 de abril de 1976 (GJS. XII, N° 11, p. 2253) y 13 de septiembre de 1976 (GJS. XII, N° 13, pp. 2905-2097) citadas en la motivación del fallo de casación que comento, resoluciones que, en efecto, proclamaban la nulidad del pacto

20 La mejor prueba de este reconocimiento de las jurisdicciones extranjeras por la ley ecuatoriana, es la posibilidad de ejecutar en el país las sentencias pronunciadas por esas jurisdicciones, en los términos del artículo 424 del anterior Código de procedimiento civil, vigente a la época de la prohibición que se comenta.

21 Puede verse al respecto VÍCTOR VIAL DEL RÍO, para quien es discutible esta lectura de la prohibición que se comenta (Teoría general del acto jurídico, 5ª. edición. Ed. Jurídica de Chile, 2003, pp 165-166).

22 JUAN LARREA HOLGUÍN: Manual de Derecho internacional privado, Corp. de Estudios y Publicaciones, Quito, s/ fecha, p. 309.

o cláusula de *sometimiento a jurisdicción no reconocida* y la consiguiente competencia de los jueces ecuatorianos, como una cuestión de derecho público nacional. En el mismo sentido se pronunciaba la jurisprudencia chilena, y sigue haciéndolo, pues continúa vigente, en la segunda parte del artículo 1462 del C. civil de Chile, la prohibición que nos ocupa.

VI.6. Pero ocurre que el 29 de junio de 2000, o sea, con posterioridad a la supresión de la prohibición a sometimiento a jurisdicción no reconocida del artículo 1478, la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la CORTE SUPREMA, basándose en el nuevo régimen legal y en la precitada opinión de LARREA HOLGUÍN (*supra* VI.4), dejó sentada, como era lógico, una nueva doctrina jurisprudencial, al resolver que los problemas interpretativos a que daba lugar el antigua versión del artículo 1505, actual 1478, fueron superados con la supresión de su última parte "...en virtud de la reforma contenida en la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el R.O. No. 145 de 4 de octubre de 1997. Actualmente, la limitación de sumisión jurisdiccional se mantiene únicamente para los contratos celebrados, dentro del territorio del Ecuador, por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, conforme preceptúa el Art. 14 de la Constitución Política de la República del Ecuador, que expresa: "Art. 14.- Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales"<sup>23</sup>

## VII. El error de la sentencia 322-2007 de la Tercera Sala

VII.1. De lo que se ha venido exponiendo aparece de manifiesto que la sentencia de casación la 17 de octubre de 2007 de Tercera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema, incurrió en un severo error en el empleo de los precedentes jurisprudenciales y, más grave aún, en la aplicación de la ley.

a) En cuanto a lo primero, la Tercera Sala invocó como argumento de motivación de su fallo, tres sentencias de la Corte Suprema que, a todas luces, eran inaplicables al caso, porque se pronunciaron sobre la prohibición de sometimiento a una jurisdicción extraña que contenía la parte final del inciso primero del artículo 1505, actual artículo 1478, en junio de 1969 y en abril y septiembre de 1976 (Considerando

<sup>23</sup> Juicio ordinario Teresa García Franco vs "Società italiana per condotte d'acqua Spa. R.O. N° 109 de 29 de junio de 2000.

QUINTO); es decir, en una época en que dicha prohibición estaba vigente, pues se derogó recién en septiembre de 1997. En cambio, resulta extraño que no haya tomado en cuenta la sentencia de la misma Corte de 29 de junio de 2000, a la que me he referido más arriba (*supra* IV.1.c), que estimó procedente el sometimiento a una jurisdicción extraña, fallo que, en cambio, era pertinente al caso, en razón de que se dictó con posterioridad a la supresión de la prohibición comentada.

b) Por otra parte, de modo por demás inexplicable, la sentencia de casación comentada concluyó que la circunstancia de haberse derogado en el artículo 1478 (ex 1505) la prohibición de sometimiento a una jurisdicción extraña, “no cambia la naturaleza y efectivo alcance” del precepto. Llama la atención el argumento porque pugna con normas elementales de hermenéutica legal y más rotundamente todavía, con la lógica jurídica.

En efecto, desconoce que toda ley tiene una finalidad o razón de ser -la *ratio legis*- y que el artículo 18.1 del Código civil llama su “espíritu”. La Tercera Sala del Máximo Tribunal de la República estaba obligada a sospechar siquiera que la derogatoria de la frase final del inciso primero del entonces artículo 1505, no era un puro capricho del legislador, que necesariamente debía responder a una *ratio* específica, a una lógica que permitía intuir el propósito de modificar la situación jurídica preexistente.

c) Pero no sólo es eso, que, por último, podría quedar disimulado entre los enredosos pliegues de la siempre polémica labor interpretativa. La cuestión es mucho más delicada porque lo que esta sentencia de casación nos pone a la vista no es en realidad un *casus* de errada interpretación del texto legal, sino, ni más ni menos, que de la aplicación a un caso particular de una norma legal derogada.<sup>24</sup> En buen romance, lo que proclamó la sentencia de marras es que “*como la derogación de la prohibición no cambia la naturaleza y efectivo alcance de la norma del artículo 1478, puedo continuar aplicando dicha prohibición.*” Un pronunciamiento de este tipo, sin entrar a analizar otras implicaciones jurídicas, de haberse producido bajo el imperio de la actual Constitución, habría constituido un caso ejemplar para la aplicación del artículo 437 de la Constitución.

---

<sup>24</sup> Téngase en cuenta, además, que los conocimientos de embarque materia de la litis fueron suscritos con posterioridad a la derogatoria (septiembre y octubre de 2002), de manera que no había argumento alguno para aplicar al caso la norma derogada.