

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por la Dra. María Isabel Nuques Martínez, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de Magíster en la Maestría en Derecho Procesal.

Guayaquil, a los 27 días del mes de agosto del 2013

DIRECTOR DE TESIS

Dr. Christian Humberto Viteri López

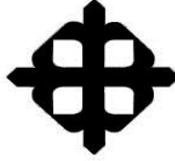
REVISORES:

Dr. Nicolás Rivera Herrera, Msc.

Dr. Carlos Salmon Alvear

DIRECTOR DEL PROGRAMA

Dr. Santiago Velázquez Velázquez



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

DECLARATORIA DE RESPONSABILIDAD

YO, MARÍA ISABEL NUQUES MARTÍNEZ

DECLARO QUE

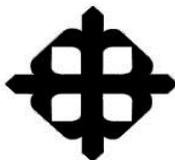
La Tesis “**CONVENIENCIA DEL EMPLEO DEL ARBITRAJE, COMO UN MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**”, previa a la obtención del Grado Académico de Magíster, ha sido desarrollada en base a un investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de la páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

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

Guayaquil, 27 de agosto del 2013.

LA AUTORA

DRA. MARÍA ISABEL NUQUES MARTÍNEZ



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO

Autorizo

YO, MARÍA ISABEL NUQUES MARTÍNEZ

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución de la Tesis “CONVENIENCIA DEL EMPLEO DEL ARBITRAJE, COMO UN MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 27 de agosto del 2013

LA AUTORA

DRA. MARÍA ISABEL NUQUES MARTÍNEZ

Agradecimientos

Quiero agradecer a Dios, a mi madre por apoyarme en todas las decisiones de mi vida; a mis hermanos Teresa, Lourdes y Alberto, por ser más que hermanos mis amigos.

***Quiero agradecer especialmente a Teresa por su invaluable ayuda
A Cristhian por ser mi amigo y compañero en la vida.***

Quiero agradecer a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

A mi tutor Christian Viteri López.

Al Director del Programa Dr. Santiago Velázquez Velázquez.

Dedicatoria

***A mi padre, por sus lecciones de vida, y por enseñarme a amar
y respetar el estudio.***

A María Teresa, porque sus esfuerzos y luchas inspiran mi vida.



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

SISTEMA DE POSGRADO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL
QUINTA PROMOCIÓN

TEMA:

**CONVENIENCIA DEL EMPLEO DEL ARBITRAJE, COMO UN MECANISMO
ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

Tutor:

Dr. Christian Humberto Viteri López

Elaborado por:

Dra. María Isabel Nuques Martínez

Guayaquil, Agosto del 2013

ÍNDICE

Contenido	Número de página
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I.....	6
EL PROBLEMA.....	6
1.1. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN.....	6
1.1.1. Antecedentes.....	6
1.1.2. Descripción del objeto de investigación.....	8
1.1.3. Consecuencias.....	9
1.2. PREGUNTAS DE LA INVESTIGACIÓN.....	9
1.2.1. Formulación del problema.....	10
1.3. VARIABLES E INDICADORES.....	10
1.4. JUSTIFICACIÓN.....	11
1.5. OBJETIVOS.....	13
1.5.1. Objetivos Generales.....	13
1.5.2. Objetivos Específicos.....	13
1.6. DELIMITACIÓN.....	13
<u>CAPÍTULO II</u>.....	15
MARCO TEÓRICO.....	15
2.1. Marco Teórico Conceptual.....	15
2.1.1. El Conflicto: Teoría del Conflicto y los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.....	15
2.1.1.1. Teoría del Conflicto.....	21
2.1.1.2. Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos	23
2.1.2. El Arbitraje.....	27

2.1.2.1. Origen y Evolución del arbitraje.....	27
2.1.2.2. Naturaleza Jurídica del arbitraje.....	33
2.1.2.2.1. Teoría Jurisdiccional.....	34
2.1.2.2.2. Teoría Contractualista o Contractual.....	36
2.1.2.2.3. Teoría Mixta.....	38
2.1.2.2.4. Teoría Autónoma.....	39
2.1.3. Principios que lo inspiran.....	41
2.1.3.1. Separabilidad de la Cláusula Arbitral.....	42
2.1.3.2. Kompetenz – Kompetenz / Competencia por Competencia.....	44
2.1.3.3. Proarbitraje.....	48
2.1.4. Definición de Arbitraje.....	49
2.1.5. Reconocimiento Constitucional y Legal del Arbitraje.- Revisión del texto de la Constitución, la del año 1998 y de la año 2008. Ley de Arbitraje y Mediación, Codificación del año 2006.....	54
2.1.6. Convenio Arbitral.....	62
2.1.7. Tipos de Arbitraje.....	94
2.1.7.1. Arbitraje en Equidad y Arbitraje en Derecho / Arbitraje Independiente y Arbitraje Administrado	94
2.1.8. Fases del Procedimiento según el tipo de arbitraje: Procedimiento ante Dirección de Centro de Arbitraje / Procedimiento ante Tribunal Distrital.....	101
2.2. Pregunta a contestar, variables e indicadores.....	122
CAPÍTULO III.....	125
METODOLOGIA.....	125
3.1. Modalidad de la Investigación.....	125

3.2. Unidades de observación, población y muestra.....	125
3.3. Instrumentos de Recolección de datos.....	127
3.4. Procedimiento de Investigación.....	127
CAPÍTULO IV.....	129
ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	129
4.1. Presentación de resultados	129
4.1.1. Base de Datos	129
4.1.2. Análisis y discusión de datos	133
4.1.3. Respuesta a la pregunta de investigación	153
4.1.3.1. Es conveniente emplear el arbitraje, como un mecanismo alternativo de solución de controversias.....	153
4.1.4. Verificación de la Pregunta a Contestar.....	157
CAPÍTULO V.....	160
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	160
5.1. Conclusiones	160
5.2. Recomendaciones.....	162
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	165
ANEXOS.....	170
ANEXO 1	171
ANEXO 2.....	173
ANEXO 3.....	176
ANEXO 4.....	184
ANEXO 5.....	185
ANEXO 6.....	193

INTRODUCCIÓN

Este trabajo aborda a la institución del Arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, realizando un análisis exhaustivo del mismo y cómo este logra satisfacer la necesidad de la justicia en nuestras relaciones. El Arbitraje es un mecanismo cada vez más reconocido y aceptado para normar las relaciones comerciales internacionales, tanto en cuanto a las naciones como entre las personas, logrando alcanzar la solución de controversias entre estos; como un mecanismo alternativo a la justicia ordinaria. Cómo se presenta el Arbitraje en el Ecuador, cuál es la realidad de la institución, qué impide su desarrollo como en otros países, y en qué aspectos debe mejorar la justicia arbitral en el Ecuador, es la materia de este trabajo de investigación.

Luego del planteamiento del problema presentado en el capítulo uno, en el capítulo segundo que corresponde al Marco Teórico iniciaremos el estudio del Arbitraje desde el punto de origen que es el conflicto, las teorías formuladas en torno a éste, y cómo se aborda. Continuaremos con un breve análisis de cada uno de los mecanismos (y/o métodos) alternativos de solución de conflictos, realizando un brevísimo análisis de la mediación, la conciliación y la negociación, a fin de poder comprender la diferencia de estas instituciones con la materia de nuestro análisis. Continuaremos con la revisión del origen del Arbitraje, en la historia del hombre. Revisaremos la naturaleza jurídica de la institución a fin de poder comprenderla, los principios que la inspiran; para en esta parte analizar, en forma integral el procedimiento Arbitral. Este estudio nos permitirá observar las falencias de la institución dentro del Ecuador, revisar aquellos puntos que deben mejorarse a futuro para que la institución tenga la real aplicación práctica que en otras naciones ha alcanzado.

El tercer capítulo que trata de la Metodología de la investigación, expondremos y analizaremos la modalidad desarrollada, las unidades de análisis que han permitido realizar este trabajo; y, los instrumentos de recolección de datos para la realización de este trabajo, exponiendo el procedimiento empleado en la misma.

En el capítulo cuarto trataremos sobre los Resultados de la Investigación, analizaremos el cumplimiento de la pregunta contenida en la hipótesis, habiendo contratado el análisis con las variables, independiente y dependiente, y observando que se han abordado todos los indicadores de las respectivas variables.

Finalmente en el capítulo cinco que trata de las Conclusiones y Recomendaciones, formularemos algunas reflexiones finales, a manera de conclusión, y nos permitiremos hacer algunas recomendaciones que consideramos, son valederas para el éxito de la institución en el Ecuador.

CAPÍTULO I

EL PROBLEMA

1.1. PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1.1. Antecedentes

El hombre es un ser social, la forma como alcanza su plenitud es formando parte de un grupo humano, de un conglomerado que inicialmente es la familia, base de la sociedad, pero que se va desarrollando poco a poco, hasta llegar a constituir una sociedad. La vida en comunidad genera conflictos, y estos tienen que ser resueltos, aunque sea de diferentes maneras. Desde el inicio de la evolución del hombre, cuando ha buscado las formas de solucionar divergencias ha tratado de hacerlo de la manera más satisfactoria, y por lo tanto eficiente.

Entre las diferentes formas que ha tratado de solucionar sus conflictos, ha optado por hacerlo de manera pacífica, buscando acuerdos consensuados entre las personas, hasta adoptar formas de imposición, como es el caso de las guerras. La posibilidad de decisión ha recaído en diferentes formas, así en ocasiones esta posibilidad de decisión, es decir, de dirimir controversias ha recaído en terceras personas independientes e imparciales para adoptar las decisiones, quienes por además de tener la experiencia que el paso de los años da al hombre han sabido adoptar las decisiones que la sociedad las considera justas y correctas.

El Arbitraje, como método alternativo de solución de conflictos, de carácter adversarial, data de épocas antiguas, encontramos pasajes bíblicos que reconocen el arbitraje, experiencia en pueblos antes de civilizaciones como la griega y la romana adoptaron el arbitraje, con características que han servido para moldear la institución a la forma como la concebimos actualmente.

Poco a poco, con algunos altibajos en la evolución y desarrollo de las sociedades, el Arbitraje ha ido ganando espacio por las ventajas que éste reporta al solucionar las controversias de las partes que intervienen en éste. La flexibilidad del procedimiento diferente de la rigidez de la justicia ordinaria, la rapidez en las resoluciones de los conflictos, la existencia cada vez mayor de árbitros especializados en determinadas materias, ha permitido que en el concierto de las naciones haya posesionado, hasta convertirse, bajo diferentes modalidades, en la mejor forma de solucionar conflictos.

La realidad de los Estados desde el punto de vista interno, no se aleja de lo que está ocurriendo a nivel internacional; muchos países han dado un paso adelante adoptando al arbitraje, como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, generalizado.

Lo antes indicado, sumado a la excesiva congestión de los procesos judiciales ha llevado al planteamiento y desarrollo cada vez más importante de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en virtud del cual las diferencias entre las personas pueden ser solucionadas en menor tiempo y con menor costo, con la intervención de un tercero imparcial e independiente. La Constitución del año 2008 reconoce al Arbitraje, estipulando que los colectivos podrán establecerlos en los términos fijados en la ley. Aunque esta no es la única causa, si ha sido determinante para el reconocimiento y desarrollo de ésta institución.

Con este antecedente, pretendemos con este trabajo profundizar en el estudio doctrinario y práctico de ésta institución, que pese a reportar las ventajas citadas en líneas anteriores, no ha alcanzado en el Ecuador el importante nivel que ha alcanzado en otros países; a través de esta investigación tratamos de presentar los principales beneficios del arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos y por lo tanto su relación con la justicia ordinaria, los problemas que plantea la legislación ecuatoriana para alcanzar el objetivo de su completa implementación.

1.1.2. Descripción del Objeto de investigación

El objeto de nuestra investigación es el arbitraje, entendido como un método o mecanismo alternativo de solución de conflictos a la justicia ordinaria. De tal forma que las personas, sin necesidad de recurrir a la justicia ordinaria, sino acogiéndose a la jurisdicción convencional, pueda escoger, siguiendo los requisitos determinado por nuestro ordenamiento jurídico, a quienes consideran que podrán resolver de manera eficiente sus divergencias.

Este tercero que resuelve los conflictos es independiente e imparcial, y sus actuaciones constituyen una verdadera forma de administración de justicia, fuera los órganos estatales, pero preservando la unidad jurisdiccional. Realidad que es reconocida por Tratados Internacionales de los que somos suscriptores, por nuestra norma fundamental, que es la Constitución, y por el ordenamiento jurídico interno, que con fundamento en la norma suprema, desarrolla la institución.

El Arbitraje tiene una serie de ventajas y beneficios para quienes desean resolver a través de este sus divergencias; y cobra mayor fuerza sobre todo en nuestros días en que la justicia ordinaria está tan congestionada y los procesos demoran años en ser resueltos. Si recordamos la frase que justicia tardía no es justicia, vemos que ésta institución está en desarrollo, y es necesario un profundo estudio doctrinario para comprender la razón de ser la institución, los elementos que le son propios y la caracterizan, y la conveniencia de aunar esfuerzos en pos de la implementación de este mecanismo alternativo de solución de conflictos de la justicia ordinaria.

Cabe mencionar que nuestra institución cuyo estudio abordaremos en este trabajo, permite hacer efectivos los postulados contenidos en los derechos de protección, cumpliendo con las garantías de debido proceso y tutela judicial efectiva, avalando el derecho de las partes a acceder a la administración de justicia.

El análisis que iniciaremos a continuación comprende el estudio del procedimiento arbitral con sus características propias diferentes de la justicia ordinaria, con la desde su inicio que es el convenio arbitral, destacando además la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional, que ha permitido aclarar conceptos que son propios de la institución, de tal forma que en esta exposición podremos acercarnos a la institución como tal.

1.1.3. Consecuencias.-

¿Cuál es la consecuencia de que no utilicemos mecanismos alternativos de solución de Conflictos, como el Arbitraje? Que estamos congestionando cada vez más los juzgados, en temas que pueden ser planteados y resueltos a través de éste mecanismo, que nos permitirá encontrar soluciones más rápidas, en cuanto a tiempo, más acordes a las necesidades de las partes que intervienen en el proceso, y por lo tanto eficientes.

1.2. PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN

El problema principal de la investigación se manifiesta en la existencia del arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, y la conveniencia de implementarlo como una alternativa ante la justicia ordinaria, tan congestionada y cuestionada en nuestros días, partiendo de la premisa que el arbitraje constituye una forma de administración de justicia. Por ello nuestra pregunta de investigación la planteamos como:

¿Es conveniente emplear el arbitraje, como un mecanismo alternativo de solución de conflictos?

1.2.1. Formulación del Problema

¿En qué medida es conveniente adoptar el Arbitraje para solucionar conflictos entre las personas, de tal forma que evitando mecanismos judiciales, puedan llegar a soluciones en menor tiempo y eficientes, a fin de obtener tutela de sus derechos?

1.3. VARIABLES E INDICADORES

VARIABLE INDEPENDIENTE

La conveniencia de adoptar el Arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Indicadores de la Variable Independiente

1. Existencia del Arbitraje como mecanismo de solución de conflictos consagrado en la Constitución de la República, artículos 97 y 190, de la Constitución del Ecuador.
2. Normas legales que desarrollan el Arbitraje, Ley de Arbitraje y Mediación, artículos 1 y siguientes.
3. Las estadísticas de los Centros de Arbitraje, que amparados en la Ley operan en las Cámaras de la Producción, que se encuentran publicadas en las instituciones.
4. Los tiempos de resolución de conflictos en el Arbitraje, tomando como referencia procesos terminados (sentencias) en la Corte Provincial de Justicia del Guayas vs Laudos Arbitrales, en materias transigibles.

VARIABLES DEPENDIENTES

1. El Arbitraje brinda soluciones en procesos o procedimientos acordados, en menor tiempo, en forma eficiente.

Indicadores de la Variable Dependiente 1

- 1.1. La existencia de procedimientos arbitrales, pactados por las partes.
- 1.2. Convenios y Cláusulas Arbitrales que excluyen la Justicia Ordinaria.

- 1.3. Tiempos de resolución de procesos arbitrales menores que procesos judiciales, en materias afines.
- 1.4. Existencia de árbitros en temas especializados que serán sometidos a su resolución.

2. Obtención de la tutela de los derechos 2

Indicadores de la Variable Dependiente 1

- 2.1. Pronunciamientos de la Corte Constitucional que a través del Arbitraje se hace posible la obtención de tutela judicial efectiva.
- 2.2. Pronunciamientos de la Corte Constitucional, que hacen evidente que a través del arbitraje se cumple con el debido proceso.

1.4. JUSTIFICACIÓN

Los requerimientos de administración de justicia por parte del justiciable son reconocidos en nuestra norma suprema con una serie de derechos y garantías que dentro de los Derechos de Protección ésta consagra, así encontramos la Tutela Judicial Efectiva, como el derecho al acceso a la justicia, con gratuidad, contando con juzgadores imparciales e independientes, y, contando una resolución, emitida en un plazo razonable, y que debe ser acatada; en lineamientos generales esta es la tutela judicial efectiva que la Constitución vigente reconoce. En el mismo capítulo, en el siguiente artículo se trata sobre las garantías mínimas del Debido Proceso, entre las que encontramos el derecho a la defensa, juicios públicos, el juez natural de la persona, entre otras.

Esta aspiración de justicia, que permita tutelar los derechos de las personas ha sido la justificación para la existencia de Juzgados y Tribunales de justicia, que bajo criterios de jurisdicción y competencia, deben resolver las controversias sometidas a su conocimiento. Sin embargo la falta de conocimiento de los jueces en materias

específicas, y sobretodo el excesivo congestionamiento de los procesos, por una excesiva demanda en cuanto a servicios judiciales, ha llevado que los Tribunales y Juzgados en el Ecuador no respondan a este anhelo de tutela judicial por parte de las personas.

La norma constitucional, la ley y la doctrina reconocen al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, en virtud del cual las personas por un acuerdo de voluntades, podrán acordar someter sus controversias, susceptibles de transacción, sean estas presentes o futuras a la decisión de árbitros.

Debemos de reseñar que el arbitraje mundialmente cada vez tiene más acogida, los tribunales arbitrales en diferentes materias, van poco a poco siendo la opción para alcanzar, por parte del justiciable, la tan anhelada justicia, sea por la reducción de tiempos, sea por la especialización de los árbitros en las materias que son sometidas a su conocimiento, sea porque los procedimientos son más flexibles y pueden ser pactados entre las partes, y los tiempos de resolución son más cortos.

Este es el fundamento que justifica esta investigación, la existencia del arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, el conocer cómo opera, cuál es su alcance, conocer cuál es su realidad normativa, y por qué es conveniente adoptarlo, y obviamente, que falta para poder aplicarlo en el Ecuador a plenitud son los temas que abordaremos en las siguientes líneas, y que dan un fundamento a académico y científico a nuestra investigación.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. Objetivos Generales

1.5.1.1. Determinar la normativa aplicable en materia de Arbitraje, en que se evidencia que este constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos frente a la justicia ordinaria.

1.5.1.2. Implementar medidas de conocimiento respecto de las personas que pudieren ser usuarias del Arbitraje, a fin de que puedan aplicarlo, en la solución de sus diferencias, como una alternativa a la justicia ordinaria.

1.5.2. Objetivos Específicos

1.5.2.1. Revisar las normas: constitucionales artículos 97 y 190 de la Constitución, legales y reglamentarias, así como el desarrollo doctrinal que permita profundizar en el estudio y conocimiento del Arbitraje.

1.5.2.2. Estudiar como en la doctrina y el ordenamiento jurídico - Ley de Arbitraje y Mediación artículos 43 y siguientes el Arbitraje es considerado como un método alternativo de solución de conflictos.

1.5.2.3. Proporcionar a la comunidad, a los abogados, a los jueces el conocimiento de una herramienta que les permita solucionar conflictos sin tener que recurrir a la justicia ordinaria.

1.5.2.4. Distinguir la relación entre el Arbitraje, como método de solución de controversias y los mecanismos judiciales existentes, diferencias, ventajas y desventajas de tal manera que pueda aplicarse en aquellos casos expresamente determinados.

1.6. DELIMITACIÓN

CAMPO

Derecho Procesal

AREA	Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos e Introducción al Derecho Procesal
ASPECTO	Resolución de conflictos mediante mecanismos alternativos.
TEMA:	Conveniencia del empleo del arbitraje, como un mecanismo alternativo de solución de conflictos.
PROBLEMA:	¿En qué medida es conveniente adoptar el Arbitraje para solucionar conflictos entre las personas, de tal forma que evitando mecanismos judiciales, puedan llegar a soluciones en menor tiempo y eficientes, a fin de obtener tutela de sus derechos.
DELIMITACIÓN ESPACIAL	Guayaquil – Ecuador.
DELIMITACIÓN TEMPORAL	La legislación vigente. La Ley de Arbitraje y Mediación el año 2006 hasta nuestros días.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2. 1. Marco Teórico Conceptual

2.1.1. El Conflicto: teoría del Conflicto y Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos

Mundialmente el Arbitraje ha ido ganando importante espacio para solucionar las controversias¹ entre las personas, entre las personas y los Estados, o entre Estados. No es un secreto para nadie lo complicada de la situación de la justicia, lo cual no es una situación exclusiva del Ecuador, sino que este mal aqueja a muchos países. La búsqueda de métodos alternativos para alcanzar justicia es algo que ha llevado a dar impulso a estos mecanismos frente a una justicia cada vez más lenta e ineficiente. Es preciso destacar que la congestión de la justicia tiene una serie de causas y produce una serie de consecuencias, que deben ser enfrentados, y que no siempre nuestros operadores de justicia están completamente involucrados con uno u otros.

En este sentido de reflexiones, como ya decíamos en líneas anteriores, los métodos alternativos para solucionar conflictos comienzan a cobrar un importante espacio, en aras a alcanzar justicia, y acceder a derechos como la tutela judicial efectiva². Para el autor Caviano Roque (2011)³, en su obra El Control Judicial en el Arbitraje, el planteamiento que hacemos en líneas anteriores, logra plasmarse de la siguiente forma:

Las dificultades con que tropieza el justiciable para acceder al sistema jurisdiccional clásico, han generado en los últimos

¹ A lo largo del trabajo de investigación utilizaremos la expresión “controversia”, “conflictos” o “diferencias”, aunque los términos en lenguaje natural no son sinónimos, para efectos de la investigación y por el alcance de estos temas lo manejaremos en tal forma.

² Artículo 75 de la Constitución vigente desde el 20 de octubre del 2008, fecha de su publicación en el Registro Oficial, el que dispone que: Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

³ Tratadista argentino que viene desarrollando importantes planteamientos y soluciones relaciones en materia arbitral.

tiempos una tendencia a la revitalización de formas arbitrales o auto – compositivas. Y ello tiene bases filosóficas, ya que si bien el juzgamiento de los litigios en general tiene importancia colectiva, y por consiguiente carácter público, la mayoría de las controversias sólo afectan a los individuos entre los cuales se produce. En los casos particulares, en que esto así ocurre, el Estado no puede desconocer a los interesados la facultad de disponer el sometimiento de sus derechos a quienes les merezca mayor confianza.

Si una persona – en su esfera de libertad y autonomía de la voluntad – puede renunciar a un derecho propio, parece un principio natural que puede también entregar la suerte de su derecho a la decisión de un particular que le inspire confianza. La jurisdicción, en definitiva, no importa un ejercicio monopólico a través de los órganos del Estado; al ser una función establecida en el interés y protección de los particulares, estos podrán, en el campo de los derechos que pueden disponer libremente, escoger un sistema privado.

Como lo manifestábamos en líneas anteriores la congestión en la administración de la Justicia, no es un problema exclusivo o único del Ecuador, este tratadista argentino nos cita cuál es la realidad de su país, y nos permite concluir que la situación es similar a lo que ocurre en nuestro país. Dentro de las soluciones a este inconveniente práctico adoptar los mecanismos alternativos de solución de conflictos, sean estos mecanismos auto o heterocompositivos, dentro de estos últimos encontramos al Arbitraje.

Aunque debemos manifestar que el importante y amplio desarrollo del Arbitraje en otros países, sea éste doméstico o internacional, se debe a la causa antes indicada; no podemos restar importancia a esta institución y limitarla única y exclusivamente a la congestión de la administración de justicia el porqué consideramos que debe de

impulsarse su vigencia práctica, contando con la normativa adecuada y con la capacitación correspondiente, tanto al que demanda al servicio, como a quién debe brindarlo en la calidad de administrador de justicia, todavía no se hemos alcanzado los estándares que en otros países, como Perú⁴, ha alcanzado. Entre otras bondades del Arbitraje se encuentra el que los Árbitros son personas con formación académica y profesional, con experiencia, en aquellas problemáticas que van a ser sometidas a su conocimiento y resolución, motivo por el cual podemos concluir, a priori, que su decisión podrá estar debidamente fundamentada.

Indicábamos en las primeras líneas que el Arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, aspecto ampliamente aceptado por la doctrina y la legislación de los países, entonces antes de abordar el análisis de ésta institución consideramos que debemos iniciar nuestro estudio con una breve reflexión, tanto sobre el conflicto como una revisión general sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Hasta hace pocos años no se abordaba al conflicto, como un antecedente que puede generar efectos de carácter jurídico, a raíz del desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de éstos, doctrinarios en materia de Arbitraje y sobre todo en Mediación, están realizando análisis y teorías respecto del mismo. La primera reflexión que debemos hacer es que el conflicto es algo connatural al hombre, ha estado presente en su historia, y ha sido determinante para la evolución de la humanidad, sin exagerar se ha llegado a decir que el hombre crece y se desarrolla solamente a través del conflicto.

El ser humano está compuesto por una doble dimensión, la dimensión individual en la que se desarrolla en su dimensión como persona, y que comprende creencias, supersticiones, pensamientos, formas de comprender la realidad; esta primera precisión es incompleta si no vemos al hombre en su dimensión social puesto que vive y se desarrolla en sociedad, e incluso si no se encuentra en ésta no alcanza a desarrollarse en su integridad.

⁴ Debemos acotar en estas líneas el importante aporte que éste país ha hecho al desarrollo de doctrina en materia de arbitraje, así como el ir adaptando su legislación a esta materia, a fin de su correcta y completa aplicación como una forma de alcanzar tutela judicial efectiva, y alcanzar justicia.

El autor Caivano Roque (2011), el Control Judicial en el Arbitraje ha abordado este aspecto y citando a Aristóteles ha concluido:

El concepto aristotélico de *zoon politikon* no alude a la noción restringida de “política”, tal como se la entiende comúnmente, sino a las más amplia idea de un sujeto que no puede subsistir sino en la polis, paradigma de la sociedad ideal, de un sistema de vida, que por incluir un trascendente componente cultural, es mucho más que un agregado de individuos.

Es un manifiesto que la ciudad es por su naturaleza anterior al individuo, pues si el individuo no puede de por sí bastarse por sí mismo, deberá de estar con el todo político en la misma relación que las otras partes lo están con su respectivo todo. El que sea incapaz de entrar en esta participación común, o que, a causa de su propia suficiencia, no necesite de ella, es más parte de la ciudad, sino que es una bestia o un dios.

Es que cuando el hombre está en sociedad entra en una relación constante con otras personas, entonces está en capacidad de aprender, conocer y perfeccionarse. Por lo tanto el hombre no es un ser aislado. La familia que es la célula básica de la sociedad significa que entra en relación con otras personas, y es ésta primera relación una fuente latente de conflictos. La convivencia en sociedad genera los conflictos, puesto que en este interactuar debemos de hacerlo con nuestras propias creencias, ideales, y percepciones diferentes sobre diferentes aspectos, económicos, político, social, religioso, culturas; las diferencias culturales se hacen presente incluso hasta en las familias.

Con estas reflexiones podemos comprender lo que decíamos en líneas anteriores, que el conflicto es connatural al hombre. Si siempre ha existido el hombre ha tenido que abordarlo de diferentes formas. Cuando el conflicto se presentaba en las

culturas antiguas la forma de enfrentarlo era a través de la venganza privada entre los intervinientes, sin ningún tipo de limitación en la forma como se la podía ejecutar. Una fórmula muy primigenia de solucionar conflictos entre los grupos de una misma sociedad, nos ha llegado en la conocida Ley del Talión⁵, la que en determinadas culturas todavía consiste en una forma de solucionar conflictos.

El Código de Hammurabi contemplaba algunas de estas formas de solucionar diferencias entre las personas, que reconocidas por la sociedad se permitía incluso la muerte de una persona, si la circunstancia que motivaba la reclamación había ocasionado la muerte de un miembro de otro grupo dentro de la sociedad. La Biblia contiene normas, incluso reglas de justicia, y en determinados parajes de esta se hace referencia a jueces árbitros. Los hindúes también desarrollaron fórmulas de solución de conflictos, y dentro de sus normas se autoriza a acudir a jueces – árbitros cuando no quedaba otro medio de solucionar una controversia.

Con la evolución del hombre se destaca que poco a poco se va dejando a un lado la forma de solucionar los conflictos recurriendo a la mano armada, y se pasa a la existencia de un tercero, imparcial e independiente, designado por la comunidad a las que las personas pertenecían para que proponga un arreglo pacífico de la controversia, dejando a un lado incluso métodos adversariales que solamente logran profundizar el conflicto, bajo la estructura que estamos señalando se han desarrollado las herramientas como la Mediación y el Arbitraje, dependiendo del rol que adopte el tercero señalado.

Como herramienta para solucionar conflictos, pese a no existir un criterio unánime, se considera que el Arbitraje tiene su origen en Grecia, relacionado o vinculado a temas comerciales entre atenienses y beocios, algunos años antes de Cristo. Roma desarrolla la filosofía e instituciones griegas, y esta civilización concibió a los arbiters, como una forma de solución de controversias, sin tener que recurrir a la justicia

⁵ Ojo por ojo diente por diente.

estatal; estos arbiters tenían la característica que se mantiene hasta nuestros días, estos no podían ejecutar lo resuelto pues carecían de imperium.

Lo indicado en líneas anteriores nos lleva a plantear ¿qué es el conflicto? Para dar una respuesta satisfactoria podemos revisar el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el mismo que señala que el conflicto es un combate, una lucha, una pelea. En otra sección del mismo Diccionario se indica que el conflicto es un problema, una situación sujeta a discusión. De la revisión de estas dos definiciones apreciamos que la concepción del conflicto es negativa, lo cual no siempre debe percibirse de tal forma, puesto que habíamos dicho en líneas anteriores, que el conflicto se hace presente en el seno de la familia, en el trabajo, en general en la convivencia en sociedad. El autor Caviano Roque (2011), en su obra ya citada El Control Judicial en el Arbitraje al respecto ha dicho:

Por lo que la divergencia (real o meramente percibida) de intereses se caracteriza al conflicto no puede asimilarse a la pelea, ni el conflicto tiene una connotación negativa. Habrá confrontación si no existe otro ese es el camino que las partes eligen para solucionarlos: en caso contrario, sólo existirá una situación neutra (dos personas que saben - o creen - que sus intereses son opuestos), de la que puede derivar una gestión constructiva y beneficiosa para ambos o una gestión competitiva en la que cada uno procurará obtener la satisfacción de sus intereses a expensas del otro.

Siguiendo la línea de que el conflicto no es algo negativo, podemos esbozar una definición o una forma particular de comprender el conflicto, indicando antes que nada que el conflicto es un proceso en el que quienes intervienen tienen o perciben intereses encontrados, y que pueden ir desde soluciones violentas, hasta acordadas entre las partes. A manera de conclusión podemos afirmar que la actitud de las personas que intervienen en el conflicto va a ser determinante en la forma cómo se lo va a enfrentar,

las reacciones que tengamos frente al mismo va estar determinada por enseñanzas anteriores, por valores propios y por los prejuicios que tenemos.

2.1.1.1. Teoría del Conflicto

Girando en torno al conflicto se ha esbozado la teoría del conflicto, y las formas como se lo enfrenta. Para Folberg Jay⁶ (1966) los conflictos se dividen en dos clases: conflictos intrapersonales y conflictos interpersonales. Dentro de los primeros nombrados encontramos a aquellos que se generan en el interior del sujeto y que podríamos decir que no tienen incidencia en nuestro análisis del conflicto y los mecanismos alternativos de solucionarlos, sin embargo debemos de tener presente, como bien indica Folberg, que en el transcurso de una Mediación, cuando estamos tratando de llegar a un acuerdo las ideas preconcebidas, la valoración o desvalorización de determinadas situaciones o circunstancias que obran en el fuero interno del sujeto serán determinantes al tiempo de adoptar decisiones que permitan llegar a un acuerdo. Pese a lo manifestado, son los conflictos interpersonales los que son materia de solución a través de los mecanismos alternativos que son materia de éste análisis.

Como ya habíamos concluido en líneas anteriores, el conflicto no necesariamente tiene una connotación negativa, sino que al hombre le permite crecer, el autor Jandt (1973) citado por Folberg Jay ha dicho:

El conflicto es deseable, desde, por lo menos dos puntos de vista. Se ha comprobado que a través del conflicto, el hombre es creativo. Más aún, una relación en conflicto es una relación, y no la ausencia de ella. Dicha relación puede dar como resultado la creatividad, debido a su intensidad...

Para Floyer A. Andrew (s/f) los conflictos pueden ser:

⁶ Jay Folberg es un prestigioso abogado norteamericano dedicado a la mediación, da conferencias y charlas internacionales promocionando la existencia de este mecanismo alternativo de solución de conflictos, como un mecanismo eficiente.

El conflicto real se basa en diferencias bien conocidas y entendidas entre intereses, opiniones, percepciones, interpretaciones: diferencias que han sido examinadas por las partes en cuestión, y que éstas no han podido resolver... el conflicto irreal, se basa en la comunicación errónea, una percepción equivocada, un malentendido. Aunque no tenga fundamento, el conflicto irreal puede causar problemas que son tan difíciles de resolver como lo son del conflicto real, y si no se afronta con presteza puede llegar a convertirse en un verdadero conflicto.

Tal como lo ha indicado para este autor los conflictos pueden ser de dos tipos, reales y aparentes o irreales, los reales implican que existe una situación de enfrentamiento de ideas, posturas o criterios de cualquier naturaleza, mientras que los irreales son aquellos que no existen, pero que se presentan y pueden producir efectos como si realmente existieran, tales pueden ser aquellos que tienen su origen en problemas o deficiencia de comunicación, sea porque o no expresamos correctamente lo que pensamos o simplemente porque no sabemos escuchar a las personas⁷.

Dentro de los mecanismos o vías que se han esbozado con relación a la solución de conflictos, encontramos los denominados autocompositivos y los heterocompositivos, dependiendo de en quién recae la solución de las controversias. Así los autocompositivos son aquellos en que la decisión es adoptada por las partes, no depende de un tercero, sino que exclusivamente recae la decisión en la voluntad los intervinientes para resolver el conflicto, dentro de los mecanismos autocompositivos encontramos a la Mediación, la Conciliación y a la Negociación. De la primera de las indicadas haremos una revisión en líneas posteriores. Dentro de los mecanismos heterocompositivos entre los que se encuentra el arbitraje, lo esencial es que en estos

⁷ Este autor considera que dentro de los conflictos irreales se encuentran aquellos que se originan también en malentendidos o percepciones erróneas, que encuentran su origen en mala información, rumores y conocimientos de oídas, supuestos no comprobados, entre otros.

la decisión que se adopta es producto de la voluntad de un tercero, que debe cumplir condiciones, como son la independencia y la imparcialidad.

Para finalizar este breve análisis del conflicto, como un antecedente a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, debemos manifestar que para el autor Deutsch (1973), citado por Folberg Jay, existen algunas categorías para obtener resultados constructivos o destructivos de los conflictos, los cuales consisten en: perder/perder; ganar/ ganar; y, pérdida/ ganar. Esta clasificación no es única, y algunos autores la han utilizado con similar análisis y conclusión.

Así tenemos que en la pérdida mutua (pierde/pierde) ambas partes pierden al no existir una solución constructiva al conflicto, por haber sido mal manejado. Dentro de los mecanismos de solución de conflictos, sobre todo en las vías autocompositivas la comunicación y escucha activa ocupa un lugar preponderante, pierde/pierde es una expresión de la falta de escucha activa, y de juzgar a la otra parte. En ganar/perder, se hace presente cuando una de las partes, sea por desidia, pereza, temor, falta de interés o por cualquier otro motivo no enfrenta el conflicto sino que lo evita; el enfrentar el conflicto genera angustia, por lo tanto la solución es huir. La actitud de la otra persona en cambio es que no escucha razones, no le interesan éstas, y valiéndose de la debilidad de la otra parte consigue resultados. Finalmente, en ganar/ ganar, se obtienen resultados que resultan beneficiosos para ambas partes, el conflicto se enfrentó, con una escucha activa, con actitud de ceder posiciones, y negociar los aspectos que se puedan negociar. Esta es la postura ideal para enfrentar el conflicto.

2.1.1.2. Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos

En las primeras líneas de este trabajo hemos llegado a importantes conclusiones, y hemos visto como el conflicto es propio de la sociedad, del hombre y de la estructura social. Bajo esta línea de pensamiento la existencia del conflicto es propia

de la comunidad, y ésta no tiene porque buscar los mecanismos para desaparecerlos, sino más bien buscar aquellos que permitan adoptar las mejores decisiones, una vez que estos, inevitablemente aparezcan; el aspecto clave en este punto, como decíamos, no es eliminar el conflicto sino tratar de tener una solución pacífica para estos.

En esta línea de pensamiento el Derecho cumple un rol primordial, recordemos que la finalidad del derecho es la justicia, y que para alcanzarla se vale de una serie de valores como el orden, con lo cual logra disminuir, no desaparecer, los conflictos que se hacen presentes en la sociedad. La existencia del orden que genera el derecho, permite impedir que las personas actúen en forma discrecional o conforme su propio entender, y solucionar sus controversias, como ya decíamos en líneas anteriores incluso tomando la vida de una persona que le ocasiona un perjuicio.

Dentro de este esquema del orden y de evitar que se trate de hacer justicia con la propia mano, aparece, dentro de la estructura estatal la administración de justicia distintas obras de contenido jurídico han desarrollado la importancia de ésta para la consecución y respeto de los derechos. Por lo tanto, quienes ayudan o cumplen una función primordial a efectos de solucionar conflictos podrán ser quienes formen parte de los órganos de administración de justicia. Es ampliamente reconocido por la doctrina que el Arbitraje constituye una forma de administrar justicia, que ésta no necesariamente está limitada a órganos estatales, y que a través del Arbitraje puede quien incursiona en el alcanzar el respeto o reparación de sus derechos y consecuentemente llegar a la tan anhelada justicia.

En ocasiones las decisiones que se adoptan vía administración de justicia estatal, no son suficientes o no logran reflejar la realidad del conflicto o no satisfacen a quienes están involucrados en el mismo; de tal suerte que aparecen estos mecanismos o métodos alternativos, que alejándose de decisiones judiciales, permiten que sean ellos mismos o un tercero imparcial quien o adopte la decisión, o sea un canal conductor para que se adopten las mejores decisiones para los involucrados.

Al revisar los mecanismos alternativos de solución de conflictos nos encontramos con: i) la negociación asistida; ii) la mediación; iii) la conciliación; y, iv) el arbitraje, como el mecanismo más cercano a la justicia estatal. No constituyen los únicos mecanismos de solución de conflictos, si revisamos al autor González de Cossío Francisco (2008) en su obra Arbitraje, cita que dentro de estos también encontramos la evaluación neutral, la evaluación neutral de un experto, los paneles de revisión de controversias, entre otros.

Por su proximidad al Arbitraje, haremos en las siguientes líneas una breve revisión de la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, considerando incluso que en el Ecuador la mediación puede llegar a constituir una fase o etapa obligatoria del Arbitraje Administrado por un Centro autorizado.

Para el autor González de Cossío Francisco (2008) en su obra Arbitraje, la mediación es:

Un procedimiento por virtud del cual un tercero que conoce de la controversia y la postura de las partes en la misma colabora con las partes guiando las negociaciones con la finalidad de que las partes mismas logren llegar a un acuerdo que soluciones la controversia.

Algunas reflexiones importantes con relación a la mediación las desarrolla el autor Muldoon Brian (1998), en su obra Mediación, las mismas que nos permitimos citar, para luego hacer un breve análisis sobre el alcance de lo manifestado por el autor:

La mediación es la forma más conocida y eficaz de intervención de una tercera fuerza. Un mediador es una persona imparcial, aceptable para ambas partes, que no tiene autoridad ni poder alguno para controlar el resultado. La tarea del mediador es la de estructurar la comunicación entre las partes para que lleguen

a su propio acuerdo. El mediador no debe tener planes prefijados ni preconcepciones de cómo resolver el asunto, pues de ser así, correría el riesgo de perder la confianza de las partes. Asimismo, tiene que saber escuchar, ser justo, abierto y capaz de utilizar su imaginación para resolver problemas.

Como se puede apreciar de las líneas anteriores la mediación es un mecanismo autocompositivo de solución de conflictos, puesto que son las partes involucradas en él las que adoptan las decisiones, el mediador guía a las partes, permite que fluya la comunicación creando las condiciones necesarias para que se produzca el diálogo; constituye un tercero imparcial con determinados dotes, entre los que tiene que estar el obrar justo, generar la confianza de las partes, la discreción, la capacidad de síntesis.

El mediador realmente es un facilitador de comunicación entre las partes, permitiendo que se creen las condiciones necesarias para que se produzca el diálogo, y superar el conflicto. Ser mediador no es fácil, éste buscará acercarse a las partes, generar confianza, puesto que aunque busca un acuerdo el éxito del mediador no está en el acuerdo, sino en precisamente generar las condiciones necesarias para que éste se produzca.

Respecto de la mediación encontramos que ésta puede ser un mecanismo independiente al cual las personas acceden concurriendo ante un Centro de Mediación, ante el cual presenta una determinada pretensión que desea sea sometida a esta; pero existe también la mediación dentro de procesos arbitrales, que tiene carácter obligatorio, y que por la naturaleza de nuestra investigación ésta es la que nos interesa.

En estos términos la mediación es una etapa o parte del proceso arbitral, en virtud del cual, convocadas por el Director del Centro de Arbitraje y Mediación, se busca, en una sola audiencia el arreglo de las diferencias entre las partes. Las reglas son las

mismas que para la mediación independiente, solamente que si no se llega a un acuerdo se continúa con el procedimiento arbitral, si el acuerdo es parcial el arbitraje sigue en la pretensión en la que no existe arreglo.

Si hay un acuerdo parcial o total, sea en mediación sola o en una mediación dentro de un procedimiento arbitral, la ejecución de los acuerdos corresponderá a las partes; y, en caso de no cumplirse con lo acordado, las partes podrán demandar su cumplimiento ante un juez de lo civil, como se ejecutan las sentencias, por vía del apremio. Lamentablemente el poco conocimiento de nuestros jueces en materia de mediación en ocasiones dificulta el ejercicio y cumplimiento de la misma.

2.1.2. El Arbitraje

2.1.2.1 Origen y Evolución

En líneas anteriores habíamos hechos algunas reflexiones sobre cómo los hombres han solucionado los conflictos a través de la historia, y revisábamos algunos aspectos que tenían relación con la materia arbitral. Podemos decir que las soluciones de controversias a través de mecanismos arbitrales han existido aún antes de que exista el Estado como tal, y por lo tanto la organización de administración de justicia estatal. Así comentábamos como en la Biblia, libro base para los cristianos, se hacía referencia a árbitros designados por las partes para resolver controversias, algunos pasajes del Génesis y el Éxodo hacen referencia a esta forma de resolver divergencias, igualmente revisábamos que los hindúes conocieron y practicaron fórmulas arbitrales para solucionar sus controversias.

Si bien las fórmulas ideadas por el hombre para solucionar conflictos han reconocido el Arbitraje, no es menos cierto que para hablar de ésta institución tenemos que centrar nuestras reflexiones en Roma en la Ley de las XII Tablas, y en la forma general como esta ciudad concibió este mecanismo de solución de conflictos.

Una importante conclusión a la que ha llegado la doctrina, y así consta incluso en los textos legales de diferentes países, es que los árbitros ejercen una verdadera jurisdicción. El término de jurisdicción lo tomamos de Roma, y se descompone en dos partes, el primer vocablo *iuris* que significa derecho, y el segundo término *dictio*, que significa dictar. Por lo tanto para el Derecho Romano, quien tenía jurisdicción tenía la potestad de *dictar derecho*. La *iuridictio romana* constituyó una potestad pública para conocer, juzgar, resolver y ejecutar lo resuelto en una determinada situación.

Esta potestad de conocer, juzgar, resolver y ejecutar las diferencias que eran sometidas a su conocimiento en Roma no estuvo reservada a funcionarios estatales, aunque era propia de ellos, y la ejercían en forma general en los casos que eran sometidos a su conocimiento; no es menos cierto que reconocieron que determinadas personas, que se las dio por llamar *arbiter*, por ser un tercero independiente e imparcial de la controversia, podían arbitrar sobre ella y consecuentemente resolverla.

Estos *arbiter* al tiempo de conocer y dictaminar en las causas que eran sometidas a su resolución actuaban en ejercicio de jurisdicción, que duraba o la mantenía mientras estaba pendiente su resolución. Consecuentemente, tanto los jueces – dentro de la justicia estatal, como los *arbiter*, ejercían jurisdicción, pero en forma diferente, ya que la primera de los nombrados era permanente y se mantenía, en la medida que el funcionario permanecía como juez, mientras que, como ya hemos manifestado para los segundos de los nombrados, sea a través de listas o porque quienes intervenían en la controversia los designaba en forma directa, ésta se terminaba con el caso concreto sometido a su fallo.

Sin embargo debemos manifestar, que ya en el Derecho Romano, los *arbiter* al no ejercer una potestad estatal, sino haber sido designados por las partes, no podían ejecutar lo resuelto por ellos, condición que por regla general se mantiene hasta nuestros días. Pese a lo manifestado, las actuaciones de estos *arbiter* eran muy reconocidas, y tenían gran aceptación debido a que existía mayor discrecionalidad al

tiempo de actuar y adoptar decisiones, que se acercaban más a la situación real que el caso les planteaba.⁸

Otro aspecto a resaltar del arbitraje romano es que las decisiones que adoptaban los arbiters no eran exigibles u obligatorias naturalmente, sino que las partes, al haberse involucrado en este tipo de procedimiento habían adoptado un compromiso de cumplimiento obligatorio de lo resuelto por este tercero.

Así autores como Iglesias, Juan (1983), citado por Vidal Ramírez, Fernando, desarrollando lo indicado en líneas anteriores ha dicho respecto del Arbitraje, que este consiste en:

Una función juzgadora, como un iudicium, ajena a un imperium magistratual, y basado únicamente en el officium de particulares llamados a desempeñarse como Árbitros según un contrato, un compromissum, en virtud del cual se acordaba someter la cuestión controvertida a la decisión de un arbiter.

La caída el Imperio Romano de Occidente y la llegada de los Bárbaros produce cambios en la institución arbitral. Si bien conocemos que tanto las normas como los principios e instituciones del derecho romano fueron recogidos por los pueblos bárbaros, no es menos cierto que la estructura de la administración de justicia, a la que hemos hecho referencia en líneas anteriores, no fue acogida por estos, sino que la administración de justicia fue únicamente estatal. Sin embargo debemos manifestar que los arbiters romanos siguieron existiendo, pero con una función básicamente relacionada con conciliación.

⁸ La jurisdicción comprende: la notio o facultad para conocer la controversia; la vocatio, potestad de convocar a las personas a la controversia; la coertio, concebida como la potestad de imponer el cumplimiento de las decisiones que se adoptan en el proceso; iudicium, facultad de resolver en forma definitiva la controversia; y, la executio, facultad de ejecutar lo resuelto

Las normas del Derecho Romano en materia arbitral pasaron del Sacro Imperio Romano Germánico al derecho español, con sus instituciones. Las normas del Fuero Juzgo, del Fuero Real, las Siete partidas, la Nueva recopilación, en general normas de derecho durante ésta etapa reconocieron en sus textos normativos la existencia del arbitraje, normaron sobre el convenio arbitral, trataron del compromiso, también del laudo y su ejecución. En las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio se hace referencia al arbitraje, así revisemos algunos textos:

En la Partida III, en su Título IV, en la Ley XXIV, se expresa con relación al Arbitraje:

Eso mismo sería de un pleito que un hombre tuvieres contra otro. Pues ninguno de ellos lo puede poner en manos de aquel con quien contiende para que lo resuelva como árbitro. Si lo hiciese, no valdría lo que mandase.⁹

Así también la Partida III se ocupaba de la enemistad de los Árbitros, Título IX, en la Ley XXIV, y textualmente disponía:

El odio deber ser evitado. Por ello cuando se descubre que un árbitro es enemigo de cualquiera de las partes, luego que el asunto le ha sido encargado, la parte afectada puede denunciarlo ante juez hombre bueno para que no continúe con el caso... y si rehúsa separarse (...) esa parte afectada puede llevar el asunto ante el Juez ordinario quien, una vez que el asunto haya sido probado, debe (...) prohibir al árbitro actuar desde entonces (...) Así mismo (...) si hay alguna recompensa o regalo que se haya dado o se haya prometido a un árbitro, ha de procederse de la misma manera (...)

⁹ Nótese en esta cita, que a más de consagrar o reconocer el arbitraje en España desde la época de Las Partidas, y como fue configurada esta institución, debemos reconocer que el mismo artículo nos permite entender la importante independencia e imparcialidad que debe tener el Árbitro conforme a las partes.

Finalmente mediante una norma con efectos generales el Emperador Carlos V de España, dispuso la aplicación de la institución arbitral en las colonias de América Latina, así las Partidas y demás normas jurisdiccionales, incluidas las de Arbitraje, fueron trasladadas a América Latina a través de las denominadas Leyes de Indias, que constituyeron el derecho que se aplicó España en América, similar desarrollo tuvo la institución en Portugal. Así se dispuso que las sentencias dadas por jueces árbitros, sea en derecho o como componedores y arbitradores y las transacciones que de éstas devengan sean aplicadas en todas las tierras de las colonias americanas, conforme el derecho y las normas del Estado de Castilla.

Con la evolución de los Estados, la revolución francesa y la división de poderes algunos tratadistas sostienen que el Arbitraje no alcanzó mayor desarrollo, sin embargo se considera que siguió avanzando como mecanismo para solucionar controversias, pero limitado a temas privados y a actividades comerciales.

El Código Napoleónico, que inspira el derecho de tradición latina, reconoció el arbitraje, y se reconoce que en este se incluyeron normas que distinguen, formalmente entre árbitros en derecho y árbitros amigables componedores. Por esta vía pasa el arbitraje a los códigos, tanto de comercio como en materia procedimental en las naciones latinoamericanas, ya libres del dominio español.

Mundialmente es Inglaterra uno de los primeros países en tener una ley de arbitraje, año 1698. Francia incluye al arbitraje en su Código de Procedimiento en el año 1806. Estados Unidos desarrolla reglas arbitrales por primera vez en el año 1925. En lo que tiene que ver con el desarrollo del arbitraje internacional existen dos convenciones que merecen ser destacadas en la evolución de la institución, se trata de las dos convenciones de la Haya de 1899 y 1907, en estas convenciones se crea la Corte Permanente de Arbitraje, la misma que ha seguido operando hasta nuestros días. La primera de las citadas tiene el mérito de haber sentado las bases del arbitraje

internacional, y la segunda de haberlo ubicado como un mecanismo eficiente que permite solucionar controversias entre los Estados.

En la Convención del año 1899 se adoptó la decisión de promover la solución pacífica de controversias y establecer un Tribunal Internacional que tenga accesibilidad y al que cualquiera pueda recurrir. Otro avance en materia arbitral se hace evidente con la creación de la Cámara de Comercio Internacional (por sus siglas CCI), la cual hasta la presente fecha ocupa el rol de ser un pilar fundamental en el desarrollo del Arbitraje, en 1923 se crea la Corte Internacional de Arbitraje, consistente en un sistema de arbitraje internacional, que sirva como foro para solución de controversias en esta materia, entre los diferentes Estados.

En el siglo pasado, la Convención de la Habana hizo énfasis en el procedimiento a seguir con relación a la ejecución de los laudos, en arbitraje internacional. El 10 de junio de 1958 se produce un hito en materia de arbitraje internacional, la Organización de Estados Americanos aprobó la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, conocida como la Convención de Nueva York, la misma que establece los requisitos que son reconocidos mundialmente para la existencia del arbitraje internacional, y sienta las bases para el reconocimiento y respeto de los laudos dictados en el extranjero.¹⁰

Otro paso importante en materia de arbitraje es el realizado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en el año 1970, que ante la necesidad de contar con un documento que permitiera normar el arbitraje ad – hoc, dictó un reglamento, que pese a haber sido concebido para solo para éste se aplica a todo tipo de arbitraje. A decir del autor González de Cossío, Francisco el objetivo del reglamento fue crear un mecanismo que sea ampliamente aceptado, independiente de la tendencia política del Estado. Este reglamento cuenta con diferentes tipos de

¹⁰ El Ecuador suscribió la Convención de Nueva York el 17 de diciembre de 1958 y fue ratificada el 3 de enero de 1962.

normas, y abarca aspectos que van desde la conformación del Tribunal Arbitral, hasta cómo debe ser emitido el Laudo Arbitral por el Tribunal.

Otro aspecto a destacar en cuanto a la evolución y posicionamiento del arbitraje, y que consideramos que este debe ser analizado por el Ecuador, es el nacimiento de la Ley Modelo de la UNCITRAL¹¹, que busca armonizar la regulación en cuanto a arbitraje internacional. La práctica de este tipo de arbitraje demostró que se presentaban diferencias en la forma de aplicar e interpretarlo y de allí la necesidad de al menos armonizar su aplicación, aunque no puede uniformarse. Actualmente, algunos países que han adoptado la Ley Modelo de UNCITRAL¹².

Antes de cerrar el tema de la Ley Modelo debemos resaltar un aspecto adicional que la hace trascendente, ya que a través de esta ley se reforma el alcance de la actuación de la justicia ordinaria en interacción con los Tribunales Arbitrales, de tal forma que a través de ésta se establece que la asistencia judicial en materia de arbitraje se limita a designación o remoción de árbitros, obtención de pruebas, mientras que en ejercicio del control o supervisión está limitada a remoción de árbitros, la nulidad del laudo y finalmente la ejecución del laudo arbitral.

2.1.2.2. Naturaleza Jurídica del Arbitraje

Terminada con la revisión de la evolución del arbitraje, y logrando determinar como poco ha ido avanzando y ganando espacio para constituir un mecanismo eficiente de administrar justicia, corresponde analizar uno de los aspectos donde definitivamente no existe una postura única ni uniforme por parte de la doctrina y este es la naturaleza jurídica del Arbitraje, y debemos destacar que este análisis trasciende lo académico, para entrar a lo práctico y poder determinar, partiendo de la teoría que se adopte por parte de un Estado, cuál es la relación entre la jurisdicción ordinaria y la convencional, y

¹¹ United Nations Commissions International Trade Law.

¹² Ecuador no ha adoptado esta ley, somos del criterio que debería ser adoptada por nuestro país, a fin de alcanzar un desarrollo eficiente e importante de esta institución.

determinar el ámbito de cada una de estas, los recursos y demás formas que significan la interrelación entre ambas. Así podemos destacar lo dicho por el autor Becerra Toro, Rodrigo (2007), en su obra Manual de Arbitraje en Colombia:

Modernamente se sostiene que la legitimidad del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos de carácter privado no estriba sólo en su conformidad con el ordenamiento jurídico de cada país, tradicionalmente conocido como principio de la “legitimidad”, sino también y, por sobre todo, desde el punto de vista de la proximidad con el interés público y la administración de justicia del Estado, pues la función impone establecer si en la organización jurisdiccional del Estado resulta posible poner en práctica una justicia privada, la forma o manera en que la justicia arbitral puede ser impartida, las reglas procesales a que se sujeta, y los límites a su ejercicio, o si dicha potestad es exclusiva y excluyente del ente estatal.

Encontramos cuatro teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del arbitraje, como ya decíamos no existe un criterio uniforme sobre cuál es la que debe aplicarse, ni cómo debe aplicarse, pero dependiendo de la postura que se adopte estará inspirado el ordenamiento jurídico del Estado. Las cuatro teorías son: i) Teoría Jurisdiccional; ii) Teoría Contractualista; iii) Teoría Mixta; y, una última teoría que aparece a raíz de la teoría mixta, que considera al Arbitraje como una institución Autónoma. Pasemos a revisar cada una de éstas teorías, y para posteriormente revisar que postura ha adoptado el Ecuador al respecto.

2.1.2.2.1. Teoría Jurisdiccional

Quienes propugnan la teoría jurisdiccional la desarrollan como aquella que logra explicar la naturaleza jurídica del arbitraje, a partir de que ésta es una concesión

del Estado, ya que el origen del mismo, su existencia, y demás aspectos se encuentran regulados en una Ley que emana de órganos legislativos estatales, tales prerrogativas se encuentran determinadas en una norma dictada por el Estado. Esta teoría no desconoce que el acuerdo de someterse a arbitraje deriva de un acto de voluntad de las partes, el cual es imprescindible que exista, pero señala que las etapas del arbitraje, la forma cómo se sustancia, las causas de recusación e inhabilidades de los Árbitros se encuentran, como ya decíamos, en una Ley, por lo tanto es una actuación del Estado, y si existe es porque así se lo ha previsto.

Si la administración de justicia, como lo hemos comentado en líneas anteriores es una función, que en forma soberana debe de ser ejercida por el Estado, que exista un tercero que pueda emitir un pronunciamiento obligatorio para las partes, y en general administrar justicia, exige que exista el control y la regulación por parte del propio Estado.

El autor González de Cossío, Francisco (2008) en su obra Arbitraje al explicar esta teoría ha dicho:

La teoría utiliza como último eslabón argumentativo que la efectividad del arbitraje depende, en última instancia, del poder estatal. Si no es porque el Estado reconoce y ejecuta acuerdos y laudos arbitrales, el arbitraje carecería de efectividad. El Estado le reconoce efectos a los acuerdos y laudos arbitrales en la medida en que acatan la regulación que al respecto establece el Estado.

El autor Becerra Toro, Rodrigo (2007), en su obra Manual de Arbitraje en Colombia, ha señalado como características de ésta teoría las siguientes:

1. El arbitramento es una institución de derecho público, prevista constitucionalmente para la administración de justicia;

2. El vínculo entre las partes y el árbitro es de derecho público, ya que el pacto arbitral es una aplicación y una ampliación de la función jurisdiccional del Estado;

3. Los árbitros cumplen funciones jurisdiccionales, a través de las normas procedimentales especiales y ordinarias vigentes al momento de iniciarse el proceso arbitral;

4. La decisión del laudo, es una auténtica sentencia, con efecto de cosa juzgada;

5. La responsabilidad de los árbitros es igual a la de los jueces.

Para explicar ésta teoría el autor parte de una comparación del arbitraje con la justicia ordinaria, y a partir de tal comparación elabora los elementos de la misma.

Debemos mencionar que países como Colombia ha adoptado esta postura, existiendo abundante jurisprudencia de su Corte Constitucional explicando la naturaleza jurídica del arbitraje a partir de ésta teoría.¹³

2.1.2.2.2. Teoría Contractualista o Contractual

Esta teoría parte de la concepción de que el origen del arbitraje se encuentra en el acuerdo de voluntades contenido en el convenio arbitral, por lo tanto su origen es contractual. El origen del arbitraje, así como el procedimiento a seguir dependen de la voluntad de las partes, así la competencia de los Árbitros se encuentra en la voluntad de las partes.

Tanto el laudo como el procedimiento seguido en Arbitraje encuentran su legitimidad, no en una manifestación de la voluntad estatal – como se indicaba

¹³ Sentencia C 294 – 1995; Sentencia C 431 – 1995; y Sentencia C 330 – 2000.

anteriormente que se explicaba– sino en la voluntad de las partes, que constituyen la fuente de la competencia de los mismos.

Para González de Cossío, Francisco (2008), en su obra Arbitraje, esta teoría se explica a partir de “... **que el arbitraje es un caso particular de la libertad contractual y enfatiza que es la casi omnímoda autonomía de la voluntad la que da origen a un sistema de justicia privada...**”

Esta teoría produce dos efectos o consecuencias, el primero de ellos es el necesario control judicial al que está sometido el Arbitraje; y, el segundo efecto es que el laudo tiene el efecto de cosa juzgada, asimilable a una sentencia, el mismo que tiene que ser obligatoriamente acatado por las partes, de no adolecer de vicios – legales o constitucionales que lo afecten, en caso de no cumplirse con el contenido del laudo, este podrá ser ejecutado como los contratos, esto es, recurriendo a las vías judiciales.

Así como, en líneas anteriores, revisábamos las características de la teoría jurisdiccional, según lo desarrollado por el tratadista Becerra Toro, Rodrigo (2007), destaquemos cuáles son para este autor las características de ésta teoría:

- 1. El arbitramento es un instituto privado;**
- 2. El vínculo entre las partes y el árbitro es privado;**
- 3. Se trata de un contrato de tracto ejecución procedimental;**
- 4. El árbitro no cumple funciones jurisdiccionales, pues su poder proviene de las partes;**

5. La decisión del árbitro no constituye una sentencia, sino un negocio jurídico entre las partes, a través de sus mandatarios, para la definición de cierto conflicto privado¹⁴;

6. La responsabilidad del Árbitro es igual a la del mandatario con representación.

2.1.2.2.3. Teoría Mixta

La dependencia a las partes que los designan sustentada por la teoría contractual, así como la Jurisdiccionalidad del arbitraje planteada por la teoría jurisdiccional, para la doctrina dejó muchos vacíos, ésta teoría, como su nombre mismo lo indica, se construye a partir de buscar encontrar un punto intermedio o conciliador entre las dos ya expuestas en forma precedente, destacando de la teoría jurisdiccional la existencia de una relación entre los tribunales arbitrales y las cortes/juzgados de justicia, para una correcta y completa aplicación del laudo.

Destaca de la primera de las teorías expuestas la similitud de los árbitros a los jueces, dotando al arbitraje de eficacia en cuanto a los laudos y la ejecución de los mismos, aceptando que algunos importantes aspectos del arbitraje se encuentran regulados en una ley; reconociendo de la teoría contractualista que el origen del arbitraje se encuentra en la voluntad de la partes, y que es a partir de éstas la que permite construir toda la estructura del arbitraje, el procedimiento a seguir, y las reglas a la que se van a someter las partes, el mismo que una vez adoptado por las partes es de obligatorio cumplimiento.

El autor Talero Rueda, Santiago (2006), enmarcándose en ésta teoría considera que el arbitraje es “... **un mecanismo sui generis para la resolución de conflictos, dado**

¹⁴ Sobre este punto es preciso señalar nuestra discrepancia con lo indicado, ya que el Árbitro no puede ser un mandatario de las partes, puesto que aunque éstas lo hubieron designado, no tiene que someterse a ella, sino obrar con completa independencia dentro del procedimiento, más adelante profundizaremos en este punto al revisar sobre las condiciones o características de los Árbitros, sin embargo así se encuentra concebido por la doctrina.

su carácter privado, su vocación de efectividad y su sujeción a determinadas normas imperativas del Estado...”

2.1.2.2.4. Teoría Autónoma

Desarrollada a partir de la teoría mixta, es de reciente data su desarrollo, para quienes propugnan esta teoría el arbitraje no puede ser considerado ni bajo el desarrollo jurisdiccional ni tampoco bajo un esquema Contractualista, ya que no es esa su naturaleza; y, menos aún considerarla como una institución mixta.

Esta teoría considera al arbitraje en sí mismo, como lo hace, como se desarrolla, cuál es su finalidad, por qué se lo hace de tal forma; y ha sido importante su construcción para desarrollar el arbitraje internacional, dotado de un sistema más flexible que la justicia ordinaria, no vinculado expresamente a una legislación nacional, ni anclado en ésta. Al decir de Gonzalez de Cossío, Francisco (2007) el arbitraje se constituye:

Como un mecanismo que se respete y ejecute, que contemple un procedimiento justo, diseñado para satisfacer ciertas características del caso particular, pero que no emule necesariamente los sistemas procesales nacionales, los cuales son justamente lo que se trata de evitar. Al optar por el arbitraje, esperaban que los árbitros fueran imparciales y justos, que el laudo que eventualmente se emitiera fuera final y vinculatorio, y de fácil ejecución.

Para autores como Vidal Ramírez, Fernando (2006), el arbitraje **“... se aglutina en un conglomerado de normas jurídicas orientadas a darle un carácter propio y que al mismo tiempo lo regulan, lo que hace del arbitraje una institución jurídica...”**. El autor considera, que es la estructura propia y particular del arbitraje la que le confiere el carácter de institución jurídica, y no la explicación de donde encuentra su origen.

Igualmente el autor antes citado ha dicho que el arbitraje **“...constituye una función jurisdiccional, desde que los árbitros deben declarar el derecho que asiste a una de las partes al resolver la controversia que han sometido a su conocimiento...”**.

Que el Estado ejerza jurisdicción, no significa que tenga jurisdicción arbitral, puesto que ésta tiene características y una naturaleza que le es propia, y que es de naturaleza privada, encontrando su origen en la voluntad de las partes que suscriben el convenio, sustrayéndose en forma voluntaria de la justicia ordinaria, la cual queda excluida por la voluntad de las partes, dotando a los árbitros de potestad de administrar justicia en aquellos conflictos que son sometidos a su resolución, constituyendo como consecuencia la jurisdicción que ejercen los árbitros – lo cual no es discutido que ejercen – una función independiente de la función jurisdiccional que se cumple a través del Estado.

No existe una postura única respecto por parte de la doctrina respecto de las teorías y la naturaleza jurídica del Arbitraje, más bien la doctrina ha desarrollado diferentes posturas respecto a este importante tema, existen algunas de carácter intermedio, que no se ajustan en forma estricta a ninguna de las anteriores citadas, pero que logran explicar la naturaleza del arbitraje. Así encontramos lo planteado por Caviano, Roque (1998), quien destaca que el arbitraje es un Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos, que exige para su debida aplicación y comprensión la actividad complementaria realizada a través del Poder Judicial:

De allí que tampoco debe plantearse el arbitraje en términos de una contradicción o una competencia con la tarea judicial. El arbitraje no busca reemplazar a los jueces, ni menoscabar su labor. Se procura complementarla, de manera de colaborar a hacerla más eficiente. El arbitraje nunca podrá restar protagonismo al Poder Judicial. Los jueces tienen el monopolio del ejercicio de la fuerza pública, están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente

sus decisiones, tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta; y tienen, asimismo, las atribuciones de controlar que el arbitraje respete los principios de legalidad y se desarrolle bajo las garantías constitucionales.

Finalmente debemos destacar algunas normas constitucionales y legales de carácter orgánico del Ecuador, que permiten concluir que nuestro país se encuadra dentro de la teoría jurisdiccional, como revisaremos más adelante en esta investigación, el artículo 7 del actual Código Orgánico de la Función Judicial termina las discusiones doctrinales y declara que el arbitraje es jurisdiccional.

2.1.3 Principios que inspiran el arbitraje

El Arbitraje se desarrolla bajo una serie de principios que le son propios, que no son compartidos por otra institución jurídica, sin los cuales no podría comprenderse su naturaleza en su integridad y que buscan, algunos de ellos, precautelar la institución, y generar un blindaje frente a las eventuales intervenciones de la justicia ordinaria, de tal manera comprendemos el planteamiento temático de este trabajo, comprendiendo al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos que excluye a la justicia ordinaria, en líneas posteriores explicaremos el alcance de lo antes indicado; lo cual se complementa con, igualmente, reflexiones posteriores.

Si queremos comprender que son los principios, y el rol que cumplen estos dentro de la formulación del derecho, debemos iniciar por decir que para Alexy, Robert (1993) los principios son “mandatos de optimización”, es decir, constituyen una serie de normas que disponen que se cumpla de la mejor manera posible atendiendo a realidades jurídicas y fácticas de la situación.

Además de los principios que decíamos en líneas anteriores son propios del arbitraje, existen otros que son propios del procedimiento como tal y que, a nuestro

criterio también se deben aplicar en el arbitraje, por tal motivo también serán desarrollados en esta investigación. La doctrina sin ser unánime, y aunque los denomine en forma diferente ha sostenido que estos principios son: i) Separabilidad del Convenio Arbitral¹⁵; ii) Kompetenz et Kompetenz (Competencia por Competencia); y, iii) Pro Arbitraje o *Favori Arbitralis*. Como decíamos vamos a desarrollar otros principios que permiten comprender a la institución arbitral, pero que su existencia es compartida con el procedimiento en general, y estos son: a) Principio de Audiencia; y, b) Principio de Contradicción.

2.1.3.1. Separabilidad del Convenio Arbitral

Para quienes hemos iniciado el estudio de esta institución comprendemos que la existencia de este principio es medular dentro del Arbitraje, propugna que el Convenio Arbitral constituye un verdadero convenio dentro de otro instrumento que consagra la relación jurídica de las partes, con lo cual el convenio arbitral cobra autonomía y no está sujeto a las vicisitudes que pueden presentarse con relación al contrato en que se encuentra contenido. Se había considerado, tradicionalmente, que el Convenio Arbitral era accesorio al contrato principal, con lo cual no se lograba aislar los defectos que pudiese adolecer el contrato principal.

La voluntad de las partes de ir a Arbitraje debe ser expresa, lo cual conlleva a una doble connotación, la primera que sea, como indicaba, inequívoca, en el sentido de resolver todas o algunas de las controversias que se originan en una relación contractual o extracontractual, al arbitraje; y, la segunda es que se excluya a la justicia ordinaria, de tal suerte que pactado arbitraje, salvo renuncia expresa o tácita, éste sea la única vía de solución de una determinada controversia.

Bajo esta línea de pensamiento entonces ¿qué ocurriría con esa voluntad expresa si el contrato, que contiene la relación jurídica entre las partes, es nulo o

¹⁵ Así si revisamos la obra Arbitraje del autor mexicano Francisco González de Cossío observamos que denomina Autonomía al principio de Separabilidad del Convenio Arbitral.

inexistente? ¿Cuál sería el efecto para el arbitraje, si no existiera este principio, y se considerara al convenio como parte del contrato, o como una cláusula accesoria al contrato? Finalmente la decisión expresa de las partes de ir a arbitraje también sería nula. ¿Y qué ocurriría si bajo esta estructura el tribunal arbitral terminara declarando la nulidad o inexistencia del contrato? Su actuación también sería nula; y, donde queda entonces esa voluntad expresa de las partes de ir a arbitraje a la que hacíamos referencia en líneas anteriores.

Así González de Cossío, Francisco (2007) en su obra Arbitraje ha dicho **“...la regla puede resumirse en lo siguiente: las vicisitudes que puede sufrir el contrato principal no necesariamente impactan el convenio arbitral. Es decir, el destino del acuerdo arbitral está disociado del contrato principal...”**

Por su lado De Cárdenas, Feldstein y De Herbón, Leonardi, citados por Salcedo Verduga, Ernesto (s/a) en su Obra El Arbitraje Justicia Alternativa, han dicho al referirse al principio de separabilidad del convenio arbitral: **“... Si se prevé el arbitraje como instrumento de solución alternativa de la validez, cumplimiento y ejecución de un contrato, es lógico que se presuma la independencia de esa cláusula...”**

El autor Becerra Toro, Rodrigo (2007) en su obra Manual de Arbitraje en Colombia, al analizar el principio de la autonomía del pacto arbitral, reforzando lo señalado en líneas anteriores ha dicho:

Por consecuencia, por el principio de autonomía del pacto el tribunal está facultado para examinar y concluir con eficacia sobre la existencia o validez del contrato fuente, y si llega a concluir que éste es inexistente o nulo no queda comprometida ipso jure la eficacia del pacto arbitral. Siendo así, es claro que por la autonomía se predica la independencia entre el contrato o relación sustancial y el convenio arbitral. ... El pacto arbitral es autónomo frente a la relación contractual o extracontractual que

lo origina, de modo que crea una relación jurídica independiente, en cierto punto del contrato en que está contenido, así que uno es el negocio jurídico que las partes tienen en la mira y otro el contrato para resolver los conflictos que puedan surgir de éste; concurren así, pero no se identifican...

Este principio guarda estrecha relación con dos situaciones propias del arbitraje, la primera tiene que ver con la competencia de los árbitros, y, la segunda con la materia que puede ser sometida al mismo. Si no existiera este principio, siendo el mismo tribunal arbitral el único, en el caso del Ecuador, que puede resolver sobre su competencia, si finalmente el contrato en que consta acordado que las controversias se resuelven por arbitraje, resultare nulo, esta declaratoria afectaría al propio tribunal.

Ya para finalizar nuestro análisis debemos hacer dos reflexiones, si revisamos la ley Modelo de UNCITRAL, a la que hemos hecho referencia en líneas anteriores encontramos que en el artículo 16 se recoge el principio de autonomía o separabilidad, conforme la doctrina, en los términos desarrollados:

Artículo 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.- 1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

2.1.3.2. Kompetenz - Kompetenz / Competencia por Competencia

Siguiendo con el análisis de los principios que inspiran el Arbitraje corresponde analizar el principio de Competencia por la Competencia, de origen

Alemania durante el siglo XIX en su terminología *Kompetenz - Kompetenz*, este principio va estrechamente vinculado o relacionado con el principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral, ambos contemplados en nuestra legislación positiva. En virtud de este principio es el propio Tribunal Arbitral el que, en primera instancia, se pronuncia sobre su propia competencia, no un órgano judicial. La versión original alemana contemplaba en forma absoluta este principio, solamente el tribunal arbitral, era el que podía pronunciarse sobre su competencia, no pudiendo el órgano judicial interferir o intervenir en este pronunciamiento.

En la actualidad el carácter absoluto de este principio ha sido dejado a un lado, y en contrario se permite la revisión por parte de órganos jurisdiccionales de la decisión adoptada por el Tribunal, al decir del autor argentino Caivano, Roque (2000), en su obra *El Arbitraje*, “... es admitido, casi universalmente, que la determinación de los árbitros acerca de su propia competencia está sujeto a control judicial...”, si revisamos las legislaciones argentina, peruana o colombiana, se ha concebido de ésta forma tal principio¹⁶.

En el número 1) del artículo 16 de la Ley Modelo de UNCITRAL, se encuentra recogido el principio que analizamos, así como la posibilidad de revisión de la decisión adoptada por el Tribunal Arbitral, así expresamente señala:

El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje...”

¹⁶ Artículo 41 de la ley de Arbitraje y Mediación del Perú: “Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral... 4. Salvo pacto en contrario, el Tribunal Arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativa al fondo de la controversia. Si el Tribunal desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo. 5.- Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.

3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

La finalidad de este principio al decir del autor Caivano, Roque (2008) en su obra Control Judicial en el Arbitraje, es blindar al arbitraje de eventuales ataques que pudiere sufrir cuando una de las partes sea por haberse arrepentido de recurrir al Arbitraje, o simplemente como estrategia de defensa, recurre a la justicia ordinaria. A efecto de lo indicado debemos decir que en estos casos el arbitraje actúa a través de la excepción de arbitraje, en virtud de la cual la parte al tiempo de comparecer al proceso alega la existencia del Convenio Arbitral, lo cual conlleva a que el Juez deba inhibirse, de no hacerlo se está vulnerando el derecho al debido proceso de la partes, y acarrea la nulidad de todo lo actuado. Así lo ha concluido en forma correcta nuestra Corte Constitucional, en la sentencia Faisal Misle Martínez, que constituye un hito en materia arbitral en el Ecuador.

Continuando en estas breves líneas con el principio competencia por competencia, al decir del autor citado precedentemente, este principio “... **apunta a dar a los árbitros la posibilidad de examinar y decidir en primera instancia sobre los cuestionamientos que se hagan a su competencia...**”, completando la idea antes citada el autor Silva Romero, Eduardo (2005), Breves observaciones sobre el principio Kompetenz – Kompetenz, El Contrato de Arbitraje, ha concluido:

La justicia arbitral tiene una prioridad temporal respecto de la justicia estatal para dirimir de toda controversia relativa a la competencia arbitral, esto es, toda controversia relativa a la existencia, la validez, y el alcance del contrato de arbitraje (...)
Así, el principio 'competence – competence' establece una regla de prioridad en el tiempo y no crea, como lo sugería su significado de origen, una regla de competencia

Si revisamos la ley que se encuentra vigente, y que regula el arbitraje en el Ecuador, en el artículo 22 recoge el principio de competencia por competencia¹⁷, de tal forma que el tribunal arbitral ya constituido debe pronunciarse, en la audiencia de Sustanciación, sobre si es competente al amparo del convenio arbitral, por tal motivo la presentación del convenio debidamente certificado al tiempo de la presentación de la demanda, es fundamental a efectos de dar cumplimiento con lo determinado por la Ley. Si el Tribunal considera necesario revisar documentos o que las partes aporten pruebas a efectos de poder pronunciarse sobre su propia competencia, podrá suspender la audiencia y retomarla en otra fecha cuando pueda dar un pronunciamiento.

Revisada la ley versus lo señalado por la doctrina en materia arbitral vemos una diferencia importante, y es que en el Ecuador el principio competencia por la competencia es absoluto, no consagra revisión por parte de ningún otro órgano, y si revisamos las causales de nulidad contempladas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, no se contempla la declaratoria de competencia por parte del o los árbitros como causal.

Somos del criterio que la ley del Ecuador debería ser reformada y recoger este cambio en la concepción del principio y adoptar los mecanismos adoptados por países como Perú, en virtud del cual se admite la revisión de la decisión de los Árbitros, por

¹⁷ Artículo 16.- “Una vez constituido el Tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará al Secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el Tribunal resolverá sobre su propia competencia.”

parte de la justicia ordinaria; relación entre justicia ordinaria y justicia arbitral que es necesaria, si bien se plantea la injerencia mínima en el arbitraje, no es menos cierto que la relación o su actuación conjunta no solamente que es reconocida sino que es necesaria.

Finalmente la existencia de este principio permite que el convenio arbitral produzca un doble efecto: uno de carácter positivo en virtud del cual el Tribunal se pronuncia, sea en forma previa o hasta al tiempo de dictar el laudo sobre la propia competencia, de tal suerte que ésta se radica en el Tribunal Arbitral, y éste pasa a llevar adelante el procedimiento arbitral; y, un efecto negativo, lo cual conlleva que quedan excluidos de conocer sobre esa controversia los jueces y tribunales de conocer y resolver sobre aquello que ha sido confiado al conocimiento y resolución del Tribunal Arbitral.

2.1.3.3. Pro Arbitraje

Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, en el artículo 7, contiene el principio pro arbitraje¹⁸, desarrollado en relación o vinculado con los principios antes desarrollados, permite comprender la particular naturaleza del arbitraje.

Al decir del autor González de Cossío, Francisco (2007) en su obra Arbitraje, este principio tiene su origen en la Convención de Nueva York, desarrollado para fortalecer la institución mediante mecanismos eficientes de ejecutar el laudo arbitral internacional; desarrollado también por la ley Modelo de UNCITRAL, a fin de uniformar las actuaciones en materia arbitral, lo cual era difícil partiendo de las leyes nacionales; buscando superar resistencias internas que el arbitraje había producido.

¹⁸ Art. 7.- El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.

Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. **En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje.** Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días.

En ocasiones la voluntad de las partes contenida en el Convenio Arbitral no es lo suficientemente clara como para poder concluir que o excluye a la justicia ordinaria o existe realmente esa voluntad ir a Arbitraje. En la medida que dentro de la misma cláusula existan elementos que permitan colegir la voluntad de las partes de ir a arbitraje y excluir a la justicia ordinaria será suficiente para proseguir al amparo de esta institución, cuando no es posible hacer este proceso y definitivamente la cláusula impide acceder al arbitraje, es lo que se denomina un cláusula patológica.

A fin de proteger al arbitraje frente a estas situaciones que se presentan por falta de precisión en la redacción del convenio arbitral, o para “blindar” al arbitraje frente a la justicia ordinaria nace este principio, que no significa otra cosa que conservación del arbitraje. Así como bien dice nuestro artículo 7, en caso de duda, del juez, en materia de arbitraje deberá de adoptar la decisión a favor del arbitraje; entonces sometida la controversia a su conocimiento, alegado arbitraje como excepción – como ya hemos manifestado – y debiendo resolver con un convenio no tal claro, cómo debe decidir, pues su decisión debe ser a favor de la conservación del arbitraje, y deberá declararse incompetente y remitir lo actuado para que sea sometido a conocimiento y resolución de un tribunal arbitral.

2.1.4. Definición de Arbitraje

Tal como hemos abordado al inicio de esta investigación, el arbitraje ha sido reconocido por la doctrina como un mecanismo alternativo de solución de conflictos. La idea central con relación al arbitraje es la existencia de un conflicto, en el que un tercero – imparcial e independiente – resuelve, sean las controversias ya existentes o las que se pudieren presentar sobre una relación jurídica determinada, la misma que puede tener una fuente contractual o extracontractual.

A este tercero, con las condiciones ya indicadas, es el propio Estado el que le confiere la potestad de resolver las controversias, entre las partes involucradas, con carácter obligatorio. El árbitro conoce de las pretensiones de la partes, las sustancia y

resuelve, mediante un laudo, que constituye el pronunciamiento definitivo, que en el caso del Ecuador, no admite recurso alguno, salvo una posterior acción de nulidad que busca el control de legalidad al que se somete el laudo arbitral, laudo al que la doctrina lo asimila a la sentencia de los jueces ordinarios.

Nuestra constitución vigente desde el año 2008 reconoce al Arbitraje la calidad de mecanismo alternativo de solución de conflictos, disponiendo en forma expresa: “... **Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir...**”, si bien no lo define, si recoge la esencia de estos mecanismos. Son métodos o mecanismos alternativos de solución, es decir, no es que sustituye o modifica a la justicia ordinaria, sino que más bien lo que hacen es permitir una alternativa a las partes para que pacten estos mecanismos de solución de conflictos, y eso si una vez seleccionado un mecanismo, en el caso del arbitraje, este excluye a la justicia ordinaria.

En el Ecuador, tanto el arbitraje como otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, han sido reconocidos por la Constitución de la República, consecuentemente el reconocimiento de la jurisdicción arbitral emana de la propia norma suprema, más aún, si como revisamos en líneas posteriores ésta consagra que la existencia y reconocimiento del mismo no afecta la unidad jurisdiccional.¹⁹

La Ley de Arbitraje y Mediación, Codificada en el año 2006, en el artículo 1 define al Arbitraje como un *mecanismo alternativo de solución de conflictos*, en virtud del cual las partes, de mutuo acuerdo, someten controversias susceptibles de transacción, sean estas presentes o futuras, a la decisión de árbitros.²⁰ Algunas

¹⁹ Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.

²⁰ Art. 1. El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los

precisiones proceden hacerse respecto de esta definición, que nos introduce plenamente a la institución materia de nuestro análisis, más allá de contemplar lo ya indicado, esto es, de ser un mecanismo alternativo, nos lleva a algunas consideraciones que analizaremos en las siguientes líneas.

La primera de ellas tiene relación con lo manifestado en la teoría Contractualista, lo que da origen al arbitraje es la voluntad de las partes de someter sus controversias, presentes o futuras, a este mecanismo, por lo tanto existe el reconocimiento de la autonomía de la voluntad en su origen. La segunda consideración es que estas controversias tienen que versar o tratarse, conflictos presentes o futuros de una determinada relación jurídica, el autor González de Cossío, Francisco (2007), en su obra Arbitraje ha señalado que él no determinarse a qué relación jurídica se constriñe el arbitraje conlleve que el convenio arbitral no sea válido²¹, aspecto con el cual coincidimos.

Para que las controversias puedan ser susceptibles de Arbitraje deben cumplirse dos condiciones: la primera que versen sobre materia transigible, y la segunda que las partes tengan capacidad de disposición de los bienes, lo cual se colige o es consecuencia de las primeras de las mencionadas.

El artículo 4 de la ley de Arbitraje y Mediación, establece que quienes pueden someter sus controversias a arbitraje son aquellas que tienen la capacidad para transigir. La transacción es un contrato previsto en el Código Civil, en virtud del cual las personas o terminan un litigio, ya iniciado, en forma extrajudicial o prevén la posibilidad del inicio de un litigio.²² El artículo 2349 del Código Civil vigente establece que no puede transigir sino la persona que sea capaz de disponer de los bienes que se encuentran comprendidos en la transacción.

tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

²¹ Página 67, de la obra Arbitraje del autor antes señalado.

²² Art. 2348.- Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.

La regla general, en materia civil, es la capacidad de las personas²³, siendo la excepción aquellas que la ley declara incapaces, que pueden ser relativos o absolutos²⁴. Debemos recordar, en forma general, el efecto de los actos y contratos realizados por estos, siendo diferente si se trata de un incapaz relativo o absoluto.

La normativa civil vigente establece que no serán susceptibles de transacción, las siguientes materias: las que versen sobre el estado civil de las personas²⁵, la acción penal que deviene de la comisión de un delito, pese a que la acción civil si podrá ser susceptible de transacción²⁶; en el caso de alimentos futuros el Código Civil establece una condicionante, el requerimiento de aprobación judicial, sin contravenir lo expresamente determinado en la misma normativa civil²⁷; la ley civil establece que no vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen, por lo tanto no es materia susceptible de transar²⁸.

Se establece como efecto la nulidad de la transacción en los casos de aquella que se obtiene con títulos falsos, la obtenida con dolo o violencia; aquella celebrada en consideración a un título nulo, con la salvedad prevista en la Ley; y, si el litigio ya ha terminado por sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada o si la parte tenía conocimiento de la misma al tiempo de transigir.²⁹

²³ Art. 1462.- Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces.

²⁴ Art. 1463.- (Reformado por la Disposición Reformativa 11 de la Ley s/n, R.O. 796-S, 25-IX-2012).- Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y la persona sorda que no pueda darse a entender de manera verbal, por escrito o por lengua de señas.

Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes.

Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

²⁵ Art. 2352.- No se puede transigir sobre el estado civil de las personas.

²⁶ Art. 2351.- La transacción puede recaer sobre la acción civil que nace de delito; pero sin perjuicio de la acción penal.

²⁷ Art. 2353.- La transacción sobre alimentos futuros de las personas a quienes se deban por ley, no valdrá sin aprobación judicial; ni podrá el juez aprobarla, si en ella se contraviene a lo dispuesto en los Arts. 362 y 363.

²⁸ Art. 2354.- No vale la transacción sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen.

²⁹ Art. 2355.- Es nula en todas sus partes la transacción obtenida por títulos falsificados, y en general, por dolo o violencia.

Art. 2356.- Es nula en todas sus partes la transacción celebrada en consideración a un título nulo, a menos que las partes hayan tratado expresamente sobre la nulidad del título.

Un aspecto que deberán constatar los Árbitros al tiempo de conocer sobre una controversia sometida a arbitraje, es sobre la capacidad de las personas, y sobre si la materia cumple con los parámetros antes señalados, posterior a esto podrán declararse competentes para conocer y resolver sobre la materia que se somete a su decisión.

A manera de conclusión de estas líneas generales sobre el arbitraje y a efectos de entrar al análisis del convenio y procedimiento arbitral propiamente dichos, debemos hacer unas pocas reflexiones adicionales. Estamos definitivamente frente a una jurisdicción arbitral, diferente a la jurisdicción ordinaria, que como resaltábamos en líneas anteriores es alternativa a la última de las nombradas, pero que una vez pactada excluye a la justicia ordinaria, a menos que se la renuncie en forma expresa o tácita; sin embargo, debemos mencionar que existen importantes puntos de confluencia entre ambas.

El arbitraje tiene una naturaleza propia, es una institución sui generis, que se va configurando con sus propios principios e instituciones, conforme hemos revisado en líneas anteriores, y que solamente a partir de ésta concepción es comprensible su existencia, importancia y trascendencia en materia jurídica.

Al decir del autor Becerra Toro, Rodrigo (2007) en su obra Manual de Arbitraje en Colombia – Teoría y práctica, al hacer referirse a la jurisdicción arbitral ha dicho:

Art. 2357.- Es nula, asimismo, la transacción, si al tiempo de celebrarse estuviere ya terminado el litigio por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y de que las partes o alguna de ellas no hayan tenido conocimiento al tiempo de transigir.

No abrigamos dudas que el arbitraje tiene carácter voluntario, que se expresa por medio de un contrato, pero que frente a la noción de la jurisdicción del Estado ostenta particularidades que debemos precisar, en orden a fijar la idea de la jurisdicción arbitral. Ellas son: 1. En primer término, la jurisdicción del Estado es plena, en la medida que abarca todas las disciplinas e intereses que pueden ser ventilada a través de sus órganos, mientras que la arbitral es limitada y se concreta a los conflictos determinados que las partes someten a su decisión; 2. La jurisdicción del Estado no es discutible, y sólo excepcionalmente puede controvertirse la competencia del juez, mientras que ante la discusión a cerca de la existencia del arbitraje para determinado conflicto de intereses, resulta cuestionada; 3. Los jueces del Estado, por principio, gozan de la independencia que les reconoce el estatuto orgánico de la administración de justicia, al paso que los árbitros solamente tienen la limitada independencia que les confieren las partes; 4. El instituto de los impedimentos y recusaciones de los jueces ordinarios, resulta morigerado y hasta atenuado en caso de los árbitros; 5. La responsabilidad del juez por los actos cometidos en el ejercicio del cargo emanan del estatuto orgánico de la administración de justicia, en últimas de la ley, mientras la de los árbitros se origina en la relación judicial privada que surge entre las partes y los árbitros.

2.1.5. Reconocimiento Constitucional y Legal del Arbitraje.- Revisión del texto de la Constitución, la del año 1998 y de la año 2008. Ley de Arbitraje y Mediación, Codificación del año 2006.

Pasaremos a continuación a hacer una revisión de la institución del Arbitraje, desde el punto de vista constitucional, y su reconocimiento legal. Para analizar la

Constitución lo haremos desde un doble punto de vista, primero iniciando el análisis de si el Arbitraje alcanza a hacer efectiva la Tutela Judicial Efectiva, y el Debido proceso; y, segundo, desde la concepción del arbitraje y cómo, a partir de su reconocimiento constitucional, se ha desarrollado el ordenamiento jurídico de inferior jerarquía.

La Constitución del año 1998, vigente hasta octubre del 2008, consagraba el derecho a la tutela judicial efectiva³⁰, aunque en una forma más limitada y sin los alcances que tiene, actualmente, el artículo 75 de la norma suprema vigente, que define a la tutela judicial efectiva, dentro de los derechos de PROTECCIÓN, y cuyo texto es el siguiente:

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

Podemos observar que la Constitución vigente agrega la sujeción a los principios de inmediación³¹ y celeridad³², no pudiendo dejar a quien recurre a ella en indefensión.

Como elementos de la tutela judicial efectiva podemos considerar: 1) el acceso a la justicia y la gratuidad de la misma; 2) la protección – tutela efectiva – de sus derechos e intereses; y, 3) la sanción por el incumplimiento de las resoluciones judiciales.

³⁰ Artículo 24, número 17.- “Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos tutela efectiva, imparcial y efectiva de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

³¹ Consistente en la cercanía que debe existir entre el Juzgador y el justiciable, lo cual permite que las decisiones judiciales sean adoptadas de mejor forma,

³² Celeridad procesal, desarrollar el proceso dentro de los tiempos determinados por la ley, permitiendo que cada etapa vaya precluyendo, y avanzar conforme los tiempos previstos, recordemos el adagio que dice que justicia tardía no es justicia.

La Tutela Judicial Efectiva ha sido definida por Hernández Terán, Miguel (2005) en su obra La Tutela Judicial Efectiva como Instrumento Esencial de la Democracia, como:

La posibilidad de jurídica que tiene un sujeto del Derecho a acceder en condiciones de igualdad con otro sujeto de similares características a la administración de justicia o a órganos relacionados en forma directa con ella, y a conseguir de dicha administración en tiempo razonable y en el marco de un debido proceso, una resolución motivada y justa que debe cumplirse en forma integral y real en forma inmediata, salvo que por la materia de la decisión o por otra circunstancia su ejecución exija un tiempo posterior.

Además de los elementos señalados en el artículo de la Constitución de la República que hemos citado en líneas anteriores, debemos notar aquello que en forma acertada incluye el autor, el derecho a acceder en condiciones de igualdad con otro sujeto, indicando que pueden ser a la administración de justicia o a órganos relacionados en forma directa a ella. El autor incluye dos elementos que son básicos dentro de la Tutela Judicial Efectiva, por un lado, la decisión en un tiempo razonable, que podemos vincularla o relacionarla a la celeridad consagrado en nuestra constitución; y, por otro la obtención de una resolución motivada, que a decir el mismo Hernández Terán, Miguel (2004) en su obra Seguridad Jurídica, consiste en:

La exposición ordenada, razonada, coherente e interrelacionada, en sus elementos constitutivos fundamentales, por medio de la cual la autoridad pública justifica racional y jurídicamente la resolución que toma en el caso específico sometido a su conocimiento y definición, facilitando la defensa del administrado en caso de inconformidad con su contenido de fondo y su fiscalización.

Bajo estos lineamientos procede plantearnos la inquietud si a través del arbitraje se puede hacer efectivo el derecho a la tutela judicial efectiva. Luego de análisis de la jurisprudencia, en materia constitucional y de la doctrina en la materia, consideramos que la respuesta es afirmativa, no solamente puede hacerse efectiva la tutela judicial, sino que, además, en todo procedimiento arbitral, sea en equidad o en derecho, debe respetarse el debido proceso.

De la revisión de las causales previstas en la ley de la materia para que proceda la acción de nulidad se realiza el control de legalidad del laudo arbitral, vemos que en su mayoría éstas tienen que ver, directamente, con el debido proceso, y concretamente el derecho a la defensa - en igualdad de condiciones - dentro del procedimiento.

Al respecto Barona Vilar, Silvia (2010) citada por Rodríguez Roblero, María Inmaculada, en su obra Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje, al respecto ha manifestado:

La fuerza jurídica que el ordenamiento jurídico ha venido otorgando y otorga a la decisión arbitral, las garantías de los principios esenciales del proceso que se predicán y exigen del sistema arbitral en su conjunto, abogan por la consideración del arbitraje como uno de los medios de la tutela que los ordenamientos jurídicos han querido presentar a los ciudadanos. Ese medio de tutela, al que se acude por ejercicio de la libertad, es controlado por el Estado, tanto desde el punto de vista legislativo - es el Poder Legislativo el que aprueba la Ley de Arbitraje - como desde el punto de vista del poder judicial, a través de la posible anulación del laudo en firme (...) o a través de la función de ejecutar lo juzgado por los árbitros.

Nótese en la cita que, conforme lo indicábamos en líneas anteriores, existe un control de legalidad de las actuaciones arbitrales, sea por vía Legislativa, a través de las leyes de arbitrajes que los Estados tienen aprobadas, o por vía judicial, mediante dos formas, a través de la acción de nulidad, que analizaremos más adelante, o a través de la ejecución del laudo por parte de los órganos jurisdiccionales.

Consideramos pertinente citar una sentencia de la Corte Constitucional de Venezuela respecto del fin y dimensión del arbitraje que permite resaltar la importancia de la institución arbitral y destacar la trascendencia de la misma, más allá del simple hecho descongestionar los juzgados y tribunales de justicia ordinaria, sentencia que tiene el siguiente texto:

A través de mecanismos alternos al del procedimiento judicial, se logra el fin del derecho como lo es la paz social perfecta conjunción con el poder judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia.

A esta óptica objetiva de los medios alternativos de solución de conflictos, ha de añadirse su óptica subjetiva, en el sentido de que dicho medios con inclusión del arbitraje, en tanto integran el sistema de justicia, se vinculan con el derecho de tutela jurisdiccional eficaz.... En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, entre ellos evidentemente el arbitraje. (Sentencia del 28 de febrero del 2008, Sala de lo Constitucional de Venezuela).

En el Ecuador el arbitraje es una institución de reconocimiento constitucional, y las normas que regulan su existencia y desarrollo devienen en un despliegue normativo que iniciándose en la Constitución van desarrollándose en normas de inferior jerarquía, que nos permite obtener el panorama completo sobre esta institución en el Ecuador, a continuación haremos una revisión de estas normas, a fin de comprender el marco normativo que regula al arbitraje.

El artículo 97 de la constitución³³ vigente abre la puerta a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, normando a partir de los *colectivos*, refiriéndose en forma expresa a la mediación, y remitiendo a que éstos sean desarrollados en las formas que determine la ley, por lo tanto los requisitos y las formas serán los que ésta prevea. En este artículo se consagra la autonomía de la voluntad, y la alternabilidad, respecto del justiciable, al tiempo de acceder a la administración de justicia.

El artículo 190 expresamente reconoce al **“arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos de solución de conflictos”**, al respecto debemos ratificarnos en el análisis realizado al inicio de esta investigación en cuanto a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, los que deben ser desarrollados conforme a la ley y en materias que por su naturaleza se pueda transigir.

El segundo inciso del artículo 190 ha generado bastante polémica en aquellos arbitrajes que tienen como partes, sean actores o demandados, a instituciones del sector público. En el artículo citado, aunque nos remite a la Ley, se hacen algunas precisiones que son importantes considerar, la primera de ellas es que se constriñe al arbitraje únicamente a la contratación pública, y ubicándose dentro de ésta, lo limita al

³³ Art. 97.- Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir.

Se reconoce al voluntariado de acción social y desarrollo como una forma de participación social.

arbitraje en derecho, no se admite en equidad; y, finalmente dispone que debe existir un pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado.

Como revisamos en líneas anteriores, con la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial, en el año 2009³⁴, el Ecuador adoptó una postura en firme en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje, optando por la teoría jurisdiccional al disponer en forma expresa en el artículo 7 de dicho cuerpo normativo que los árbitros ejercen potestades jurisdiccionales, las mismas que las ejecutarán conforme lo previsto en la Constitución vigente y en la ley³⁵. Este artículo del Código Orgánico de la Función Judicial debemos revisarlo en concordancia con lo previsto en el artículo 168 de la Constitución:

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.

Dentro de las potestades jurisdiccionales encontramos al arbitraje, en los términos previstos en la Constitución, el Código Orgánico, Código de Procedimiento Civil y Ley de Arbitraje y Mediación, vigentes.

³⁴ Ley s/n (Suplemento del Registro Oficial 544, 9-III-2009).

³⁵ Art. 7. Principios de legalidad, jurisdicción y competencia.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.

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

Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. **Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.**

A efectos de completar este análisis debemos revisar el concepto de jurisdicción del Código Orgánico de la Función Judicial, al definirla en mejor forma que el Código de Procedimiento Civil, el que en indebida forma mezclaba los conceptos de jurisdicción y competencia. Así la jurisdicción es:

Art. 150.- Jurisdicción.- La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia.

Sin embargo de la lectura del artículo 150 antes citado encontramos que la jurisdicción consiste en “la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”, aunque como habíamos visto lo referente a la naturaleza jurídica no tiene una postura única por parte de la doctrina, este concepto es otro esgrimido para no acoger la teoría jurisdiccional, puesto que como hemos revisado los árbitros no pueden ejecutar las decisiones que adoptan, no gozando del imperium que es exclusivo de la jurisdicción ordinaria.

El Código de Procedimiento Civil establece en los artículos 5 y 17 la existencia de la jurisdicción arbitral, si observamos el texto de ambos artículos, estos han sido reformados mediante Ley s/n, publicada en el Registro Oficial No. 544 – S del 9 de marzo del 2009, esto es por el Código Orgánico de la Función Judicial, creando un todo armónico y coherente con lo previsto en los cuerpos normativos ya citados.

Art. 5.- La jurisdicción se ejerce por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial. También la ejercen, de acuerdo con la Constitución de la República y sus leyes propias: las juezas y jueces de paz, los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje y las autoridades de los pueblos indígenas.

Art. 17.- Ejercen jurisdicción convencional las juezas y jueces árbitros.

2.1.6. Convenio Arbitral

Independiente de la teoría que se adopte para comprender la naturaleza jurídica del arbitraje, no podemos negar que el convenio arbitral es lo medular respecto de ésta institución. En el convenio se encuentra la voluntad de las partes de someter sus controversias, presentes o futuras, y respecto de una determinada relación, sea contractual o extracontractual al arbitraje. Entonces éste se construye a partir de este acuerdo de voluntades, en virtud del cual las partes renuncian expresamente a la justicia ordinaria, y acuerdan someter sus diferencias a la decisión de un tercero, que debe cumplir los requisitos de imparcialidad e independencia; destacando finalmente que por el hecho de aceptar el arbitraje se obligan a aceptar la decisión de este tercero.

El convenio arbitral, es lo fundamental en materia de arbitraje, pues en este se determinan las condiciones y el procedimiento a seguir según el tipo de arbitraje. Cuando revisábamos, en líneas anteriores, los principios que inspiran el arbitraje, indicábamos que el Tribunal Arbitral, debidamente designado y posesionado, lo primero que hace es constatar la existencia del convenio, y una vez determinada su existencia verificar si es competente para conocer y resolver sobre la controversia sometida a su conocimiento.

Reseñábamos que lo primero que hace el Tribunal, en la audiencia de sustanciación, es analizar sobre su propia competencia. Para poder declararse competente para resolver la controversia el Tribunal deberá hacer un doble análisis, primero, deberá analizar si la controversia es susceptible de ser resuelta en arbitraje - ya habíamos indicado en líneas anteriores que existen materias que no pueden ser sometidas a conocimiento y resolución de un Tribunal Arbitral -, esto es lo que se conoce como Arbitrabilidad Objetiva, que viene relacionada con la materia; y, el segundo aspecto a analizar, y que ha sido también expuesto en líneas anteriores, tiene

que ver con la capacidad de las partes para someter la causa a árbitros, lo que se llama Arbitrabilidad Subjetiva; cumplidos estos dos presupuestos procede declararse competente.

Luego de este análisis, y superados ambos aspectos, sino tendrá que declararse incompetente, sea en razón de la materia o de las personas del análisis del convenio arbitral, deberá revisar otros dos aspectos básicos, el primero de estos, es que la voluntad de las partes sea expresa de ir a arbitraje; y segundo, como consecuencia de ésta voluntad el excluir la justicia ordinaria.

En ocasiones este último elemento no queda claramente determinado en el convenio arbitral, debido, básicamente, a mala redacción del mismo, lo cual complica, en ocasiones, esa voluntad de las partes de ir a arbitraje, para esto la doctrina ha desarrollado el principio “pro arbitraje” o “a favor del arbitraje”, que analizábamos en líneas anteriores, y que en el caso de nuestro ordenamiento jurídico se encuentra desarrollado en el segundo inciso del artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que textualmente dispone:

Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán de inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días.

La Ley expresamente dispone “en caso de duda” del operador de justicia, deberá de estar a favor de que las controversias sean sometidas a arbitraje. Igualmente el tribunal arbitral, al tiempo de conocer una controversia y analizar el convenio, deberá

de evitar encontrar, lo que en doctrina se llama “patologías” en la cláusula, y buscar resolver la controversia a favor del arbitraje, partiendo de que ésta es la voluntad de las partes.

Debemos manifestar que lo expuesto aunque puede parecer sencillo, y podamos considerar que el asunto está resuelto, no es menos cierto que en la práctica, a lo largo de la sustanciación del proceso las situaciones que se han presentado, en materia de competencia del tribunal arbitral, han sido complicadas, y serias impugnaciones se han producido en ocasiones al tiempo de la declaratoria de competencia.

Al decir del Salcedo Verduga, Ernesto, en su obra El Arbitraje: La Justicia Alternativa (2007) el “favor arbitralis” es:

El principio legal por el cual el ordenamiento jurídico protege al sistema arbitral contra las armas legales que para la jurisdicción ordinaria reconoce la tutela judicial efectiva del Estado. Lo que quiere el Estado es que el arbitraje no sea letra muerta y que quienes se sustrajeron a su jurisdicción, no la invoquen cuando consideren que el arbitraje no satisfizo sus intereses, sino en casos muy extremos que tiene que ver por lo general con la vulneración de principios constitucionales o normas de orden público que importan al arbitraje.

Actualmente, tanto la doctrina como la mayoría de las legislaciones se refieren al convenio arbitral, para hacer referencia al pacto o acuerdo de voluntades, en virtud del cual las partes acuerdan someter sus controversias, presentes o futuras, de una determinada relación contractual o extracontractual, al arbitraje; de hecho no solamente la doctrina y las legislaciones, sino también la normativa referencial desarrollada por entes internacionales o en convenciones internacionales se ha adoptado ésta única forma, como un intento de uniformar la legislación, y evitar los embates que pudiere sufrir el arbitraje, por parte de la justicia ordinaria.

Antes, tanto la doctrina como la jurisprudencia hacían referencia a la cláusula compromisoria y al compromiso. Así podemos decir que, en virtud de la cláusula compromisoria, las partes acordaban, que a futuro cuando se produzca la controversia celebrarían un compromiso, el cual contenía la voluntad expresa de someter la controversia a arbitraje, en los términos indicados, es decir todos o algunos aspectos de una determinada relación contractual o extracontractual. La cláusula compromisoria a decir de la doctrina era un verdadero contrato, de carácter preparatorio para entrar a arbitraje.

Mientras que el compromiso, era el contrato en virtud del cual se definían las características del arbitraje, y expresamente las partes aceptaban someter sus controversias a arbitraje, entonces era en este documento en donde constaba la voluntad expresa ir arbitraje.

Para el autor Briseño Sierra, Humberto, en El Arbitraje Comercial (1979) la cláusula compromisoria no es otra que aquella que tiene por finalidad:

Expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje controversias futuras que puedan suscitarse por el contrato en el que la cláusula está inserta, sin más especificaciones que sobre el organismo arbitral, a veces las reglas del procedimiento y otras la misma sede del arbitraje, y aun el idioma que se empleará.

Mientras que para el mismo autor, el compromiso es:

Un contrato con toda la extensión de previsiones en el que se comienza por indicar el conflicto ya suscitado, las partes intervinientes, el sujeto nombrado árbitro, la facultad que se le otorga, etc., y también de una manera más o menos coincidente, los otros puntos que pueden aparecer de la cláusula, con son las leyes aplicables, las reglas del procedimiento, las facultades para decidir

conforme a derecho o sin justificar los puntos resolutivos, es decir, en equidad, como amigable composición o “ex aequo et bono”, etcétera.

Como podemos observar existe una diferencia fundamental entre cláusula compromisoria y compromiso. Podemos destacar que en la cláusula compromisoria, no hay conflicto se prevé que cuando éste se presente, de presentarse, entonces las partes irán a arbitraje; mientras que en el compromiso, ya existe el conflicto, entonces presentado éste las partes tendrán que suscribir un acuerdo en el que definan las reglas de procedimiento, y demás aspectos intrínsecos y propios del arbitraje.

Para el autor Soto Coaguila, Carlos Alberto (2008) en la Obra El Arbitraje en el Perú y el Mundo, en el desarrollo de su artículo Comentarios a la Ley General de Arbitraje del Perú, la diferencia entre ambas instituciones consistía en:

La cláusula compromisoria (artículo 1906 a 1908) y el compromiso arbitral (1909 a 1922) eran dos contratos nominados regulados por el Código Civil. La cláusula compromisoria era un contrato preliminar por el cual las partes se obligaban a celebrar, en el futuro, un compromiso arbitral; y, el compromiso arbitral era el acuerdo expreso de las partes de someter una determinada controversia, materia o no de juicio, a la decisión de terceros designados por las partes, siendo dicha decisión de cumplimiento obligatorio.

Lo que diferenciaba la cláusula compromisoria del compromiso arbitral era la presencia de un determinado conflicto entre las partes. Así, por la primera figura jurídica, los sujetos contratantes únicamente pactaban someter a arbitraje sus conflictos futuros; en cambio, mediante el compromiso arbitral, estipulaban someter a arbitraje un conflicto existente. Sin mayor

esfuerzo, podemos concluir que la regulación del arbitraje, estos es, exigiendo la suscripción de dos contratos independientes, era “absolutamente inoperante”.

Finalmente el autor antes citado concluye que esta distinción, y la suscripción de dos convenios hacía completamente imposible que las controversias de las personas, sean estas contractuales o no, se sometieran a arbitraje, quedando como única alternativa la justicia ordinaria. Como dicen Castillo Freyre, Mario y Sabroso Minaya, Rita en la obra Derecho Arbitral en Contenido y Forma del Convenio Arbitral (2013):

En la práctica, lo que ocurría – en la mayoría de los casos – era que una de las partes se negaba a suscribir el compromiso arbitral. Ante esa situación, la parte que quería resolver sus controversias vía arbitraje debía acudir al Poder Judicial, para que – luego de un largo proceso – sea el juez el que otorgara el compromiso arbitral.

Para el autor De Trazegnies Granda, Fernando en El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y español, Los conceptos y las cosas. Vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral (1989) por esta distinción el arbitraje “... terminaba siendo un sistema absolutamente inoperante...”.

De la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso, ampliamente criticada por la doctrina ha dado paso a un nuevo concepto que es el convenio arbitral, así este convenio es autosuficiente, y este único acuerdo el que genera los efectos jurídicos que producían antes los dos instrumentos que debían suscribir las partes para poder acceder al arbitraje; produciendo éste el efecto que, ya en líneas anteriores en este trabajo destacábamos, la exclusión de la justicia ordinaria, y hacer nacer la jurisdicción de los árbitros. Así los autores Chillón Medina, José María y Merino Merchán, José Fernando en su obra Tratado de arbitraje privado interno e internacional (1991) han dicho:

La evolución hacia la identificación de cláusula y compromiso arbitral recubriéndolas bajo la noción común y unitaria de convenio arbitral ha estado presidida por una idea de fuerza: que el arbitraje constituye – y mucho más marcadamente como hemos tenido ocasión de ver, en el plano internacional – una institución que se pretende autosuficiente, en el sentido de no precisar, salvo casos absolutamente necesarios, del auxilio o colaboración de los órganos de la justicia estatal. Consecuencia inmediata de ello – y punto clave en el normal desarrollo de la operación arbitral - es la atribución de eficacia directa tanto sustantiva como procesal al convenio, comprensivo a su vez de las dos modalidades señaladas (cláusula compromisoria y compromiso arbitral). La específica virtualidad del arbitraje exige también una eficacia específica del convenio arbitral; no como simple contrato; menos como precontrato o pacto de contrahendo. De aquí que progresivamente se haya abierto camino en el derecho positivo del arbitraje, tanto interno como internacional, la identificación de cláusula compromisoria y compromiso, como simples modalidades de la noción genérica o unitaria de convenio o pacto arbitral. Son numerosos hoy en día los ordenamientos internos que borran la distinción entre compromiso y cláusula compromisoria entronizando el concepto unitario de convenio arbitral.

El protocolo de Ginebra, suscrito en el año 1923, es el primer instrumento internacional que da inicio a este concepto de la autosuficiencia del convenio arbitral, a decir el autor Roque Caivano este documento tuvo como objetivo buscar el reconocimiento de los convenios arbitrales en materia comercial en el marco del arbitraje internacional, de tal forma que si una parte, existiendo un convenio recurre a la

justicia ordinaria, el operador de justicia se vea en la obligación de remitir el expediente arbitraje³⁶.

Como indicábamos en líneas anteriores la Ley Modelo de UNCITRAL, buscando uniformidad en cuanto al arbitraje, como una propuesta para ser acogida por los países en sus legislaciones nacionales, ha desarrollado en el artículo 7 dos opciones de convenio arbitral, en ambas, se plasma esta concepción única de convenio arbitral, superando la distinción a la que hemos hecho referencia y que complicaba el desarrollo del arbitraje, los textos son los siguientes:

Opción I

Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

(Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

Opción II

Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje

³⁶ El artículo 1 del Convenio textualmente decía: ... cada uno de los Estados contratantes reconoce la validez de un acuerdo, relativo a diferencias actuales o futuras entre partes sujetas, respectivamente, a la jurisdicción de los diferentes Estados contratantes, por el que las partes en un contrato convienen en someter a arbitraje todas o cualesquiera diferencia que puedan suscitarse respecto de tal contrato, relativo a asuntos comerciales o cualquier otro susceptible de arreglo por arbitraje, deba o no éste tener lugar en un país a cuya jurisdicción ninguna de las partes esté sujeta.

(Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.

Por su parte la Convención de Nueva York (1958) para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos, de la que el Ecuador es suscriptor, en el artículo II señala, al referirse al convenio arbitral, que este consiste en:

Artículo II

Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

La Convención de Panamá del año 1975 recoge el mismo concepto contenido en la Convención de Nueva York, al incluir como artículo 1 el texto cuyo contenido es el siguiente:

Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex.

La importancia de la convención de Panamá, es que siendo suscriptores de la misma la mayoría de los países latinoamericanos, permitió que opere el cambio de concepción de cláusula compromisoria y compromiso a convenio arbitral; y motivó el

cambio de las legislaciones internas. Así el autor Salcedo Verduga, Ernesto en su obra, ya citada, el Arbitraje: La Justicia Alternativa, ha dicho:

En la derogada legislación del Código de Procedimiento Civil sobre arbitraje, la cláusula compromisoria estaba contenida en el compromiso de las partes de someterse a la decisión de árbitros, cláusula compromisoria y compromiso que podían ser anteriores a la controversia, o convenirse a posteriori en cualquier estado de la causa pendiente. Una característica esencial de este contrato de compromiso era su formalización judicial. Mediante ella, las partes se obligaban en el mismo contrato a designar al juez de lo civil que debía dar posesión a los árbitros, intervenir en la causa en los casos en que ésta pasara a la jurisdicción legal, y ejecutar el laudo (derogado art. 958, ordinal 11 del CPC).

Si bien la legislación procesal civil reconocía un solo instrumento su aplicación práctica incluía la formalización judicial, permitiendo interacción entre la justicia ordinaria y la arbitral, que si bien no es negativo, no es menos cierto que lo ideal es la independencia y menor actuación de órganos judiciales con los tribunales arbitrales.

Para finalizar estas líneas corresponde citar el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación vigente, que elimina, tanto la formalización judicial, como la diferencia que existió entre cláusula compromisoria y compromiso, cuyo texto es el siguiente:

Art. 5. El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Art. 6.- Se entenderá que existe un convenio arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.

Con los elementos antes expuestos pasemos a revisar algunos conceptos que formula la doctrina con relación al Convenio Arbitral:

Para los autores Peña Castrillón, Gilberto y Martínez Neira, Néstor en Pacto Arbitral y arbitramento en conciencia (1988), el convenio arbitral es un:

Acto jurídico bilateral o plurilateral, como quiera que se constituya la expresión de voluntad de los contratantes destinada a producir un efecto jurídico; otorgar una jurisdicción espacial a los árbitros para que diriman en derecho o en conciencia las controversias presentes o futuras que puedan vincularlos. (PÁG. 35)

Para el autor González de Cossío, Francisco (2008) en El Arbitraje, el acuerdo arbitral es “... **un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje...**”

Para el argentino Caivano, Roque (2011) en el Control Judicial del Arbitraje, en términos generales podemos definir al convenio arbitral como “... **el acuerdo de voluntades por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o pueden surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o extracontractual...**”

El autor colombiano Charry Uribe, Leonardo en Arbitraje Mercantil Internacional (1988), construye la definición de convenio arbitral a partir de lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia:

Es el contrato que celebran personas capaces de transigir con el fin de someter a la decisión de árbitros, en el lugar de un fallo de la rama jurisdiccional del poder público, una diferencia concreta legalmente susceptible de transacción, antes o después que se haya iniciado el pleito correspondiente. Se trata de un acuerdo principal y solemne.

Así el autor considera que el convenio arbitral es el “... **contrato de convenio es sin duda un contrato de derecho privado, aún cuando tenga efectos procesales, ya que para su plena eficacia debe cumplir con los elementos genéricos de todo contrato...**” (pp 26 - 27)

La autora Bernardo San José, Alicia en Arbitraje y jurisdicción: incompatibilidad y vías de exclusión, ha dicho que el convenio arbitral reúne los siguientes elementos:

El convenio arbitral, a diferencia de los que podríamos denominar contratos privados “ordinarios”, tiene como finalidad específica la producción de efectos procesales, no materiales. En otras palabras, la eficacia de un convenio arbitral no altera las relaciones jurídico – materiales entre las partes contratantes, pero sí incide en la forma en que éstas van a resolver las controversias que eventualmente puedan surgir. Como es bien sabido, la finalidad primordial del convenio arbitral es excluir de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de una determinada controversia y obtener su resolución a través de un laudo que produzca los mismos efectos que una sentencia en firme: cosa juzgada y ejecutoriedad.

La autora citada incluye ya los efectos del laudo arbitral, comparándolos con los efectos que producen las sentencias³⁷ dentro de la justicia ordinaria. Así también del concepto podemos observar que los efectos del arbitraje se producen en el ámbito procesal, produciendo certeza y seguridad jurídica, al producir el laudo el mismo efecto procesal de la sentencia, lo cual mira al interés público, donde finalmente es el Estado quien finalmente garantiza la solución definitiva de controversias, y que permite entonces que las partes habiendo renunciado a la tutela judicial que le deben conferir los órganos de la justicia ordinaria, igualmente la obtengan a través de la jurisdicción convencional.

El Convenio Arbitral debe cumplir con requisitos tanto de existencia, como de validez del mismo. Así en cuanto a la existencia del convenio, es decir para que el acto exista, al decir del autor González de Cossío, Francisco (2007) en Arbitraje, estos consisten en el consentimiento y que el objeto pueda ser materia de arbitraje.

En cuanto al consentimiento en materia arbitral, no podrá suponerse, sino que debe ser expreso, la declaración o manifestación de voluntad de la partes de someter sus controversias a arbitraje tiene que constar en el convenio arbitral, lo hemos revisado en líneas anteriores, consentimiento que debe constar por escrito, nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, en forma clara dispone que el acuerdo debe constar por escrito.

Sobre este punto existe en la doctrina la discusión si el requerimiento de que el convenio arbitral conste por escrito es una exigencia *ad solemnitatem* o *ad probationem*. Al respecto debemos manifestar que gran parte de ésta concluye que se trata de una exigencia *ad probationem*, es decir necesario para probar la voluntad expresa de las partes de ir a arbitraje, sea en un contrato o por cualquier mecanismo que deje constancia por escrito.³⁸

³⁷ La sentencia es el auto que pone fin a la controversia, según palabras del Código de Procedimiento Civil.

³⁸ Así Salcedo Verduga Ernesto, en su obra El Arbitraje La Justicia Alternativa (2007) sostiene, sustentado en la opinión de Martínez Vázquez de Castro, Luis en su obra La cláusula compromisoria en el arbitraje civil, que se trata de una forma *ad probationem*. Señalando el último de los citados lo siguiente: "Es interesante recordar brevemente la diferencia entre

El convenio arbitral puede constar en el mismo contrato que contiene la relación jurídica y sus efectos, que en caso de presentarse controversias se acuerda que sean sometidas al arbitraje, o, podrá constar en un documento independiente; lo que es decisivo es que la voluntad de ir arbitraje debe de ser unívoca, por lo que se admite entonces cualquier documento que permita tener una constancia clara de la misma, así el artículo 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador así lo reconoce³⁹. Para que el documento que no se encuentre incorporado al contrato cuyas divergencias se someterán a arbitraje produzca efectos, nuestra ley de Arbitraje y Mediación dispone que deberá constar por escrito, que deberá constar el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere.

Igual texto ha recogido históricamente la legislación colombiana, el que no ha estado exento de críticas por considerarlo contrario a la naturaleza y al progreso del arbitraje, que cada vez va exigiendo menos formas, al respecto nos permitimos citar a Silva Romero, Eduardo que en Reflexiones sobre el contrato de arbitraje. Algunas consideraciones alrededor del arbitraje en el derecho colombiano (2003) ha dicho:

una forma ad solemnitatem y la forma ad probationem. Si se exigiera para la validez de la cláusula compromisorias en todo caso la escritura... y así se prescribiera por la ley, el documento que al efecto suscribieran las partes, sería, no tanto un medio de prueba, sino un elemento esencial del contrato, de manera que su falta, no sólo lo haría inválidos, sino también inexistente. No obstante, en muchos casos se establece en las relaciones jurídicas la forma escrita con el fin de permitir que el negocio pueda ser probado a través de la forma señalada. La escritura se establece, no a efectos formales o de validez, sino tan sólo a los efectos de prueba." Al respecto el autor Ponce Martínez Alejandro, en las Notas sobre la cláusulas compromisorias y su efecto en la Ley ecuatoriana, contenidas en la obra La cláusula arbitral del autor Caivano Roque (2011) ha dicho: "la aceptación de esta posición permitiría que se diera trámite una demanda arbitral con la oferta de justificar la existencia de un acuerdo arbitral por un medio distinto que el escrito. El autor Ponce Martínez, cita a Serrano Puig Armando, en su Ponencia No. 2, en el Primer Congreso Nacional de Arbitraje organizado por la Cámara de Comercio de Quito y Guayaquil, 5 y 6 de junio del 2000, quien ha dicho: "...la exigencia de documento escrito tiene, a mi entender, una doble finalidad; a) la de contener un acuerdo bilateral expreso de someter a arbitraje la resolución de disputas, obviando con ello la posibilidad de un acuerdo tácito y las dificultades que su alegación traería; y b) la de resolver el problema de la prueba del convenio arbitral."

Al decir de los autores Castillo Freyre Mario y Sabroso Minaya Rita, son la misma teoría de los autores antes citados, al considerar que se trata de un acto ad probationem y no solemnem. Citan a los autores Merino Merchán y Chillón Medina quienes, fundamentados en el principio de libertad de formas en el convenio arbitral, éste debe ser eficaz, y para serlo es preciso que se demuestre su existencia, por lo que es preciso probar su existencia. Finalmente los autores indicados citan a Roca Martínez, Jose María quien, a decir de los autores citados, manifiesta que es más acorde a la intención del legislador considerar la exigencia del convenio escrito un requisito ad probationem.

³⁹ Art. 6.- Se entenderá que existe un Convenio Arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al Arbitraje.

... es contraria a la tendencia general en materia de arbitraje y, lo que es peor, desentona con el sentido común. Por una parte, la mayoría de los países en los cuales existe una práctica importante en materia arbitral tienden a eliminar cada vez más las formalidades que antes se exigían respecto de pactos arbitrales. En otras palabras, el consensualismo parece hoy día ser la regla general con relación al arbitraje, y al pacto arbitral. Contra dicha tendencia el artículo 120 del Decreto 1.818 /1998 exige formalidades especiales en la estipulación de una cláusula compromisoria por referencia. Por otra parte, las formalidades exigidas contrarían el sentido común. En efecto, lo que ocurre generalmente en el comercio masivo es que los empresarios poseen condiciones generales de contratación y a ellas hacen referencia en la conclusión de contratos particulares, a veces llamados condiciones particulares de contratación o del contrato. En dichas condiciones generales de contratación, que existen desde la creación de la empresa, se incluye con frecuencia una cláusula compromisoria. Así las cosas, resulta imposible que, en dichas condiciones generales que incluyen la cláusula compromisoria, se expresen el nombre de las partes y el contrato particular de que se trata. La regla, si se quiere, debería ser la opuesta. Las partes, al hacer referencia a una cláusula compromisoria incluida en unas condiciones generales de contratación, deberían hacer referencia expresa en el contrato particular y específico que celebran a dichas condiciones y a la cláusula compromisoria que estas contengan. La confusión del derecho colombiano no es, en este caso, de orden filosófico. Más bien, se trata de una incompreensión de lo que ocurre en el comercio.

Pese a lo antes expuesto, que recoge el pensamiento de doctrina en materia de arbitraje nos permitimos discrepar con lo antes expuesto, por dos consideraciones, la

primera recordemos que no exista una determinación de la relación jurídica sometida a arbitraje lleva a la nulidad del convenio; y, la segunda consideramos que en materia de arbitraje que se origina en relaciones extracontractuales, esta precisión resulta importante. El autor Caivano, Roque en La Cláusula Arbitral (2011) ha dicho:

Un acuerdo arbitral concebido en términos tan ambiguos o genéricos que no permitan limitar su alcance a las disputas que provengan de una relación jurídica determinada, no sería aceptable. Por ejemplo, las partes no podrían convenir el sometimiento a arbitraje respecto de “cualquier disputa que pudiera surgir entre ellas”. Tal cláusula sería cuestionable, porque implicaría una renuncia general e indiscriminada a la jurisdicción de los tribunales judiciales.

Pasemos a otro aspecto vinculado al convenio arbitral, así debemos de reconocer que el avance y desarrollo de las relaciones comerciales, el volumen con que éstas se presentan y la rapidez con la que se desarrollan, ha llevado a que en los últimos años se hayan flexibilizado algunos aspectos vinculados al arbitraje, así mucho se ha discutido por parte de la doctrina sobre si las firmas autógrafas deben constar en el convenio, pero estas situaciones sumadas al avance de la tecnología y de las comunicaciones ha llevado a que existan los convenios arbitrales por telex, fax, o cualquier otro mecanismo de telecomunicaciones, e incluso por correo electrónico.

Así el artículo 45 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos⁴⁰ dispone:

Cuando las partes pacten someter las controversias a un procedimiento arbitral en la formalización del convenio arbitral como en su aplicación, podrán emplearse medios telemáticos y

⁴⁰ Publicada en el Registro Oficial No. 557 del 17 de abril del 2002.

electrónicos, siempre que ello no sea incompatible con las normas reguladoras del arbitraje.

Al respecto debemos manifestar que no es incompatible con las normas que regulan el arbitraje en el Ecuador, puesto que como ya hemos citado el artículo 6 de la ley de Arbitraje y Mediación admite “cualquier medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje”, por lo tanto nuestra ley admite cualquier medio que la tecnología moderna permita, siempre que conste en mecanismos que pueda existir la posibilidad de una posterior constatación del documento.

El convenio arbitral debe de cumplir como cualquier acto o declaración de voluntad, con el consentimiento libre de vicios de los que puede éste puede adolecer y que son: error⁴¹, fuerza⁴² y dolo⁴³.

⁴¹ Art. 1468 Código Civil.- El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

Art. 1469 Código Civil.- El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra.

Art. 1470 Código Civil.- El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante.

⁴² Art. 1472 Código Civil.- La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave.

El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

Art. 1473 Código Civil.- Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza el que es beneficiado por ella; basta que se haya empleado la fuerza por cualquiera persona, con el fin de obtener el consentimiento.

El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

Art. 1471 Código Civil.- El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato.

Pero, en este caso, la persona con quien erradamente se ha contratado, tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios que, de buena fe, haya padecido por la nulidad del contrato.

⁴³ Art. 1474.- El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado.

En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el valor total de los perjuicios, y contra las segundas, hasta el valor del provecho que han reportado del dolo.

Art. 1475.- El dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos por la ley. En los demás debe probarse.

En cuanto a los requisitos de validez del convenio arbitral como acto jurídico que es, por tratarse de un acuerdo de voluntades, debe cumplir con los requisitos que son propios de estos: capacidad de las personas que lo suscriben, lo cual hemos analizado en líneas anteriores; voluntad que no debe de estar viciada; y, objeto y causa lícita.

Antes de concluir estas líneas sobre el convenio arbitral, debemos analizar aquello que la doctrina denomina cláusulas patológicas, las que podemos definir como aquellas que están redactadas de tal forma que impiden u obstaculizan el acceso al arbitraje, de tal forma que éste se vuelve inoperante.

El autor Salcedo Verduga Ernesto en El Arbitraje la Justicia Alternativa (2007), ha definido a la cláusula patológica como aquella que:

Por defectuosos, imperfectos, ambiguos, contradictorios o incompletos, obstaculizan el normal desarrollo del arbitraje al no delimitar claramente su alcance o por incluir cuestiones sumamente complejas que presentan una altísima probabilidad de ocasionar serios problemas durante el desarrollo del proceso del arbitraje. Por lo general estas cláusulas patológicas impiden que los árbitros se declaren competentes para conocer el caso sometido a su conocimiento.

Al decir del mismo autor constituyen ejemplos de cláusulas patológicas:

1. Cuando el convenio arbitral es inexistente.- El convenio arbitral lo será cuando por no cumplir alguno de los elementos que son propios del convenio arbitral no se logra concretar la existencia de éste, como en el caso de no constar la voluntad expresa de las partes de someter sus controversias al arbitraje. Hemos visto a lo largo de este trabajo y conviene precisarlo que hay ciertos elementos que debe cumplir el convenio arbitral.

Existen elementos que pueden ser suplidos por la ley, y existen otros que no. En el ejemplo podemos suplir si el convenio arbitral no precisa la forma de seleccionar a los árbitros o el número de árbitros que forman parte del tribunal arbitral, los artículos 16 y 17 de la Ley de Arbitraje y Mediación, como lo revisaremos posteriormente suple este elemento. Pero así también hay dos aspectos que no pueden ser suplidos por la ley, y que es imprescindible que el convenio arbitral lo contenga, el primero de ellos es la voluntad expresa de ir a arbitraje, voluntad que no admita equívocos ni interpretaciones; y, el segundo la exclusión de la justicia ordinaria.

Por lo demás, como decíamos la ley lo suple. En el presente caso, en el ejemplo que citamos, lo que hace falta es la voluntad de ir a arbitraje, eso no puede ser suplido, por lo tanto genera la inexistencia del convenio.

2. Cuando el convenio arbitral es nulo.- A diferencia del caso anterior, en la nulidad el convenio existió pero sin embargo adolece de algún vicio, que provoca que este devenga en nulo, como lo relacionado a la capacidad de las partes que es exigida por ley, el convenio suscrito por un incapaz relativo sería nulo.

3. Cuando existe una forma defectuosa en la redacción del centro de arbitraje al que se someten para resolución de controversias.- En ocasiones nos encontramos que el convenio arbitral se limita a expresar que las partes se someten al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, sin especificar si se trata de la Cámara de Comercio de Quito, Guayaquil o Cuenca. Si el convenio no tiene otra forma de suplencia contemplado en la misma cláusula, resultará imposible o muy difícil, al tribunal arbitral, al tiempo de resolver sobre su competencia el trata de determinar, dentro del arbitraje administrado, si es competente para conocer y resolver sobre tal controversia.

4. Cuando concurren jurisdicciones.- Este aspecto es bastante común, y consiste en que las partes dejan al arbitraje como facultativo, dejando que se escoja, al tiempo de iniciar la controversia, por el arbitraje o por la justicia ordinaria. Esta causa de patología es bastante común en sector público con la mala redacción de los convenios arbitrales realizados por el INCOP, en que el arbitraje queda como opcional, y se pacta que en caso de divergencia y no querer recurrir al arbitraje, las partes someterán su controversia a la justicia ordinaria.

5. Cuando contiene elementos que son imposibles de cumplir.- Como cuando los tiempos de resolución son imposibles, se piden actuaciones de los tribunales arbitrales que carecen de lógica para la actuación del juzgador.

Concluidas estas breves reflexiones que nos permiten comprender la naturaleza del convenio arbitral, consideramos que debemos revisar un aspecto fundamental dentro del arbitraje; si bien es cierto el convenio arbitral es la piedra sobre la que descansa el arbitraje, puesto que en él se hace evidente la voluntad expresa de ir a arbitraje, no es menos cierto que son los árbitros en quienes recae el procedimiento que se desarrolla al amparo de este acuerdo, y que la jurisdicción, con las características que hemos señalado en este trabajo, recae sobre ellos.

Bajo esta perspectiva comenzaremos el análisis doctrinario de los árbitros, los requisitos para ser árbitros en nuestra legislación y en otras legislaciones, las causales de excusa o recusación de los árbitros; y, algunas reflexiones sobre imparcialidad e independencia de los árbitros.

La compleja labor de designar a un árbitro va a depender en la mayoría de las ocasiones del tipo de arbitraje que tiene al frente, y del cual nos vamos a ocupar en líneas posteriores, nos referimos a que no es lo mismo seleccionar un árbitro para que arbitre en derecho que en equidad; y, no será lo mismo que las partes, conforme los

mecanismos determinados en el convenio arbitral, o a falta de tal concreción en el convenio lo realicen conforme está redactado en el convenio designen un árbitro, de una lista de árbitros dentro de un arbitraje administrado, que en un arbitraje independiente la designación depende exclusivamente de las partes.

No existe una postura uniforme por parte de la doctrina en cuanto a los requisitos que se deben cumplir para ser árbitro. Tenemos que van desde cumplir los requisitos para ser magistrados, asimilándolo a la función judicial, en algunos países como en Chile se atenúa el tema y se buscan cumplir algunos de los determinados para estos. En el caso del Ecuador la Ley que regula la materia ha normado en negativo, disponiendo que no podrán ser árbitros quienes “carezcan de capacidad para comparecer por sí mismas en juicio”.

Frente a este texto hay que hacer algunas reflexiones vinculadas a normativa expresa que existe en materia civil. La regla general es la capacidad, la incapacidad se presenta como una excepción que la propia ley establece, y, en los casos que precisamente ésta determina. Así las cosas, quienes son capaces entonces podrán representarse a sí mismas en juicio. La representación puede ser: legal y voluntaria. La voluntaria es aquella que se produce bajo las normas del mandato, y en virtud de la cual, una persona capaz autoriza a otra persona, igualmente capaz, para que la represente en determinado acto o negocio jurídico, o en la totalidad de la administración de sus bienes, en este caso la capacidad de la persona no se pierde, solamente otro actúa a nombre de ella.

En el caso de la representación legal, esta viene impuesta a personas que, por alguna causa determinada en la ley, no pueden actuar por sí mismas por cuanto carecen de capacidad para representarse. En el presente caso nos encontramos con la incapacidad absoluta e incapacidad relativa. En la incapacidad absoluta el Código Civil, en el artículo 1463, ha normado que sus actos “no surten ni aun obligaciones naturales y no admiten caución”, están comprendidos dentro de esta clase de incapacidad: los

dementes, los impúberes, y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

El Código Civil norma también en el mismo artículo, siguiente inciso, a la incapacidad relativa, determinando que “la incapacidad de esta clase de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes”, dentro de este tipo de incapacidad se encuentran: los menores adultos, los que se hallen en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. En este caso, si actúan a través de y como determina la ley, entonces su actos, a diferencia del caso anterior, producirán efectos jurídicos.

Para el efecto de nuestra materia de estudio, no podrán ser árbitros quienes se encuentren comprendidos en lo señalado en el artículo 1463 del Código Civil, puesto que no podrán representarse por sí mismos dentro de un proceso, adquiriendo la calidad de parte procesal, sea como actor o como demandado, es decir representándose a sí mismo en un proceso, en un juicio, para exigir, entre otras situaciones, un derecho que le ha sido desconocido.

Un aspecto que al respecto plantea la doctrina es si pueden personas jurídicas ser árbitros? O solamente una persona natural podrá actuar cumpliendo tan delicada función de administrar justicia convencional. La respuesta vistas las reflexiones que hacíamos en líneas anteriores, es que por lo menos en nuestro país no puede una persona jurídica ser árbitro, por no se tener la capacidad de representarse por sí misma, ya que debe actuar a través de su representante debidamente designado. Aunque este último aspecto cierra la puerta en el caso del Ecuador, no es menos cierto que hay legislaciones que sí admiten tal designación, países como Argentina, Bélgica o Estados Unidos así lo reconocen, y estos son entes autorizados por ley, conforme objeto, y el arbitraje se desarrolla, en ocasiones, bajo directrices de órganos de Directorio.

A manera de conclusión nos permitimos discrepar con la postura adoptada por otras legislaciones, e inclinarnos por la postura adoptada por nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, en que solamente podrán ejercer la función de árbitros quienes sean personas naturales.

A lo largo de este trabajo hemos afirmado que, si bien el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias, que tiene su origen un convenio arbitral, es decir, en la voluntad de las partes, no es menos cierto que, en la mayoría de las legislaciones y la del Ecuador no puede ser una excepción, existen limitaciones en el arbitraje dadas por el orden público, los derechos fundamentales, permitiéndose que a través de este mecanismo se haga efectiva la tutela judicial efectiva, y el debido proceso.

Con este antecedente entonces en cumplimiento de las garantías mínimas del debido proceso, se establece que una persona solamente podrá ser juzgada por un juez competente. En el caso del arbitraje la competencia nace de la voluntad de las partes. Pero estos árbitros, que desarrollan potestades jurisdiccionales deberán cumplir con dos características que deben cumplir todo juzgador, en calidad de tercero para dirimir la controversia entre las personas, deberán ser independientes e imparciales.

Este es uno de los aspectos más importantes a destacar en cuanto al arbitraje, y concretamente en cuanto a los árbitros. Los autores Bishop, Miles y Aguirre Lozi, citados por Anzola J. Eloy en la Memoria Arbitral, Sobre la independencia e imparcialidad de los Árbitros (2011), han dicho:

La independencia se refiere a las relaciones personales o profesionales que pueden tener los candidatos a árbitros con las partes, los abogados de las partes, los testigos y otros árbitros. Normalmente, el candidato a árbitro debe ser independiente de

las partes y no puede tener en ningún caso una relación intensa o de importancia con las partes o sus representantes y, como resulta obvio, no puede tener ningún interés financiero que esté vinculado al resultado del arbitraje. El desapego de los árbitros con las partes y el caso aporta un ambiente sano de igualdad. Como ha dicho el juez británico, LORD HEWART "(...) es importante no sólo que se haga justicia, sino también que así aparezca de manera indubitable (...)

En cambio la imparcialidad es un concepto subjetivo, atañe más al objeto de la controversia y guarda poca o ninguna relación con las partes o sus agentes. Se refiere al buen criterio que ha de tener el candidato a árbitro para decidir el caso que se trate de acuerdo con la verdad y justificados fundamentos de hecho y de derecho que presenten las partes, desechando otros asuntos que puedan ejercer alguna influencia sobre él.

Como podemos observar, a decir de los autores antes citados que la independencia tiene relación con las partes, mientras que la imparcialidad viene vinculada o relacionada con la materia de la controversia. Hablar, tanto de independencia como de imparcialidad no es fácil, como personas que son, los árbitros tienen ideas, rechazos a determinados asuntos, temas o aspectos, opiniones y posturas, por lo tanto no se puede hablar de una y otra en forma absoluta, existen temas que pueden y deben ser conocidos por las partes, antes de que el árbitro acepte la designación, y de presentarse producida alguna situación que afecte su independencia e imparcialidad, entonces deberán separarse de la causa, para que quien esté en condiciones de conocer y resolver así lo haga.

Con relación a este último punto, solamente unos breves comentarios, esta diáfana distinción que en esta líneas hemos hecho, y que parece lógica no siempre fue

así, todavía en algunas legislaciones se recoge que el árbitro designado por la parte podrá comunicarse con quién lo designó, consultarle sobre algunos aspectos vinculados a la estrategia del procedimiento arbitral. Incluso se concebía que el árbitro designado por la parte la representaba a ésta, y que el árbitro neutral e independiente debía ser el designado por los árbitros que las partes hayan designado.

Actualmente ha quedado claro que los árbitros no son mandatarios ni representantes de la partes, se deben a sí mismos y deben de ser leales al mandato que les ha sido conferido. Que una parte, conforme la redacción del convenio sea la que lo designe para tal función, no significa que se deban a dicha parte, y que sus actuaciones y decisiones deban de ser de acuerdo o en concordancia con tal parte. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala Plena, Sentencia de 21 de marzo de 1991, ha dicho: “... **Los árbitros no son, por consiguiente, mandatarios de las partes ni pueden ni deben recibir instrucciones suyas, y tienen el deber de decidir el conflicto en forma independiente y autónoma...**”

Para tratar este delicado asunto la institución internacional, que aglutina a profesionales de esta rama jurídica vinculada al arbitraje, ha dictado una serie de “Directrices sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional”⁴⁴. Estas reglas no están incorporadas en las legislaciones de los estados, ni ningún centro de arbitraje, dentro del arbitraje administrado las ha acogido voluntariamente; consideramos que si las partes acuerdan incluirlas podrán hacerlo incorporándolas convencionalmente; sin embargo deben de ser una inspiración ética para desempeñar su función, y cumplir con algunos aspectos que se encuentran relacionados a las mismas, sobre todo lo que tiene que ver con la obligación de revelación.

González de Cossío Francisco en su obra Arbitraje (...), que la reglas de la IBA antes señaladas cuando se trata de independencia e imparcialidad comprende cuatro

⁴⁴ Si quiere consultarse las reglas de la International Bar Association - IBA Pagina web http://www.ibanet.org/images/downloads/pubs/GOCHA_Spanish_2007.Pdf.

aspectos: i) el primero relativo a la ausencia de parcialidad; ii) relativo a los elementos que comprenden la parcialidad; iii) cuando existe apariencia de parcialidad; y, iv) finalmente el deber de relación; que es el único al que nos vamos a hacer referencia.

En el deber de revelación, como su nombre lo indica, el candidato a árbitro o el árbitro propiamente dicho, deberán informar de todas aquellas situaciones en las que su imparcialidad o independencia podría verse afectada. La segunda regla de la IBA dice: “... El árbitro no deberá aceptar su designación si tuviere dudas acerca de su imparcialidad o independencia y, si le surgieren dudas una vez comenzado el procedimiento, deberá negarse a seguir actuando como árbitro...”.

Las Reglas de la IBA contienen un listado de situaciones, que las mismas que van teniendo diferente gradación, y que a su vez admiten sub categorías, sobre situaciones que deben o no ser reveladas por quien podría llegar a ser árbitro en determinada controversia, donde su imparcialidad e independencia pudieren verse afectadas. En forma breve abordaremos lo antes indicado:

- Dentro de las Reglas está el Listado rojo, que divide a su vez en rojo renunciable y rojo no renunciable. Aunque el listado no es taxativo, las situaciones que se plantean dentro de este listado, conllevan, dependiendo de qué se trate, la obligación de revelar aquellas circunstancias que pudieren afectar su independencia e imparcialidad, así que haga evidente un situación de eventual conflicto de intereses.
- Dentro de las no renunciables mencionemos como ejemplos aquellas circunstancias vinculadas con ser administrador de una sociedad; o que tenga algún interés financiero relacionado con los resultados económicos de la parte. Comprenden aquellas circunstancias en que efectivamente tanto la imparcialidad como su independencia se ven afectadas, por lo que deberá poner

en conocimiento el conflicto suscitado, y deberá rechazar la designación de árbitro. No debe esperar pronunciamiento de la parte, basta que se haga presente una de estas situaciones y debe excusarse.

- Dentro del listado rojo renunciable, comprende aquellas circunstancias en que existió el vínculo con una parte, el que ya no existe al tiempo de la controversia o se extinguió hace mucho tiempo. Dentro de estas situaciones encontramos: cuando un pariente – cercano - al árbitro tiene un interés económico en el resultado de la controversia, cuando el candidato a árbitro ha tenido alguna relación con el conflicto sometido a su conocimiento y resolución, como haber aconsejado a alguna parte sobre estrategias que deben de emplearse en la solución de la controversia.

- Existe un listado naranja, de situaciones que podrían crear dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro. El candidato a árbitro está en la obligación de revelar, pero las partes teniendo conocimiento de estas circunstancias podrán aceptar o no su designación, comprende circunstancias como haber prestado servicios profesionales a una de las partes antes de la fecha de arbitraje.

- Un listado verde comprende aquellas circunstancias que no tiene el árbitro la obligación de revelación. Como por ejemplo: opiniones en libros, revistas, charlas donde se ha puesto en conocimiento su opinión sobre tal asunto. Otro aspecto sería la asociación entre dos estudios jurídicos en los que no se comparten ni honorarios ni otros ingresos, uno de ellos presta servicios jurídicos a una de las partes, y del otro forma parte el árbitro.

Los Centros de Arbitraje, dentro del arbitraje administrado, han adoptado un formulario mediante el cual los árbitros, al tiempo de ser notificados con su designación

para integrar un tribunal arbitral, deberán declarar sobre su independencia e imparcialidad, y sobre si existe algún aspecto que revelar, que pudiera afectarla o que debiera ser conocida por las partes; y, si considera que su independencia e imparcialidad se ven afectadas, en el mismo formulario rechazar la designación, explicando los motivos.

La forma como las legislaciones enfrentan aquellas circunstancias que pueden afectar la independencia e imparcialidad de los árbitros son la excusa y la recusación de los árbitros. La diferencia entre estas dos instituciones viene dada por que la primera de ellas nace de la voluntad del árbitro, este voluntariamente manifiesta la situación que puede afectarlo y decide no aceptar la designación; mientras que en la recusación, ésta es impuesta, es la parte las que presenta una demanda de recusación del árbitro, la que deberá ser resuelta conforme lo establezca la normativa vigente, las reglas para la resolución de la recusación, y como debe de actuarse es encuentra contemplada en nuestra ley de arbitraje y mediación en el artículo 21, que al respecto establece:

Art. 21.- Son causas de recusación de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

Si actuare en el tribunal quien estuviere impedido de hacerlo, podrá ser recusado por la parte interesada.

La recusación deberá ser resuelta:

a) En el caso de un tribunal colegiado, por aquellos no comprendidos en la demanda de recusación. Si éstos no se pusieren de acuerdo, la recusación deberá ser resuelta por el director del centro;

b) En el caso de que la recusación recayere sobre todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro;

c) En el caso de tribunal unipersonal la recusación deberá ser resuelta por el director del centro. Para su reemplazo se procederá en la misma forma establecida en el artículo 16;

d) Para el caso de arbitraje independiente la recusación deberá ser resuelta por los miembros del tribunal que no han sido recusados; y,

e) Si fuere tribunal unipersonal o si la recusación recayere en todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes sólo podrán ser recusados por causales desconocidas al tiempo del nombramiento o sobrevinientes a la designación.

La primera parte del artículo nos remite al Código de Procedimiento Civil para encontrar las causales de recusación de un Tribunal Arbitral. El autor Caivano Roque, en su obra Arbitraje, ha dicho:

Algunos estiman que las causales de recusación de los árbitros deben ser interpretadas en un sentido menos riguroso que respecto de un juez, ya que resulta común que los árbitros tengan algún tipo de relación con las partes, sobre todo en el arbitraje ad – hoc. Así, en principio, no cabe invocar con estrictez esas causales contra los árbitros de parte, ni tampoco cuando los impedimentos hayan sido conocidos por las partes al momento del nombramiento.

Lo dicho por el autor, en el párrafo precedente, se entiende puesto que ya hemos revisado en líneas anteriores que al arbitraje no lo afecta el rigorismo y la formalidad que es propia del procedimiento civil, lo cual permite que, o en ocasiones avance más rápido que el procedimiento civil; o, que se admitan situaciones, que sin ser

malas, serían inadmisibles en el proceso ordinario. Cabe indicar que en el arbitraje administrado ésta decisión afecta o compete finalmente al Centro de Arbitraje a cuyas reglas hayan sometido la resolución de las controversias.

En la cita del autor se hace referencia, en la última parte a una frase que también incluye nuestra ley de Arbitraje y Mediación que es el conocimiento del impedimento al tiempo de realizar la designación, al respecto debemos citar el criterio de Salcedo Verduga, Ernesto en su obra El Arbitraje La Justicia Alternativa (2007), quien al respecto ha dicho:

Esta regla tiene su razón de ser: siendo los árbitros los jueces de confianza de las partes, debe interpretarse que si éstas conocen la existencia de alguna causa o inhabilidad que pueda afectar la imparcialidad de su desempeño, y no obstante ello los designan, han renunciado a la facultad de hacer valer dicha causal de recusación. En cambio, si la causal es desconocida al tiempo del nombramiento o posterior a la designación, pueden válidamente recusarlos.

El indicado autor hace una distinción entre el árbitro designado por la parte y el que por sorteo le corresponde conocer de la controversia, señalando que en el último de los casos citados deberá estarse a lo dispuesto en el artículo del Código de Procedimiento Civil.

Antes de terminar con las reflexiones los árbitros debemos manifestar que para la designación del tribunal arbitral, deberá de estarse a lo expresamente determinado en el Convenio, existiendo tribunales arbitrales únicos (un solo árbitro con sus respectivos alternos); pasando por tribunales arbitrales de tres personas, con uno o tres alternos, con estructuras con mayor o menor complejidad.

Respecto de la forma de conformación del tribunal tenemos que ver de qué tipo de arbitraje se trata puesto que en el arbitraje independiente, las partes pueden o designar al árbitro directamente en el convenio, si no lo hace de tal forma podrán, una vez llegado a acuerdos en la designación, ser los árbitros ya designados los que mocionen a los faltantes. Si no hay acuerdo, entonces la ley que norma la materia prevé que el Director del Centro de Arbitraje más cercano al domicilio del actor realice la designación. Creemos que nada tiene que ver el Director del Centro de Arbitraje en este tipo de arbitraje, como para decidir sobre la materia, que en tal caso deberían las partes, en el convenio antes de surgir la controversia resolver este asunto.

En cuanto al arbitraje administrado las reglas están en el artículo 16 y 17 de la Ley de Arbitraje y Mediación, iniciando por el acuerdo entre las partes, igualmente en las mismas condiciones de decisión, podrán designar árbitros de fuera de la lista proporcionada por el Centro. Si no existe acuerdo las partes designarán a los árbitros por sorteo, notificándolas el Director del Centro de Arbitraje para que, en el día y hora señalada, presencien el sorteo de árbitros de la lista que de tales mantiene el Centro de Arbitraje, dejando constancia del mismo en un acta donde conste lo actuado.

Si revisamos el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, podemos observar que en tal documento se norma que, para la designación por sorteo se elegirán el doble del total de árbitros que se requieren, así si el convenio dice que son tres principales y tres suplentes, se designarán doce árbitros, para que en forma lineal sucesiva se procedan a designar a los principales y suplentes, y en esta condición en caso de excusa proceder con la designación.

De la mano con algunas reflexiones sobre el convenio arbitral debemos hacer la lectura del artículo 17 de la ley de Arbitraje y Mediación. En el convenio hay elementos que no pueden faltar, y son indispensables, conforme hemos manifestado, y estos son dos: la exclusión de la justicia ordinaria y la voluntad de ir a arbitraje. Lo demás puede

ser suplido por la ley, si las partes no han acordado como debe conformarse el tribunal, la ley de Arbitraje determina que se entiende que existe tribunal conformado por tres (3) árbitros y un alterno, debiendo éste suplir a aquel que falte temporal o definitivamente.

Se hace lógica la conformación impar el tribunal arbitral, puesto que se deben de tomar decisiones, ya que no es obligatorio actuar por unanimidad, existiendo la posibilidad del voto salvado⁴⁵, tanto dentro del despacho del proceso como al tiempo del laudo.

En el caso del Ecuador, la ley prevé un tiempo para que los árbitros, notificados con su designación acepten o rechacen la misma, disponiendo que si en el término de tres días no se manifiestan positiva o negativamente, se entenderá que ha rechazado la designación, entonces deberá procederse como hemos señalado en líneas anteriores, respecto del arbitraje independiente como del institucional. De aceptar la designación deberá posesionarse, tratándose de arbitraje administrado ante la autoridad que la ley o el reglamento del Centro de Arbitraje disponga, en el caso del Ecuador lo hace ante el Presidente del Centro de Arbitraje. En tratándose de arbitraje independiente deberán hacerlo ante un Notario.

Para cerrar estas líneas debemos manifestar lo indicado por Salcedo Ernesto en El Arbitraje La justicia Alternativa (2007), que luego del convenio arbitral aparece un segundo convenio que es el de Dación y Recepción del Arbitraje, en virtud del cual los árbitros desarrollan su actividad. Para que se perfeccione tal acuerdo, es preciso que el árbitro conozca que ha sido designado y acepte la designación que han recibido, seguido finalmente de la posesión de los mismos. El referido autor concluye en su obra que la

⁴⁵ Es preciso reflexionar sobre las actuaciones de los árbitros dentro del procedimiento, puesto que conforme la misma ley de Arbitraje y Mediación, establece la responsabilidad de los árbitros por sus actuaciones, de tal forma que si se alejan del cumplimiento de sus funciones deberán responder por daños y perjuicios, sea por sus actos o por sus omisiones. El texto del artículo 18 es el siguiente: Aceptado por los árbitros el cargo de tales, éstos tienen la obligación irrestricta de cumplir las funciones que la presente Ley les asigna, debiendo responder a las partes, en caso de incumplimiento de sus funciones por los daños y perjuicios que su acción u omisión les causare, a menos que se trate de un impedimento justificado

naturaleza jurídica de este contrato es la de un mandato, pero que éste es impropio, tomando en cuenta que el encargo que se les confiere les da la posibilidad de resolver la competencia, de esta naturaleza emana la obligatoriedad del laudo.

Finalmente antes de revisar el procedimiento arbitral propiamente dicho, revisaremos los tipos de arbitraje, lo que nos podrá observar las diferencias con el procedimiento civil.

2.1.7. Tipos de Arbitraje

2.1.7.1. Arbitraje en Equidad y Arbitraje en Derecho / Arbitraje Independiente y Arbitraje Administrado

La Ley de Arbitraje y Mediación en el artículo 3⁴⁶ distingue entre dos formas de pronunciarse de los árbitros al tiempo de expedir un laudo, pudiendo hacerlo sea en derecho o en equidad, y disponiendo que se debe entender por cada una de estas actuaciones. También en el indicado artículo se señala como debemos proceder cuando el convenio arbitral no determina de qué forma deben pronunciarse los árbitros, disponiendo que deban laudar en equidad⁴⁷

Cuál es la diferencia, o mejor dicho en qué consiste laudar en equidad o laudar en derecho. El mismo artículo 3 determina la diferencia, así cuando se laude en derecho el árbitro deberá sujetarse al ordenamiento jurídico vigente, esto es, a la ley, debiendo además aplicar los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. Disponiendo además que en este tipo de arbitraje los árbitros deberán ser abogados.

46 Art. 3. Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad. Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados.

Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados.

47 Las legislaciones no tienen una postura única con relación a este tema, la anterior Ley de Arbitraje de Perú, vigente hasta el año 2008 igualmente establecía que laudaban en equidad. La ley colombiana sin embargo establece que ante el silencio de las partes los árbitros deberán laudar en derecho

En el arbitraje a conciencia o equidad, los árbitros deberán laudar conforme a su “leal saber y entender”, ateniéndose a los principios de la sana crítica, no debiendo ser necesariamente en este caso los árbitros abogados. Laudar en equidad significa el marco de actuación de un tribunal arbitral es más extenso que lo determinado por el derecho, así habrán actuaciones que un árbitro actuando en equidad podrá realizar que se encuentra impedido aquel que actúa en derecho. Uno de los aspectos debatidos por la doctrina es que debe entenderse por este “leal saber y entender” del árbitro, y si éste abarca o no el orden público. La conclusión a la que podemos llegar es que la limitación que tendría un tribunal arbitral actuando en equidad, es precisamente el orden público.

En este sentido el autor J. Pallares citado por Becerra Toro Rodrigo (2007) ha dicho:

En este sentido, la equidad se introduce como un elemento que hace posible cuestionar e ir más allá de la igualdad de hecho que el legislador presupone. La equidad asigna al Juez (o árbitro) un papel más activo que al fallador común, y permite al operador jurídico reconocer un conjunto más amplio de circunstancias en un caso determinado. Dentro de dichas circunstancias, el operador escoge no solo aquellos hechos establecidos implícitamente en la ley como premisas, sino que, además, puede incorporar algunos que, en ciertos casos límite, resulten pertinentes y ponderables, y permitan racionalizar la igualdad que la ley supone.

Como decíamos en líneas anteriores nuestra Ley de Arbitraje y Mediación ha optado por que en caso de que las partes no determinen, en el convenio arbitral, si debe laudarse en derecho o en equidad, deberán hacerlo en equidad. Debemos decir que la tendencia actual por parte de las legislaciones es adoptar la postura contraria, ante el silencio de la partes los árbitros deberán laudar en derecho. La Ley de Arbitraje y Mediación de Perú vigente hasta el año 2008 contenía la misma conclusión que nuestra

Ley de Arbitraje y Mediación, se laudaba en equidad; sin embargo la ley vigente desde la indicada fecha ha recogido la corriente doctrinaria, fijando que ante ausencia de acuerdo de las partes deberá laudarse en derecho.

En el arbitraje en equidad podrán actuar personas que no necesariamente tienen una formación jurídica, abogados, precisamente por su no sujeción a las normas jurídicas al tiempo de resolver, pero con las limitaciones indicadas en líneas anteriores, esto permite que el árbitro en equidad pueda ser una persona más afín a la materia que se somete a su conocimiento y resolución, y podrá contar con mayor experiencia en estos términos como para llegar a soluciones más justas; diferencia importante con la jurisdicción ordinaria en donde nos sometemos a jueces, que si bien tienen una formación jurídica, en ocasiones tienen ninguna experiencia con el asunto que sometemos a su conocimiento, y de hecho no dominan determinadas materias. Esta es una ventaja bastante evidente del arbitraje frente a la justicia ordinaria.

A manera de corolario debemos manifestar que en nuestro país en el caso de arbitraje pactado por instituciones públicas, la norma constitucional determina que solamente podrá pactarse arbitraje en derecho.

En cuanto al arbitraje administrado y el arbitraje ad hoc, debemos hacer las siguientes consideraciones. La Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador en el artículo 2 establece estos dos tipos de arbitraje:

Art. 2 El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta ley.

La lectura de este artículo la hacemos al amparo de lo previsto en la Constitución vigente, en el artículo 97, que hace referencia a la creación de centros especializados de

solución de conflictos y mediación; y, en relación con el artículo 39 de la misma Ley de Arbitraje y Mediación, que consagra la facultad de que las cámaras de la producción, las asociaciones gremiales, fundaciones e instituciones sin fines de lucro organicen Centros de Arbitraje, estableciendo los requisitos que deben cumplir éstos.⁴⁸

Inspirado el arbitraje en la autonomía de la voluntad, se consagran estos tipos de arbitraje, tanto en la doctrina como en las leyes arbitrales, señalan que las partes podrán diseñar el procedimiento que sigan en materia arbitral, con la sujeción del arbitraje al marco constitucional y legal vigente, entre las primeras de las indicadas el respeto y cumplimiento de las garantías que corresponden al debido proceso.

Para Del Aguilar Ruiz de Somocurcio Paolo (2005) en el artículo publicado en la Revista Peruana de Arbitraje, Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad Hoc ¿ He allí el dilema?, ha dicho:

El arbitraje institucional es un tipo de arbitraje que tiene su rasgo distintivo en la intervención de una institución arbitral, especializada y con carácter de permanencia, en el desarrollo del arbitraje. Son las partes quienes acuerdan en el convenio arbitral la participación de dicha institución con el ánimo de facilitar las actuaciones propias y de los árbitros a lo largo del proceso, principalmente, a través de la aplicación de las normas reguladoras de la institución arbitral, así como de los medios físicos y logísticos que ésta proporciona.

⁴⁸ Art. 39.- Para facilitar la aplicación de la presente Ley, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro, podrán organizar centros de arbitraje, mismos que podrán funcionar previo registro en la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento, por parte de un centro de arbitraje dará lugar a la cancelación del registro y prohibición de su funcionamiento.

Los centros de arbitraje existentes previos a la vigencia de esta Ley también deberán registrarse, sin perjuicio de continuar con su normal funcionamiento.

Los centros de arbitraje deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo a los juicios arbitrales y para dar capacitación a los árbitros, secretarios y mediadores que se designen de acuerdo a esta Ley.

El escoger el arbitraje administrado constituye un acto de confianza en el ente arbitral a quien, a través de los árbitros de su lista, se le confía tan delicada actividad. Significa que las partes podrán renunciar a la justicia ordinaria, de carácter estatal, y acercarse a este mecanismo, confiados en la decisión de quién ha sido designado para resolverla, es confiar que sus derechos serán debidamente tutelados, protegidos y reconocidos dentro de la misma.

El mismo autor señalado en líneas pasadas dice que el arbitraje ad – hoc o independiente consiste en:

En contraposición con las apreciaciones efectuadas acerca del arbitraje institucional, en el arbitraje ad – hoc solamente se presentan las partes con los árbitros, prescindiendo del apoyo de terceros para la organización y administración del Arbitraje. No se involucra, por tanto, a ninguna institución arbitral como facilitadora de las partes y árbitros para la resolución de la controversia; siendo, en este sentido, la administración y organización aludidos de cargo de tales actores.

O´Farrel, Jorge en Arbitraje Internacional, solución del futuro (1992) ha dicho que existen dos tipos de arbitrajes ad – hoc:

i) el arbitraje ad – hoc en sentido estricto, mediante el cual las partes establecen sus propias reglas procesales; y (ii) el arbitraje ad – hoc en sentido amplio, por el que las partes se someten a un reglamento predeterminado, adecuando o sustituyendo disposiciones que supongan la intervención de la institución arbitral.

Mientras en el arbitraje institucional o administrado las partes se someten al reglamento y normas expedidos por un Centro de Arbitraje, que es el que va a determinar el procedimiento; en el arbitraje ad – hoc, las partes diseñan el

procedimiento, lo cual permite alcanzar a plenitud la autonomía de la voluntad de las partes, ya que estas serán las que determinen las propias reglas que van a normas su actuar, con las limitaciones que hemos mencionado en líneas anteriores de los derechos fundamentales consagrados en la constitución vinculados con las garantías mínimas del debido proceso, y la garantía del acceso a la justicia.

Sin embargo de lo expuesto debemos reconocer ciertas ventajas del arbitraje administrado sobre el arbitraje independiente, básicamente consideramos que hace referencia a aquellas situaciones que se presentan ya en la práctica durante el arbitraje, y que al tiempo de redactar un convenio, por más que las partes conozcan tanto de esta materia, como sobre la que versa la controversia, podrán presentarse situaciones que no podrán ser reguladas por las partes, entonces ocurriendo este “vacío” que ocurre? Los referidos reglamentos de los Centros de Arbitraje prevén diferentes situaciones que se pueden presentar, por lo que tales situaciones podrán ser superadas recurriendo a estos instrumentos.

Caivano, Roque en *El Arbitraje como modelo alternativo para la prestación de la justicia* (1989) ha dicho: **“... El arbitraje institucional simplifica la celebración del acuerdo arbitral al disponer las partes de normas reglamentarias elaboradas por instituciones idóneas y experimentadas, plasmadas en modelos sencillos que permiten concluir un acuerdo arbitral de manera práctica y rápida...”**

Existe en la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, el artículo 37 que se refiere a las normas supletorias, y que consagra que en todo lo no previsto en la indicada ley deberá de estarse a lo dispuesto, concretamente, en el Código de Procedimiento Civil, siempre que se trate de un arbitraje en derecho. Esto complica el desarrollo del arbitraje en el Ecuador, y somos del criterio que este artículo debería eliminarse o reformarse limitándose en tal caso a que las partes podrán pactar la sujeción al procedimiento civil.

Esta norma traslada al arbitraje en el Ecuador, el rigorismo formal que caracteriza al procedimiento civil, y en buena medida limita a esta autonomía de la voluntad de la que hemos tratado, que permite a las partes diseñar su propio procedimiento, con las limitaciones que ya indicábamos en líneas anteriores. Por lo tanto, en aras del desarrollo del arbitraje en el Ecuador, del cumplimiento de la finalidad del mismo, y de la naturaleza propia de esta institución, luego de la revisión y análisis de esta institución, y la posibilidad de extender su ámbito de aplicación, de tal forma que constituya una verdadera alternativa para solucionar controversias, consideramos que debe ser eliminada cualquier remisión al procedimiento civil.

De Águila Ruiz de Somocurcio, Paolo (2005) en su obra Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad – Hoc ¿He ahí el dilema?, ha dicho:

En el arbitraje ad hoc solamente se presentan las partes con los árbitros, prescindiendo del apoyo de terceros para la organización del arbitraje. No se involucra, por lo tanto, a ninguna institución arbitral como facilitadora de las partes y árbitros para la resolución de la controversia; siendo, en ese sentido, la administración y organización aludidos de cargo de tales actores.

En el arbitraje institucionalizado en cambio, las partes escogen un Centro de Arbitraje desarrollado en los términos previstos en los artículos antes citados, se someten expresamente a su reglamento, que contiene las reglas del procedimiento, y de hecho podrán seleccionar, si no existe un acuerdo en el convenio arbitral, a los árbitros de listas que el propio Centro de Arbitraje registre.

Así también el mismo autor en Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad – Hoc ¿He ahí el dilema?, respecto del arbitraje administrado ha dicho:

Para llevar a cabo su función, las instituciones arbitrales deben contar con un reglamento arbitral, en el que conste la forma de nombrar a los árbitros, el procedimiento del arbitraje, los plazos, las tarifas y las normas de organización interna. Estos reglamentos facilitan la administración de los procedimientos arbitrales; de este modo, cuando las partes someten la solución de sus conflictos a las reglas de una institución arbitral, anticipadamente pueden conocer y prever los alcances de dicho pacto. En este sentido, la predictibilidad y la seguridad son las ventajas más apreciadas al momento de pactar cláusulas arbitrales y someter las controversias a un arbitraje administrado. En consecuencia. El arbitraje institucional y la consiguiente intervención del tercero – la entidad arbitral – se justifica porque las partes, conscientes del carácter definitivo y, muchas veces, inapelable del laudo arbitral, quieren llegar a éste premunidas de toda la seguridad y estabilidad posibles, tanteo en el nivel administrativo, como organizativo del proceso, y en el eventual control del comportamiento de los árbitros y de ellas mismas.

Finalmente podemos decir que otros dos aspectos a destacar de ventajas del arbitraje es la simplicidad y la predictibilidad, las partes podrán conocer de antemano, en caso de presentarse situaciones que dificulten o compliquen el desarrollo del arbitraje, como podrá ser resuelta una determinada situación.

2.1.8. Fases del Procedimiento según el tipo de arbitraje: Procedimiento ante Dirección de Centro de Arbitraje / Procedimiento ante Tribunal Distrital

En líneas anteriores revisamos la diferencia entre el arbitraje independiente o ad hoc y el arbitraje administrado. Este aspecto va a ser determinante a fin de iniciar

estas líneas sobre el procedimiento arbitral, porque no son iguales las actuaciones en uno u otro tipo de arbitraje.

Si bien el convenio arbitral, como ya decíamos, es la piedra angular o medular sobre la que se desarrolla el arbitraje, debemos completar esta afirmación con un aspecto que es básico en materia de arbitraje, y son los árbitros. La claridad del convenio arbitral, y redacción clara, sencilla y sin formulaciones complicadas que en ocasiones los abogados tendemos a redactar, lleva a que al tiempo del Tribunal declararse competente, la decisión sea lo más diáfana y transparente, y porque no sencilla de adoptar.

Sin embargo, como ya decíamos, más allá del convenio, están los árbitros, los mismos que son los que actuando con el reconocimiento constitucional y legal de la constitución y la ley, son las partes las que determinan como tienen que ser seleccionados.

Así si nos encontramos ante un arbitraje ad hoc, serán las partes quienes diseñen su procedimiento y designen su propio árbitro. Es común verificar que en un arbitraje ad hoc las partes seleccionen al árbitro al tiempo de la firma del convenio, y que su nombre consta en la redacción del mismo, o como producto de un acuerdo posterior entre las partes, lo cual en ocasiones podría complicar la sustanciación del arbitraje.

Sin embargo cuando estamos frente a un arbitraje administrado, podrán las partes designar a los árbitros precisamente de las listas que en dicho centro existan registrados, o al hacerlo por sorteo dejar que la designación de los árbitros se realice conforme el procedimiento que el mismo centro determine. Es común observar que en los acuerdos arbitrales las partes señalan que cada una designará a su arbitro, y estos así seleccionados designarán a un tercero, que presidirá el tribunal. El inconveniente de

este tipo de cláusulas es que ocurre si una de las partes omite la designación del árbitro, o si simplemente el proceso se sigue en rebeldía.

De lo expuesto la importancia de la simplicidad y la forma de redacción del convenio arbitral, podría en este tipo de caso indicarse que supletoriamente, en caso de que una de las partes no designe el árbitro o así señalado éste no acepte, en tratándose de arbitraje administrado, la designación recaerá, por sorteo, de la lista de árbitros que estén registrados en dicho centro de arbitraje.

En cuanto al procedimiento arbitral hay que hacer una distinción importante, dependiendo si se trata de un arbitraje administrado o ad – hoc. Pasaremos a analizar el procedimiento en cuanto al arbitraje institucional o administrado, y nos encontramos con que este se desarrolla en dos fases o etapas, una etapa ante el Director del Centro de Arbitraje y Mediación; y, la segunda fase ante el Tribunal Arbitral debidamente conformado.

Los Centros de Arbitraje operan en el Ecuador al amparo de lo previsto en el artículo 97 de la Constitución vigente, ya citado en líneas anteriores, y, conforme lo previsto en el artículo 39 de la Ley de Arbitraje y Mediación podrán desarrollar políticas y medidas administrativas a fin de cumplir con brindar las condiciones para que se desarrolle el arbitraje, el centro en sí mismo no se encuentra dotado de potestades jurisdiccionales, puesto que son los árbitros, registrados en dichos centros los que cuentan con tales potestades. Estos centros contarán con listados de árbitros, secretarios y en general con la infraestructura necesaria para que se desarrolle el arbitraje.

El Director del Centro de Arbitraje desarrolla las primeras actividades que vienen vinculadas al desarrollo del procedimiento arbitral, éste es un funcionario de carácter administrativo, en quién recae la representación del centro, no está dotado de

potestades jurisdiccionales, ya que éstas recaen únicamente en el tribunal arbitral, debidamente constituido.

La primera fase del procedimiento arbitral comprende una etapa que se desarrolla ante la Dirección del Centro de Arbitraje se ejecuta desde que dicho centro recibe la demanda, la calificación de la demanda, la citación, la contestación a la demanda, la reconvencción de ser procedente⁴⁹, la contestación a la demanda. La Ley de arbitraje y Mediación, por una remisión que no es propia del arbitraje, nos remite al procedimiento civil como norma supletoria, así para la calificación de la demanda, a más de los requisitos previstos en la Ley de Arbitraje y Mediación⁵⁰ nos remite a los artículos 67 y 68 de dicho cuerpo normativo.

En lo pertinente a la demanda el arbitraje presenta dos peculiaridades respecto del procedimiento civil, estas son: i) a la demanda deberán adjuntarse las pruebas que están en poder del actor, debiendo solicitar la práctica de las diligencias que considere necesarias para el cumplimiento del arbitraje; y, ii) deberá de adjuntar el convenio arbitral en original o debidamente certificado, esto para que en *prima facie* el Director del Centro de Arbitraje analice el convenio a fin de admitir la demanda al trámite, recordemos que la declaración de la competencia le corresponde única y exclusivamente al tribunal.

⁴⁹ Nuestra ley de arbitraje y Mediación reconoce la reconvencción conexas.

⁵⁰ Art. 10.- La demanda se presentará ante el director del centro de arbitraje correspondiente o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio. La demanda contendrá:

1. La designación del centro o del árbitro ante quien se la propone;
2. La identificación del actor y la del demandado;
3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión;
4. La cosa, cantidad o hecho que se exige;
5. La determinación de la cuantía;
6. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y,
7. Los demás requisitos que la Ley exija para cada caso.

Se deberán, además, cumplir los requisitos señalados en el artículo 72 del Código de Procedimiento Civil. A la demanda se acompañará necesariamente el instrumento en que conste el respectivo convenio arbitral o copia auténtica de éste. Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda.

Esta presentación de las pruebas al inicio del procedimiento consideramos que es importante, ya que permitirá a las partes formular su estrategia de defensa, y al tribunal, al tiempo de constituirse y sustanciar conocer el tiempo aproximado de duración del procedimiento. Además consideramos que esta presentación de pruebas permite cumplir con el principio de lealtad procesal consagrado en el Código Orgánico de la Función Judicial, que consideramos podemos aplicarlos al procedimiento arbitral.

A la demanda y su calificación procede la citación, este es un acto trascendente dentro del procedimiento, recordemos que a través de la notificación de las actuaciones procesales, y su especie la citación se pretende que se ponga en conocimiento de las partes sobre las decisiones de carácter procesal que pueden afectar un derecho subjetivo de una persona. Debemos destacar que dentro de las garantías mínimas del debido proceso⁵¹ se encuentra el derecho a la defensa, y solamente podrá ser ejercida ésta cuando se tiene conocimiento de las actuaciones de quienes ejerciendo jurisdicción adoptan decisiones que nos afectan. La falta de citación podrá ser causal de nulidad de lo actuado, siempre que cumpliendo con los presupuestos determinados en el Código de Procedimiento Civil, se haya producido indefensión a la parte, y esta hubiera sido determinante al tiempo de adoptar la decisión.

La citación y notificación se realiza en igual forma que en el procedimiento civil, pero hacemos una distinción importante, en la citación por prensa, en materia de arbitraje solamente se hará mediante dos publicaciones en un periódico de amplia circulación, tanto en el lugar donde se sigue el arbitraje como en el domicilio del actor, pero al igual que en el procedimiento civil se realiza bajo juramento. Recordemos que no siempre se cita en el domicilio del actor, puesto que podrán determinarse entre las

⁵¹ **Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

partes el acuerdo de señalar domicilios contractuales, lo cual deberá ser considerado con tiempo dentro del proceso.

La doctrina reconoce que no es necesario cumplir con la formalidad y ritualidad que le es propio al procedimiento civil, pero debemos de tener en cuenta que en el caso del Ecuador tenemos como norma supletoria al Código Adjetivo Civil, por lo tanto deberá aplicárselo ante ausencia de norma, lo cual dificulta el desarrollo del arbitraje en el Ecuador, una de las consideraciones y recomendaciones que nos permitiremos formular es precisamente la eliminación de la existencia de éste artículo a fin de flexibilizar y erradicar el formalismo con el que se desarrolla esta institución, lo cual insistimos no es propio de su naturaleza.

La contestación a la demanda, se produce dentro de un término de diez días desde la última notificación, debemos de tomar en consideración lo resuelto por nuestra Corte Nacional de Justicia, tanto sobre la forma de cómputo del plazo para la comparecencia en cuanto a citaciones múltiples, como en lo previsto para agotar los mecanismos necesarios para acreditar que desconocemos la dirección del demandado, y, consecuentemente proceder con la citación por prensa. Si revisamos a determinados autores en arbitraje, notaremos lo ya indicado en líneas anteriores, y esto es que no es necesario cumplir con la forma de contestar la demanda y presentar excepciones, sin embargo por nuestra formación procesalista tendemos a cumplir con las formas y ritualidades que acompañan el procedimiento civil.

El efecto de la no comparecencia del demandado al proceso se considera negativa pura y simple, por lo que el efecto será que la carga de la prueba se traslada a la parte actora, al haber introducido hechos afirmativos en la demanda, que deberán ser probados. Sobre las pruebas revisaremos algunos aspectos generales en líneas posteriores.

Puede presentarse reconvención dentro del arbitraje, que el demandado comparezca con sus propias pretensiones alegando derechos que pueden ser exigidos

por la misma vía, cumpliendo con dos requisitos en la norma: i) que verse sobre la misma materia – estamos frente a la reconvención conexa -, al decir de Couture, Eduardo en Las garantías constitucionales del proceso civil, en Estudios de Derecho Procesal en honor a Hugo Alsina (1946) ha dicho: la reconvención no es otra que la **“pretensión que el demandado deduce al contestar la demanda, por lo cual se constituye a la vez en demandante del actor, a fin de que se fallen las dos pretensiones en una sola sentencia”**.

Esta contrademanda obedece, como se colige del concepto transcrito a principios de economía procesal y oportunidad, obviando iniciar dos procesos, que si bien no tienen la misma causa, por lo que no serían acumulables, si tienen las mismas partes, con pretensiones recíprocas, por lo que podrán ser resuelta en una misma sentencia. Como contrademanda que es, deberá cumplir con los requisitos de la demanda, y deberá ser notificada a fin de que el demandado (en la primera demanda actor), pueda ejercer su derecho de defensa. Los tiempos de respuesta si son más cortos.

Tanto la demanda como la contestación a la demanda, la reconvención como la contestación a ésta podrán ser modificadas, consideramos que debe mejorarse la redacción del artículo permitiendo que quede claro que la modificación se produce dentro de los cinco días de presentada a aquel acto al que se refiere, es decir, puedo modificar máximo en cinco días de presentada mi demanda, no desde la contestación a ésta; esto es preciso que quede claro y que no sea interpretable por las partes.

La Dirección del Centro de Arbitraje también convoca a la Audiencia de Mediación, que en nuestro país es obligatoria, dentro del procedimiento arbitral, conforme lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley vigente. Si se trata de un arbitraje independiente será el árbitro designado por las partes el que convoque a dicha audiencia. A esta Audiencia de Mediación le es aplicable el análisis que, respecto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, realizamos en las primeras líneas de ésta investigación.

Antes de continuar algunas inquietudes sobre el alcance de sus atribuciones y funciones, y la naturaleza de éstas, generan, tanto a nivel de la doctrina como en el aspecto práctico, la intervención del Director de Centro de Arbitraje; debemos de reconocer que el Director es un funcionario administrativo, que tiene a su cargo la representación del Centro de Arbitraje, no es jurisdiccional, pese a que como hemos visto importantes actos procesales recaen en este funcionario al inicio de la sustanciación del procedimiento arbitral.

Esta inquietud tiene relevancia al comprender el alcance de sus actuaciones, y nos referimos concretamente a si, por ejemplo, está dentro de las competencias de un Director de Centro de Arbitraje atender y despachar, solicitudes de nulidades procesales. Nuestro criterio es que este funcionario no está investido de tales facultades, y que en tal caso de existir algún tipo de petición o solicitud de ésta naturaleza, o de detectarse por parte del Tribunal Arbitral la existencia de nulidades procesales, corresponderá al Tribunal Arbitral pronunciarse al respecto, al tiempo que tenga conocimiento de la existencia de estas o en el laudo.

Una vez finalizada la Audiencia de Mediación, las partes podrán o no haber llegado a ningún acuerdo, en virtud del cual se continúa con el arbitraje; o, llegar a acuerdos parciales, por lo que en los puntos en los que no existió arreglo se continuará con el arbitraje, debiendo cumplir con lo acordado, y de no hacerlo ejecutar el acta de Mediación por la vía del apremio, como se ejecuta una sentencia ejecutoriada, no admitiendo el juez – esta es un área de confluencia de la justicia ordinaria con la convencional – hacer revisiones de fondo o cuestionar el acta; o llegar a acuerdos totales, en virtud del cual se termina el proceso. En caso de existir acuerdos parciales, deberá continuarse con la sustanciación del arbitraje, con el acta de imposibilidad de acuerdo la Dirección del Centro de Arbitraje procede, atendiendo al texto del convenio arbitral, y de ser el caso, lo previsto en la ley, a convocar a designación de Tribunal Arbitral.

Veámos en líneas anteriores que designado el Tribunal Arbitral, y aceptada la designación, serán posesionados, debiendo designar un Presidente y Secretario, dando así inicio a la fase de Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral así constituido convoca a la Audiencia de Sustanciación, que como su nombre lo indica en ésta se da inicio al trámite de sustanciación del arbitraje en su fase de Tribunal. Como decíamos en líneas anteriores, en el Ecuador, el arbitraje se sustancia en audiencias. Esta es una de las cuatro audiencias que se pueden llevar a cabo a lo largo del arbitraje, en ésta el Tribunal se declara competente, fija la Misión del Tribunal Arbitral y señala el calendario tentativo de pruebas. Si las partes están presentes en la Audiencia, a través de sus abogados intervienen haciendo la exposición de sus pretensiones o la respuesta a las pretensiones de la otra parte.

El tribunal arbitral podrá, hasta finalizar la Audiencia de Sustanciación, determinar cuál es la misión de ese tribunal arbitral⁵², así como señalará el calendario tentativo al que hacíamos referencia en líneas anteriores, lo que le permitirá determinar, inicialmente el tiempo de la prueba. El calendario es tentativo, puesto que dependerá de la práctica de tales pruebas, de la oportunidad de actuarlas.

De así solicitarlo las partes los árbitros podrán dictar medidas cautelares, pero son los árbitros no el Director del Centro de Arbitraje, por las consideraciones que ya hemos realizado en líneas anteriores, para el práctica de las medidas cautelares no es necesario

⁵² Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil.- Art. 21.- Acta de Misión.- Salvo que el tribunal se hubiese declarado incompetente, a más tardar al final de la audiencia de sustanciación el Tribunal Arbitral expedirá una providencia que se denominará Acta de Misión, en la que determinará cuál es su misión en el procedimiento arbitral y cuál es el calendario provisional que pretende seguir para la conducción del mismo. Esta providencia deberá contener, al menos, lo siguiente:

- 1) nombres completos y calidad en que intervienen las partes y domicilio señalado para notificaciones;
- 2) una exposición sumaria de las pretensiones de las partes, sus excepciones y peticiones;
- 3) una lista de los puntos litigiosos que deberá resolver el tribunal;
- 4) nombres completos de los árbitros, con la indicación de si obran como árbitros en derecho o en equidad;
- 5) el calendario provisional que pretenda seguirse en el arbitraje; y,
- 6) las reglas de procedimiento que va a seguir el tribunal, sin perjuicio de su facultad de determinar reglas específicas posteriormente, en casos o temas determinados.

Las partes, en la audiencia pueden hacer observaciones al proyecto de Acta de Misión, las que serán resueltas por el Tribunal en la misma audiencia

que el tribunal solicite el apoyo de la justicia ordinaria, podrán, de así preverlo el convenio dictar las medidas cautelares, solicitando eso sí el auxilio de la fuerza pública.

Siendo el tribunal arbitral el único que puede dictar las medidas cautelares, el hacerlo dentro del procedimiento no genera dudas, las inquietudes se centran en las que son precisas que deban dictarse antes del inicio del procedimiento arbitral, como una diligencia preparatoria, o aquellas que siendo urgentes no pueden esperar a la conformación del tribunal arbitral. La doctrina reconoce que el único competente para dictarla son los jueces, esto es, la justicia ordinaria, sin que esto signifique renuncia al arbitraje, en los términos analizados en este trabajo. Así el autor Salcedo Verduga, Ernesto en Medidas Cautelares en el Arbitraje (2006) ha dicho:

En el Derecho Arbitral la concesión de medidas cautelares por un juez ordinario es perfectamente compatible con un acuerdo de arbitraje, es decir, no está prohibida ni debe considerarse como renuncia al arbitraje. El efecto negativo del convenio arbitral, que consiste en excluir a los jueces ordinarios en el conocimiento del asunto sometidos por las partes a arbitraje, no tiene eficacia respecto de las medidas preventivas. La razón fundamental es que la existencia de tales medidas no atenta contra las intenciones de las partes que han expresado su voluntad de someter su controversia al arbitraje ya que, además, las propias medidas tienen el propósito de que el arbitraje sea eficaz y logre el objetivo previsto.

Hay dos aspectos a destacar sobre las medidas cautelares en el procedimiento arbitral, que incluso deberían inspirar a la justicia ordinaria en cuanto a su forma de realización, las que pasamos a explicar:

- a. Los árbitros conforme lo previsto en el artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación, podrán solicitar una contracautela o garantía a quien solicita la medida cautelar, la finalidad de la misma cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo.
- b. La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

Algunas reglas sobre las medidas cautelares en arbitraje es que éstas no podrán disponerse de oficio, sino solamente a solicitud de parte; y, las que se ordenen deberán de estar vinculadas a la materia que está siendo conocida y sustanciadas por el tribunal arbitral.

Una peculiaridad del arbitraje es la duración del término probatorio, dependiendo de la complejidad del asunto sometido a los árbitros, este podrá durar 30, 60 o más días dependiendo de lo considerado por los árbitros en audiencia, esto permitirá despachar, actuar y valorar de mejor forma las pruebas, puesto que existirá el tiempo suficiente para su práctica.

En el arbitraje se cumple también con el principio de inmediación, los árbitros están obligados a concurrir a la práctica de diligencias y pruebas, deberá el tribunal suscribir las actas, salvo lo previsto en el Reglamento del Centro de Arbitraje, que permite que el Presidente debidamente autorizado por el tribunal pueda firmar solo las diligencia de mero trámite, sin que pueda realizar pruebas en ausencia de los otros miembros del tribunal, salvo que insistimos esté autorizado y las partes así lo consientan.

Durante el período de prueba las partes actúan las solicitadas en la demanda o escrito de contestación a la demanda, y que han sido despachadas en la Audiencia de Sustanciación; se admiten pruebas de oficio, denominándolas la ley diligencia de mejor

proveer. Esta prueba de oficio, reconocida también en el procedimiento civil, es cuestionada por ciertos sectores de la doctrina al considerar que rompe la imparcialidad del juzgador, e implica que de algún u otro modo el juez comience a adoptar alguna actitud por las partes. Se aplicarán las mismas limitaciones que la prueba de oficio en el procedimiento civil, por la supletoriedad a la que hemos referencia.

Los medios probatorios son los mismos del procedimiento civil, así podrá solicitarse confesión judicial, inspección judicial, exhibición de libros contables, declaración de testigos, entre otros que la normativa civil reconoce. Deberán cumplirse con la petición, despacho y notificación de las pruebas dentro del correspondiente término probatorio, al igual que el procedimiento civil. La valoración de la prueba se lo hace por las reglas de la sana crítica.

Los principios que son propios de la prueba en el procedimiento civil serán aplicados dentro del procedimiento arbitral, así la conducencia⁵³ como la pertinencia⁵⁴ de la prueba serán aplicables en arbitraje. Cumplido con las pruebas, si las partes lo solicitan, el Tribunal convocará a las partes a Audiencia de Estrados, en donde las partes, harán sus alegaciones en derecho.

Finalmente el Tribunal Arbitral está en condiciones de dictar el laudo, muchos lo equiparan o lo consideran equivalente a una sentencia, puesto que el laudo arbitral es la decisión del tribunal sobre la controversia sometida a su conocimiento y resolución, la misma que produce el mismo efecto de la sentencia: produce cosa juzgada y causa ejecutoria. El laudo arbitral pone fin a la competencia de los árbitros, aunque esto debería ser bien entendido, somos del criterio que las actuaciones que se pueden producir en la ejecución del laudo, así como ciertos despachos (por ejemplo devolución

⁵³ Conducencia consiste, a decir de Parra Jairo en Manual de Derecho Probatorio (2011) en la idoneidad que tiene una prueba para demostrar un determinado hecho.

Supone que no exista una norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar el hecho determinado... La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio.

⁵⁴ Pertinencia, al decir del mismo autor en la misma obra, es la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste. En otras palabras es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso

de una caución), que tienen que realizarse con posterioridad a la resolución de una acción de nulidad, deben de ser actuadas y despachadas por el Tribunal Arbitral que dictó el laudo, sin que pueda alegarse que se terminó su competencia, puesto que esto deviene del mismo laudo.

Si bien la legislación ecuatoriana no recoge más requisitos formales que deba cumplir el laudo, que deba de estar firmada por todos los árbitros, pudiendo existir votos salvados; consideramos que éste debería cumplir con cierta formalidades, que otras legislaciones como la peruana, si recogen, como la indicación del lugar y fecha en que ha sido expedido el laudo. Un aspecto que aunque no lo diga la ley ni norma legal alguna de inferior jerarquía consideramos que debe cumplirse es que los laudos deben ser debidamente motivados, esto es, debe existir una relación coherente de los hechos con la decisión que se adopta, y como esta se relaciona o cumple con la norma jurídica que se está aplicando a la controversia, puedo alegar la nulidad del laudo que no cumpla con este requisito.

Ya en líneas anteriores habíamos revisado que el laudo arbitral está sujeto al control de legalidad por parte de órganos jurisdiccionales, concretamente la acción de nulidad que se tramita y resuelve ante el Presidente de la Corte Provincial de Justicia. Esta constituye una verdadera acción, así definida por nuestra ley, y no un recurso, y su finalidad no es la revisión del fondo de la controversia, o de los aspectos que llevaron o motivaron a tal decisión; sino que su función precisamente es cumplir con la legalidad del arbitraje, de hecho decíamos en líneas anteriores que algunas causales de la acción de nulidad tienen que ver precisamente con el debido proceso, como la citación con la demanda, la notificación de las providencias dictadas por el tribunal, en aras al derecho de defensa, entre otras.

Al respecto debemos hacer dos comentarios que son importantes al tiempo de determinar la naturaleza de la acción de nulidad. Como decíamos en líneas anteriores se trata de una verdadera acción no de un recurso que no abre la puerta libremente, sino

que solamente opera por las causales expresamente determinadas en la ley, como revisaremos más adelante en este mismo punto. La Corte Nacional de Justicia en el Arbitraje seguido por Latin American Telecom Inc. contra Pacifictel S.A. ésta afirmó: “... **quedó claro... que la nulidad del laudo arbitral se persigue por medio de una acción y no de un recurso...**”

La acción de Nulidad procede, como hemos visto como una acción propiamente dicha, por las causales determinadas en la ley, se interpondrá y resolverá conforme la ley y el procedimiento determinado en ésta, si no se encuadra en la acción no procede ésta, y esta tiene que ser la reflexión que debe hacerse en esta materia. Sin embargo, la Corte Constitucional, máximo órgano de interpretación y administración de justicia en materia constitucional ha dicho que esta acción debe agotarse como requisito previo a la acción extraordinaria de protección, dejando entrever y dándole el tratamiento de recurso, llamándola así en determinados parajes de la sentencia. Es verdad que la acción de nulidad debe agotarse como requisito de procedibilidad de la acción extraordinaria de protección, pero siempre y cuando proceda; no por ser un recurso sino por cumplirse a través de ésta el control de legalidad del laudo.⁵⁵

Como indicábamos en líneas anteriores, el Presidente de la Corte Provincial de Justicia no podrá revisar el fondo, sino el cumplimiento de lo expresamente previsto en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que norma a la acción de nulidad. Algunas inquietudes sobre la acción de nulidad han sido resueltas por nuestras Cortes Provinciales, o Salas de las mismas al tiempo de tramitar estas, y existe un fallo importante de nuestra Corte Constitucional respecto de la vía a aplicarse en cuanto a esta acción, al respecto debemos decir:

- En repetidas ocasiones nuestras Cortes se han pronunciado que las causales de procedencia de la acción de nulidad son única y exclusivamente las indicadas en la ley; por lo que están son taxativas

⁵⁵ Ros vs. Rosillo. Acción extraordinaria de Protección No. 1537 – 10 – EP.

Al respecto Merchán Juan Manuel en La aplicación de la Acción de Nulidad a los Laudos Arbitrales en el Ecuador, Revista Ecuatoriana de Arbitraje ha dicho:

Se ha generado una discusión sobre si se pueden anular laudos por causales ajenas a la LAM y si se debe enunciar claramente por la cual se demanda la nulidad. Es nuestra opinión que el recurrente debe enunciar y fundamentar claramente en qué causal basa su acción de nulidad de las previstas en el artículo 31 de la LAM, sería peligroso abrir la puerta a otras causales para sustanciar nulidad de laudos como si fueran sentencias judiciales. Igualmente consideramos incorrecto y perjudicial para el arbitraje que los jueces “adaptan” los pedidos de nulidad cuando los recurrentes equivocan o no señalan con claridad y precisión cual es la causal en la que basan la supuesta nulidad. Como precedentes hemos podido encontrar dos decisiones: (i) La primera es la decisión de ex Corte Superior de Justicia de Quito en el caso Grupexport Cia. Ltda. vs Dineagro’s Corporación Agroindustrial S.A. en la que a pesar de haber advertido que “El accionante o recurrente no ha señalado concreta y específicamente como estaba obligado a hacerlo cual es el asunto sobre el cual, en el laudo arbitral, el Tribunal se excedió en sus atribuciones...”, anuló el laudo impugnado por considerar que “... el laudo arbitral decidió sobre algo que no estaba sujeto a arbitraje como era el determinar que por liquidación de un perito se estableciera el monto de lo que tenía que pagar la demandada...” Grupexport Cia. Ltda., vs. Dineagro’s Corporación Agroindustrial S.A., Quinta Sala de lo Civil, Corte Superior de Justicia de Quito, 17 de febrero del 2004.

- Existen pronunciamientos diferentes, no uniformes, en cuanto al procedimiento que debe seguirse para sustanciar la acción de Nulidad. El pronunciamiento, tanto de las

Cortes Provinciales (antes Cortes Superiores) como de la Corte Nacional de Justicia no es unívoco, en ocasiones han aplicado la vía ordinaria prevista en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, y en ocasiones el previsto en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Hay autores que sostienen que no existe un procedimiento establecido en la Ley de Arbitraje, y que al no existir procedimiento procede la vía ordinaria; ésta falta de uniformidad en actuaciones procesales ha llevado a decisiones que resuelven favorable o desfavorablemente la impugnación vía acción de nulidad de laudos arbitrales.

La Corte Constitucional para el período de transición terminó, en forma definitiva, las inconsistencias respecto de la actuaciones antes referidas, y a partir de ésta deben los tribunales arbitrales tener una actuación única al respecto. La Corte Constitucional ha dicho: **“... La ley de la materia ha previsto un procedimiento para el caso de cuestionar la validez del laudo arbitral y como puede observarse, el trámite de nulidad establecido es ágil, siendo únicamente este trámite el que debe ser observado en estas causas, como en efecto ha aplicado el Presidente de la Corte Superior... sin que para estas pueda aplicarse el artículo 59 del CPC...”**⁵⁶

Esta sentencia de la Corte Constitucional termina la controversia, pero además resulta trascendente para determinar sobre la procedencia del Recurso de Casación en materia de acciones de nulidad de laudos arbitrales, puesto que si se admitía el trámite previsto en el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil estamos frente al juicio ordinario, el que constituye un proceso de conocimiento y conforme con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Casación, sería procedente.

La Ley de Arbitraje y Mediación vigente, dispone que el arbitraje deba ser resuelto en máximo ciento cincuenta días, contados desde la Audiencia de Sustanciación, pudiendo prorrogarse por una sola ocasión hasta por un igual plazo. Debemos reconocer que no todas las legislaciones tienen este tipo de plazos fatales contenidos en su normativa. Pero si es propio de la naturaleza del arbitraje el fijar plazos

⁵⁶ Registro Oficial Suplemento No. 605, 4 de junio del 2009.

para resolución de las controversias, puesto que la sustracción de la justicia ordinaria que el arbitraje significa, el no entrar a las vías judiciales no puede ser abierto, y esta jurisdicción que se le confiere al privado, al particular frente al Estado no puede estar abierta indefinidamente.

Realmente este plazo fatal para expedir el laudo, aunque puede generar críticas por parte de la doctrina, es una de las herramientas que hace que el arbitraje pueda ser más eficiente, puesto que existe un tiempo perentorio para resolver la controversia, y la consecuencia lógica de no cumplir con el plazo va a ser la inexistencia o nulidad – de así preverlo la normativa - del laudo así dictado, con las consecuentes responsabilidades del respectivo tribunal arbitral en el caso indicado.

El autor Caivano, Roque en el Control Judicial del Arbitraje (2011) cita al Tribunal Español, órgano que ha dicho:

La temporalidad del arbitraje es consustancial a la propia institución y se fundamenta en el hecho de que la exclusión de la jurisdicción no puede ser permanente, sino que, por la índole excepcional de la institución arbitral – que enerva la acción ante los tribunales – aquélla debe establecerse con carácter temporal. De este modo, el plazo para dictar el laudo vincula a los árbitros hasta el punto que marca los límites de su potestad.⁵⁷

Sin embargo una inquietud que debe quedarnos dentro de las causales de nulidad, y que debería normarse en este asunto, es qué ocurre si el Tribunal Arbitral emite su laudo fuera del plazo determinado en la Ley, recordemos que la competencia – y mejor dicho la jurisdicción – nace para el caso concreto y cumplido el encargo o cumplido el plazo deben terminar las actuaciones del o los árbitros, ¿prevarica un árbitro por laudar fuera de término? ¿Qué validez jurídica tendría un laudo expedido

⁵⁷ Audiencia provincial de Madrid, Sección 25, 22/9/2009 “Dragados Obras y Proyectos S.A”, sentencia 412/2009, Revista La Ley (España), 203966/2009.

fuera de término? ¿Laudar fuera de término no es causal de nulidad, cuál es el efecto entonces?

Consideramos que la Ley de Arbitraje y Mediación debería comprender, como lo hacen países como Perú y Argentina, dentro de las causales para la nulidad de un laudo arbitral, vía control de legalidad, el laudo fuera de término, el mismo que puede ser, o el señalado en la ley, o el acordado por las partes, o el que considere el Tribunal Arbitral, este sería otro aspecto que debería recoger nuestra Ley, reformando el articulado vigente.

Un tema bastante debatido por la doctrina, y que ha sido materia de revisión por parte de la Corte Constitucional no solamente de nuestro país, sino de países como Colombia o Panamá, es sobre el no admitir recursos al laudo arbitral. La regla es que el laudo una vez dictado por el Tribunal Arbitral, solamente admita recursos horizontales – aclaración y ampliación -, y una vez cumplidos con estos produce efecto de cosa juzgada.

La Constitución vigente en el Ecuador, dentro de las garantías mínimas del debido proceso consagra la doble instancia, como un derecho a que una autoridad diferente de la que emitió la decisión pueda revisar las decisiones adoptadas por jueces de instancia. Conforme lo indicado en líneas anteriores no se cumple la doble instancia en materia arbitral, puesto que el laudo causa ejecutoria y lo que corresponde es iniciar con la ejecución del laudo arbitral. Viola esta norma el debido proceso? Esta es una inquietud que ha sido resuelta por nuestra Corte Constitucional, en reiteradas sentencias estableciendo que el principio de doble instancia no es un principio absoluto, sino que admite limitaciones legislativas, de tal forma que ésta se admitirá conforme la naturaleza de la institución. Criterio que, conforme la estructura legal del Ecuador, termina las disquisiciones doctrinales, y da una resolución definitiva, por parte del máximo intérprete de nuestra norma suprema.

Al respecto el autor Neira Orellana, Edgar en la Constitución del 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación, Revista Ecuatoriana de Arbitraje ha dicho:

El sistema alternativo de solución de conflictos es distinto del sistema de solución de controversias de la Función Judicial. Las normas que regulan al arbitraje son diversas y se rigen por un principio de especialidad. Institutos y métodos de interpretación, que son propios del arbitraje (competencia de la competencia, separabilidad de la cláusula de compromiso arbitral, pro arbitraje etc.) informan la aplicación de las normas especiales contenidas en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Una consecuencia de la alternabilidad del arbitraje es que el régimen procesal del arbitraje se sujeta a normas que le son propias, diferentes de las aplicables a los juicios ordinarios. El artículo 37 de la ley de Arbitraje y Mediación que señala que las reglas de procedimiento civil son aplicables supletoriamente a los arbitraje en derecho, confirman la especialidad y alternabilidad del arbitraje porque tal aplicación es solamente para los casos de silencio de la ley.

Finalmente algunas reflexiones con relación a la acción extraordinaria de protección consagrada en el artículo 94 y 437 de la Constitución de la República, la misma procede cuando se hayan agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término. El artículo 437 dispone que proceda contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, cuando se evidencie la violación de un derecho constitucionalmente protegido.

Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se

interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

Art. 437.- Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados. 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución.

En el análisis de las acciones extraordinarias de protección interpuestas para resolución de la Corte Constitucional, ésta ha resuelto que la indicada acción si procede por cuanto se encuentra comprendida dentro de lo previsto en el número 1 del indicado artículo 437 al tratarse de Resoluciones con Fuerza de Sentencia es procedente la acción extraordinaria de protección, y así lo ha dispuesto.

Hemos dicho a lo largo de este trabajo que el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, institución que se presenta con sus propias características, principios que la inspiran, y que significar cerrar la puerta de la justicia ordinaria, por haber optado por un mecanismo “alternativo” a ésta para resolver las controversias. Bajo esta premisa es desarrollado el arbitraje, en el Ecuador y en el mundo, dentro de las particularidades que se presentan están como podemos observar la no existencia de la doble instancia, lo cual no atenta a norma constitucional; el pagar un valor al inicio y dentro del procedimiento arbitral como una tarifa, lo cual no vulnera

a la gratuidad, puesto que este mecanismo de administración de justicia no tiene financiamiento estatal.

Cuando las partes aceptan ir a arbitraje, como decíamos en líneas anteriores, lo hacen con las condiciones que son propias de la institución, si no están de acuerdo con tales, entonces no firman el convenio arbitral y se someten a la justicia ordinaria.

El control del laudo se lo ejerce a través de la acción de nulidad, así lo establece la legislación ecuatoriana, y más allá así lo determina la doctrina. Establecer que contra los laudos arbitrales proceda la acción extraordinaria de protección, como lo ha dicho la Corte Constitucional, es extenderse en el análisis y conclusiones, que exceden a lo previsto por la normativa vigente. La misma Corte Constitucional ha reconocido la limitación del recurso de apelación atendiendo a la naturaleza jurídica de la institución regulada.

Si analizamos las causales de nulidad, observamos que éstas se refieren en su mayoría al debido proceso al normar sobre la citación de la demanda, siguiéndose el proceso en rebeldía, esto es derecho a la defensa, igualmente la falta de notificación de providencias del tribunal; en lo referente a la práctica de pruebas, a su convocatoria o notificación de la convocatoria nuevamente tiene que ver con el derecho a la defensa de las partes; por lo tanto aquí se encuentra tutelado el derecho de defensa de la parte, ante el mecanismo de la acción de nulidad.

Vivimos en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, donde las actuaciones de todos públicos y privados, servidores públicos y en general de todas las actividades deben estar sometidos a la Constitución, sin embargo somos del criterio que la acción extraordinaria de protección, como mecanismo no procede contra el laudo arbitral. Pero esto no significa que la acción deba proceder, cuando la propia institución tiene sus mecanismos. Tampoco esto significa que no deba cumplirse en el arbitraje tanto la

tutela judicial efectiva como el derecho al debido proceso, puesto que ha quedado determinado dentro de este trabajo que estos deben cumplirse en la sustanciación del mismo.

2.2. Pregunta a contestar, variables e indicadores

¿Es conveniente fomentar el empleo del arbitraje como un mecanismo alternativo a la justicia ordinaria, en la solución de controversias entre las personas, reconocido por la ley y la doctrina?

Hipótesis	Variable	Indicadores
<p>¿Es conveniente fomentar el empleo del arbitraje como un mecanismo alternativo a la justicia ordinaria, en la solución de controversias entre las personas, reconocido por la ley y la doctrina?</p>	<p>Variable Independiente:</p> <p>La conveniencia de adoptar el arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de controversias.</p>	<p>De la variable Independiente</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Existencia del Arbitraje como mecanismo de solución de conflictos consagrado en la Constitución de la República, artículos 97 y 190, de la Constitución del Ecuador. 2. Normas legales que desarrollan el Arbitraje, Ley de Arbitraje y Mediación, artículos 1 y siguientes. 3. Las estadísticas de los Centros de Arbitraje, que amparados en la Ley operan en las Cámaras de la Producción, que se encuentran publicadas en las instituciones. 4. La excesiva congestión de los procesos judiciales en Cortes y

	<p style="text-align: center;"><u>Variables Dependientes</u></p> <p><u>Variable dependiente 1</u></p> <p>1. El Arbitraje brinda soluciones en procesos o procedimientos acordados, en menor tiempo, en forma eficiente.</p> <p><u>Variable Dependiente 2</u></p> <p>1. Obtención de la tutela de los derechos.</p>	<p>Juzgados.</p> <p>5. Los tiempos de resolución de conflictos en el Arbitraje, tomando como referencia procesos terminados (sentencias) en la Corte Provincial de Justicia del Guayas vs Laudos Arbitrales, en materias que susceptibles de ser admitidas en Arbitraje, que desarrollen materias afines.</p> <p><u>Indicadores de la Variable Dependiente 1</u></p> <p>a. La existencia de procedimientos arbitrales, pactados por las partes.</p> <p>b. Convenios y Cláusulas Arbitrales que excluyen la Justicia Ordinaria.</p> <p>c. Tiempos de resolución de procesos arbitrales menores que procesos judiciales, en materias afines.</p> <p>d. Existencia de árbitros en temas especializados que serán sometidos a su resolución.</p> <p><u>Indicadores de la Variable Dependiente 2</u></p> <p>i) Pronunciamientos de la Corte Constitucional que a través del Arbitraje se hace posible la</p>
--	---	---

		<p>obtención de tutela judicial efectiva.</p> <p>ii) Pronunciamientos de la Corte Constitucional, que hacen evidente que a través del arbitraje de cumplirse con el debido proceso.</p>
--	--	---

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Modalidad de la Investigación

Cualitativa, categoría no interactiva, diseño de análisis de conceptos, la investigación se basó en el análisis y revisión de la literatura de autores. El trabajo de investigación incluyó la revisión observación documental de nuestro ordenamiento jurídico y normativa comparada.

Cualitativa, categoría no interactiva, diseño de análisis histórico, la investigación se centró en la revisión del Arbitraje como una institución que permite llegar a la solución de conflictos, sin necesidad de recurrir a la justicia ordinaria. Doctrinariamente, el análisis se hizo a partir del origen de la institución, y su evolución histórica. En cuanto a normativa, se analizó la Constitución del año 2008, como normativa vigente, y la previsión del Arbitraje dentro de las normas legales.

Cualitativa, categoría interactiva, análisis de casos, en la investigación analizamos casos ya resueltos por tribunales de arbitraje, en donde consta desde el inicio del proceso hasta la resolución final consistente en el Laudo Arbitral.

Cuantitativa, no experimental, diseño tipo encuesta, en la investigación realizamos una entrevista a Director de Centro de Arbitraje de Guayaquil, y obtuvimos información relevante del arbitraje como métodos alternativos de solución de conflictos, y su necesaria aplicación, como una alternativa a la justicia ordinaria.

3.2. Unidades de Observación, Población y Muestra

UNIDADES DE OBSERVACIÓN	POBLACIÓN	MUESTRA
Normas constitucionales y legales que regulan el Arbitraje, consistentes en la Constitución	Normas constitucionales y legales.	Normas constitucionales y reglamentarias, contenidas en nuestro

<p>vigente desde el año 2008.</p> <p>Ley de Arbitraje y Mediación del año 2006.</p> <p>Código de Procedimiento Civil, codificación del año 2005.</p> <p>Código Orgánico de la Función Judicial.</p> <p>Estadística de los procesos arbitrales, resueltos por tribunales arbitrales en el año 2010, lo que permitió observar cómo se enfrentó el conflicto, los tiempos de resolución.</p> <p>Director de Centro de Arbitraje Cámara de Comercio de Guayaquil, obtención de datos.</p>	<p>5 procesos arbitrales, 5 procesos en justicia ordinaria.</p> <p>Proc. Arbitrales, casos No.:</p> <p>001 – 10; 005 – 10; 007 – 10; 037 – 10; 043 – 10.</p> <p>Procesos No.:</p> <p>Primera Sala Civil y Mercantil 217 – 2010 (137- A – 1997). Segunda Sala Civil y Mercantil 196- 2010 (176-2008, 23 Civil). 989 – 2012 Tribunal Contencioso Administrativo No. 2 Guayaquil. Segunda Sala Civil y Mercantil 223- 2010 (867 – 2008). 1044 – 2010 Juz. 9 de lo Civil.</p> <p>Director de Centro de Arbitraje y Mediación, Cámara de Comercio de Guayaquil.</p>	<p>ordenamiento jurídico.</p> <p>5 procesos arbitrales y estadísticas de procesos judiciales, año 2010.</p> <p>Director Centro de Arbitraje, Cámara de Comercio de Guayaquil.</p>
---	--	---

<p>Estadísticas del Consejo de la Judicatura de Transición, año 2010 donde se expresa el represamiento de causas, verificación en materia civil e inquilinato.</p>	<p>Informe de “Total de Causas represadas acumuladas en el Sistema Judicial. Corte diciembre de 2010.</p>	<p>Informe de “Total de Causas represadas acumuladas en el Sistema Judicial. Corte diciembre de 2010.</p>
<p>Jurisprudencia de la Corte Constitucional, respecto de pronunciamientos en tutela de derecho y debido proceso. Total de 25 acciones extraordinarias de protección en trámite.</p>	<p>Casos 0712 – 09 – EP y 1537 – 10- EP Total 25 acciones extraordinarias de protección en Corte Constitucional.</p>	<p>Casos 0712 - 09 – EP y 1537 – 10 - EP Total 25 acciones extraordinarias de protección en Corte Constitucional.</p>

3.3. Instrumentos de Recolección de Datos

Los instrumentos de recolección de datos en nuestra investigación consisten en la elaboración de fichas guía de información, son las siguientes:

- Fichas que contengan las normas jurídicas;
- Fichas de autores, fuentes bibliográficas;
- Fichas de casos (laudos arbitrales y jurisprudencia).
- Cuestionarios de entrevista para Directores de Centros de Arbitraje.

3.4. Procedimiento de Investigación

3.4.1. Información/ población/ muestra.- Como hemos indicado la información fue obtenida de normas constitucionales y legales, fuentes bibliográficas de autores nacionales y extranjeros, casos que aportaron a la investigación, análisis y revisión de sentencias y laudos arbitrales.

3.4.2. Acceso a la información.- Publicaciones de obras de autores, acceso a bibliotecas en materia jurídica, búsqueda en internet de casos y libros, Registros

Oficiales, Leyes y Códigos en materia de la investigación, Entrevistas desarrolladas con esquema de likert.

3.4.3. Recolección de Datos.- Los datos que fueron recolectados fueron los pertinentes a la investigación, conforme el planteamiento del Problema.

3.4.4. Sistematización.- Los datos fueron organizados en forma simultánea, a fin de solucionar el problema y responder a la pregunta de investigación.

3.4.5. Análisis e Interpretación.- Finalmente con la información, sistematizada, procedimos al análisis cuantitativo y cualitativo e interpretación de los datos.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS DE RESULTADOS

4. 1. PRESENTACIÓN DE LOS RESULTADOS

La presente investigación fue desarrollada utilizando algunas herramientas, se hizo un análisis de fuentes, utilizando la técnica de la observación documental en lo relativo al arbitraje en diferentes aspectos: legislación, doctrina y jurisprudencia. Se tomaron datos que fueron recolectados del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil. También se tomaron datos e información estadística y de la realidad de lo que ocurre en la Función Judicial, proporcionados por el Consejo Nacional de la Judicatura. Se realizaron entrevistas a funcionarios vinculados con el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, quienes realizaron un aporte valioso a esta investigación al tener experiencia en arbitraje.

4.1.1. Base de Datos

I. NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE EVIDENCIAN LA EXISTENCIA DEL ARBITRAJE, COMO UN MECANISMO ALTERNATIVO A LA JUSTICIA ORDINARIA.-

I.I. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR	
Art.97	<p>Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir.</p> <p>Se reconoce al voluntariado de acción social y desarrollo como una forma de participación social</p>
Art. 190	<p>Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.</p> <p>En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.</p>
	<p>Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en</p>

Art. 75	ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.
Art.76	<p>En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:</p> <p>7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:</p> <p>a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.</p> <p>b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.</p> <p>c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.</p> <p>d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.</p> <p>e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.</p> <p>f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.</p> <p>g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada consu defensora o defensor.</p> <p>h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.</p> <p>i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.</p> <p>j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.</p> <p>k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.</p> <p>l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.</p> <p>m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.</p>
I.II. CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL	
Art. 7	<p>PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, JURISDICCION Y COMPETENCIA.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Sólo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.</p> <p>Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.</p>
Art.17	<p>Principio de servicio a la comunidad.- La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.</p> <p>El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades.</p> <p>En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación y arbitraje.</p>

I.III. Código de Procedimiento Civil	
Art.3	Artículo 3. La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, preventiva, privativa, legal y convencional. Jurisdicción convencional es la que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la ley.
Art. 5	Artículo 5. La jurisdicción se ejerce por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial. También la ejercen, de acuerdo con la Constitución de la República y sus leyes propias: las juezas y jueces de paz, los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje y las autoridades de los pueblos indígenas.
Art. 17	Artículo 17. Ejercen jurisdicción convencional las juezas y jueces árbitros.
Art. 18	Art. 18. La jurisdicción legal nace por elección o nombramiento hecho conforme a la Constitución o la ley; y la convencional por compromiso.
Art. 19	Art. 19. Principia el ejercicio de la jurisdicción legal y de la convencional, desde que los titulares de los órganos jurisdiccionales toman posesión de su empleo o cargo y entran al desempeño efectivo del mismo.

II. DATOS ESTADÍSTICOS DE DEMANDAS INGRESADAS DURANTE EL AÑO 2010.-
CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE GUAYAQUIL

CUADRO DE CAUSAS INGRESADAS AL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE GUAYAQUIL. BASE: AÑO 2010.	
STATUS DE LOS CASOS	
Suspendidos	11
Laudo	23
Desistimiento	2
Mediación	5
Incompetencia	1
Abstención	5
Total	47

Fuente Centro de Arbitraje Cámara de Comercio de Guayaquil

ESTADO DE ACCIONES DE NULIDAD PERIODO DE ACTUACIÓN DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE GUAYAQUIL 2005 – 2012	
Abstenciones	2
Desistimiento	1
En trámite	17
Aceptadas	5
Rechazadas	10
Total	35

Fuente centro de Arbitraje Cámara de Comercio de Guayaquil

III. CUADRO TOTAL DE CAUSAS REPRESADAS ACUMULADAS EN EL SISTEMA JUDICIAL
CORTE DICIEMBRE DEL 2010

TOTAL DE CAUSAS REPRESADAS ACUMULADAS EN EL SISTEMA JUDICIAL CORTE DICIEMBRE 2010							
PROVINCIA	CIVIL	PENAL	TRABAJO	INQUILINATO	TRANSITO	TRANSITO	NIÑEZ Y

						CONTRAVENCIONES	ADOLESCENCIA
AZUAY	43679	3041	597	2891	1099	3249	11977
BOLIVAR	6964	365	45	0	131	183	1523
CAÑAR	9741	512	0	0	0	0	3437
CARCHI	5007	184	0	0	262	0	2278
CHIMBORAZO	39775	391	239	177	889	1205	2766
COTOPAXI	10213	251	157	0	326	591	6554
EL ORO	45943	4433	1815	0	696	520	18653
ESMERALDAS	188709	6012	459	0	73	3323	6424
GALAPAGOS	1760	132	0	0	0	0	0
GUAYAS	150894	15757	14152	4464	6811	315	63828
IMBABURA	17064	1000	195	1606	701	354	6237
LOJA	23896	4731	874	6564	171	1076	5844
LOS RIOS	17881	5217	4010	0	887	0	5646
MANABI	62637	2960	1770	0	1504	598	15493
MORONA	3605	326	0	0	0	0	1799
NAPO	1419	1023	0	0	19	34	1685
ORELLANA	3759	135	0	0	91	2878	627
PASTAZA	1909	682	0	0	0	0	1730
PICHINCHA	170963	127798	9336	2678	21143	7908	52644
SANTA ELENA	2489	608	0	0	0	0	2168
SANTO DOMINGO	10386	16424	515	0	0	0	13417
SUCUMBIOS	3810	2197	389	0	0	0	2369
TUNGURAHUA	24869	3464	338	1841	139	0	4308
ZAMORA	2088	3464	338	1841	139	0	705
TOTAL	679630	197894	34891	20221	34943	22234	2322112

Fuente Ministerio de Justicia. Tomado de Internet. Página web Consejo Nacional de la Judicatura. Las cifras constan en el Anexo que se agrega a esta tesis

IV. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO

CASO 0712 – 09 – EP	FAISAL MISLE ZAIDAN contra SENTENCIA JUEZ PRIMERO DE LO CIVIL DE PICHINCHA, PRIMERA SALA DE LA EX – CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PICHINCHA Y SEGUNDA SALA DE LA EX CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SENTENCIA: ACEPTA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN. DERECHOS CONSTITUCIONALES PROTEGIDOS VIOLADOS: TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SEGURIDAD JURÍDICA.
CASO 1037 – 09 - EP	ESMERALDA LOSSA DE ROSILLO, POR SUS PROPIOS DERECHOS Y LOS QUE REPRESENTA DE LA COMPAÑÍA ROS & LO CIA. LTDA., JORGE ROSILLO LOSSA POR LOS DERECHOS QUE REPRESENTA DE ROS & LO CIA. LTDA Y JORGE ROSILLO CLAUDET P.S.P.D. SENTENCIA: DESECHA ACCIÓN EXTRAORDINARIA DE PROTECCIÓN. APLICACIÓN DE LAS GARANTÍAS MÍNIMAS DEL DEBIDO PROCESO EN ARBITRAJE.

V. ENTREVISTA DIRECTOR DE CENTRO DE ARBITRAJE CÁMARA DE COMERCIO DE GUAYAQUIL

Se formuló un cuestionario de entrevistas a Director de Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, para constatar la realidad del arbitraje en el Ecuador, el Centro de Arbitraje más antiguo en esta ciudad.

4. 1.2. Análisis y Discusión de los Resultados

Comenzaremos el análisis, presentación y discusión de los resultados de nuestra investigación a partir de nuestras unidades de observación, que guardan relación con la existencia y reconocimiento del arbitraje, como un mecanismo alternativo de solución de controversias:

- I. **NORMAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES QUE EVIDENCIAN LA EXISTENCIA DEL ARBITRAJE, COMO UN MECANISMO ALTERNATIVO A LA JUSTICIA ORDINARIA.-**

- IV. **JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO.-**

El artículo 97 dispone que:

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

Se reconoce al voluntariado de acción social y desarrollo como una forma de participación social.

Este artículo consagra varios aspectos que resultan relevantes, constituye el reconocimiento de la autonomía de voluntad, de la libertad de las personas para acordar otros mecanismos diferentes a la justicia estatal, que en forma alterna van a permitir solucionar conflictos entre ellas. La doctrina reconoce algunos mecanismos de solución de controversia, aunque el artículo no los mencione la doctrina si lo hace y sin ser uniforme o unánime los criterios, estos parten desde la negociación hasta el arbitraje,

dependiendo si son mecanismos auto o heterocompositivos, y su mayor o menor proximidad al litigio (proceso).

El mismo artículo de la Constitución consagra y reconoce estos mecanismos alternativos de solución de controversias, siendo la misma norma suprema la que determina que éstos deberán sujetarse a lo que determine una norma de inferior jerarquía; siendo en el caso del Ecuador la Ley de Arbitraje y Mediación, como norma que regula los métodos alternos de solución de controversias, concretamente arbitraje y mediación.

Como hemos observado a lo largo de este trabajo, los mecanismos alternativos de solución de conflictos han existido desde el origen de la humanidad, como una forma de alcanzar un arreglo a diferendos cuando, en determinadas circunstancias no se podía o quería recurrir a la justicia estatal, así recordemos que en Roma existen como una alternativa cuando se quieren decisiones que sean más flexibles o menos rituales que las que comprende la denominada justicia estatal.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos van desarrollándose a lo largo de la historia de la humanidad, y poco a poco en la medida que se va congestionando la administración de justicia, por el volumen de causas que son sometidas a su resolución, van ganando más espacio.

Hemos manifestado que no debe ser esta última afirmación la única causa para someter al arbitraje una controversia. La institución tiene una serie de aspectos que la hacen atractiva y eficiente, los que han permitido su gran desarrollo y aceptación a nivel mundial; al extremo que es el mecanismo por el que se solucionan las controversias en relaciones internacionales.

Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

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

El artículo 190 de la Constitución en una lectura coherente con el artículo 97 de la misma norma suprema desarrolla cuales son, entre otros, los mecanismos que nuestra norma suprema reconoce, entre estos, el arbitraje y la mediación.

La alternabilidad del mecanismo queda evidenciada de la lectura del mismo artículo y se la hace con la lectura de otras normas de mismo nivel como es el artículo 168, número 3 que se refiere a la unidad jurisdiccional:

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.

El principio de unidad jurisdiccional en esencia constituye aquel en virtud del cual solamente los órganos judiciales, y quienes los componen tienen la potestad para

determinar lo que le corresponde a las persona, en el ejercicio de la jurisdicción, es decir administrando justicia, y generando decisiones que, cumpliendo con lo que determina la ley, son definitivas.

La existencia del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, reconocido por la constitución afecta a la unidad jurisdiccional, puesto que la propia norma suprema dispone “sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución”, y una de las instituciones que se encuentra dotada de potestades jurisdiccionales al amparo de la Constitución es el arbitraje. Por lo expuesto, no existe contradicción ni limitación alguna.

El artículo 190 va delimitando al arbitraje al determinar que este solamente procede en materias que sean transigibles, el mismo que se desarrolla conforme a la ley. Solamente podrán transigir quienes tienen la disposición de sus bienes, y no podrá transigirse en todas las materias, así en temas comerciales y mercantiles será factible la transacción, materias sobre las que versan los conflictos sometidos a arbitraje. En contrario no serán sujetos a arbitraje, porque no procede la transacción aquellos derechos que por su naturaleza le pertenecen a ese individuo, como son los derechos de familia; y, aquellos puestos al sujeto por una norma que en su esencia determina que éste no pueda disponer de ellos.

La existencia del convenio arbitral, como ha sido ampliamente expuesto en el trabajo tiene que cumplir con dos requisitos o elementos sustanciales, uno contener la voluntad expresa de ir a arbitraje, esta voluntad no puede ser supuesta y debe de ser manifiesta en forma inequívoca; y, el segundo elemento es que excluya a la justicia ordinaria, y aquí se destaca la alternabilidad del mecanismo, las partes pueden someter sus controversias a arbitraje. En el Ecuador no existe, como sí lo hay en otras legislaciones arbitraje obligatorio. La decisión de ir a arbitraje es voluntaria de las partes. Aceptado el convenio arbitral, hemos observado a lo largo de la revisión teórica que se adquiere la obligación de aceptar la decisión que adopte el tribunal arbitral, y las

“puertas” para ir a la justicia ordinaria quedan cerradas, así lo manifiesta la doctrina, y así lo reconoce nuestra legislación.

Lo antes expuesto lo corroboramos con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que establece la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil, el procedimiento es el acordado por las partes, y a falta de acuerdo el previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación; en lo no previsto por las partes o por esta ley, entonces se aplica la norma adjetiva civil.

Los artículos 7 y 17 completan la lectura de estos dos artículos de la Constitución de la República, al haber optado el Ecuador por definir al arbitraje como jurisdiccional y calificarlo como una especie de servicio público, por lo que entonces tal calificación debe inspirar la actuación de los tribunales arbitrales, en la delicada labor de administrar justicia, en forma alternativa, como ya lo hemos visto a la justicia ordinaria:

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

Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.”

Art. 17.- Principio de servicio a la comunidad.- La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la

Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.

El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades.

En los casos de violencia intrafamiliar, por su naturaleza, no se aplicará la mediación y arbitraje....

El artículo 17 del Código Orgánico de la Función Judicial, expedido al amparo de la actual Constitución ratifica lo que hemos constatado a lo largo de este trabajo y de esta presentación y análisis de resultados, califica al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, disponiendo además que constituye una forma de prestación del servicio público de administración de justicia, que en nuestro caso de Ecuador, como es evidente no está reservado para los órganos que son propios de la justicia ordinaria.

Nótese también que los artículos precedentes, ratificando lo ya manifestado sobre el tratamiento y reconocimiento como mecanismo alternativo de solución de controversias, en la legislación ecuatoriana, siempre tratan de la administración de justicia, y de quienes están dotados de potestades jurisdiccionales, y dentro de este último concepto es que entra el arbitraje.

A efectos de tener los elementos de análisis completos citemos lo previsto en el Código de Procedimiento Civil, que dentro de la explicación de cómo se clasifica o divide la jurisdicción, ha establecido respecto de la jurisdicción convencional, es decir, aquella que da origen al arbitraje:

Artículo 3. La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, preventiva, privativa, legal y convencional.

Jurisdicción convencional es la que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la ley.

Artículo 5. La jurisdicción se ejerce por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial. También la ejercen, de acuerdo con la Constitución de la República y sus leyes propias: las juezas y jueces de paz, los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje y las autoridades de los pueblos indígenas.

Artículo 17. Ejercen jurisdicción convencional las juezas y jueces árbitros.

Art. 18. La jurisdicción legal nace por elección o nombramiento hecho conforme a la Constitución o la ley; y la convencional por compromiso.

Art. 19. Principia el ejercicio de la jurisdicción legal y de la convencional, desde que los titulares de los órganos jurisdiccionales toman posesión de su empleo o cargo y entran al desempeño efectivo del mismo.

Una de nuestras variables con sus respectivos indicadores, a constatar en la presente investigación, es que a través del arbitraje se alcanza tutela judicial efectiva de los derechos, y que a su vez en arbitraje se hace efectivo el debido proceso, siendo en su medida una limitación al ejercicio de la autonomía de la voluntad manifiesta en el convenio y que se hace evidente en el procedimiento arbitral, como una obligación de los árbitros respecto del ejercicio del derecho de las personas.

Así el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra consagrado en nuestra norma suprema en el artículo 75, disponiendo en forma expresa:

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

De la lectura del artículo antes transcrito se observan cuales son los elementos que configuran la tutela judicial efectiva, se consigue la tutela de los derechos a través del arbitraje, como mecanismo alternativo de solución de controversias?; recordemos que en líneas anteriores ya habíamos manifestado que el arbitraje conlleva el ejercicio de potestades jurisdiccionales, así revisando los elementos que son propios de este derecho nos encontramos con:

- a. Derecho al acceso gratuito a los órganos jurisdiccionales para ejercer sus derechos;
- b. El derecho a obtener un pronunciamiento sobre sus derechos, que se extienda o que no sea meramente en la forma, sino que llegue al fondo;
- c. El cumplimiento de las decisiones judiciales, no es suficiente obtener el pronunciamiento, este debe ser cumplido.

Al ser el arbitraje un mecanismo alternativo para solucionar conflictos entre las personas, que suple a la justicia ordinaria y que por el hecho de acceder al mismo se “cierran las puertas de la justicia ordinaria”, la tutela de los derechos de las personas se hace efectiva a través del arbitraje, por esta renuncia que ha hecho, en forma temporal, de acceder a la justicia ordinaria.

La Corte Constitucional tiene reiterados fallos, en que abordando el análisis del caso concreto deja en manifiesto que la tutela de los derechos se consigue a través del arbitraje. Analizados los casos 0712 – 09 – EP; Caso 1537 – 10 – EP, se logra evidenciar lo expuesto en este punto, los casos citados constituyen Anexo del presente estudio.

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.**
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.**
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.**
- d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.**
- e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.**

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada consu defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las

servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

Todo procedimiento, sea administrativo o judicial, tiene que cumplir con las garantías mínimas del debido proceso, la norma dispone que es el mínimo que puede exigirse más, pero esto es lo mínimo que debe cumplir quien teniendo la posibilidad de determinar sobre derechos y obligaciones de las personas tiene que cumplir. El arbitraje no puede ser la excepción debe cumplir con el ejercicio de esta garantía.

En el artículo transcrito hemos hecho referencia, dentro del debido proceso, al derecho a la defensa, que es el que se hace manifiesto y debe ser respetado por los tribunales en sus actuaciones de sustanciación del proceso. Si observamos el artículo 31 de la Acción de Nulidad, a través de la cual se lleva a cabo el control de la legalidad del laudo arbitral, podemos notar que la protección que se brinda en ese artículo a la parte, es precisamente para garantizar el ejercicio de dicho derecho:

Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:

**a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;
o,**

- b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; o,**
- c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; o,**
- d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado.**

La Corte Constitucional, igualmente en los casos No. 0712 – 09 – EP y 1537 – 10 – EP, ha concluido sobre el reconocimiento y aplicación del debido proceso dentro del procedimiento arbitral.

Al amparo de lo previsto en la Constitución vigente en el año 1998, que reconocía al arbitraje y a otros mecanismos alternativos de solución de controversias, se expidió la primera ley que regulaba la materia en el año 1997, finalmente dicha ley fue codificada en el año 2006, y es la ley que se encuentra vigente. Si bien es cierto que no es expedida al amparo de la actual Constitución, debemos manifestar que esta se encuentra vigente puesto que no hay norma, contenida en la misma que sea contraria a la Constitución, así tampoco se ha iniciado algún proceso sobre su constitucionalidad ante la Corte Constitucional, único órgano autorizado para resolver sobre la constitucionalidad o no de un acto normativo de carácter general.

El artículo 1 de la ley de Arbitraje y Mediación dispone:

Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje

administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

Ya hemos manifestado en líneas anteriores, y conforme la Constitución es suficiente destacar el reconocimiento que hace la ley de que se trata de un mecanismo alternativo a la justicia ordinaria, de solución de conflictos entre las personas. Ratifica lo ya analizado, que se trata de controversias susceptibles de transacción, ratificamos lo ya revisado en líneas anteriores. Agrega el artículo sobre controversias existentes o futuras, esto es, puede ya existir el conflicto o puede establecer el mecanismo de solución, excluyendo a la justicia ordinaria, cuando este se haga presente.

El artículo 1 incluye lo referente a la clasificación entre arbitraje administrado y arbitraje independiente, el artículo 2 del mismo cuerpo normativo dispone sobre uno y otro:

Art. 2.- El Arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley.

Así la ley de Arbitraje y Mediación reconoce:

- Sobre el arbitraje en derecho y en equidad nos encontramos en el artículo 3 de la ley;
- Sobre el Convenio arbitral y las formas como éste se presente: artículos 5 y 6;
- Excepción de Arbitraje: artículo 7;
El mismo artículo recoge el principio pro arbitralis, que inspira la doctrina;
- Sobre la renuncia al arbitraje trata el artículo 8;
- Medidas cautelares, artículo 9;
- Demanda, contestación de demanda, términos de contestación y reconvencción, artículos 10, 11 y 12;

- Término para la modificación de: demanda, contestación de la demanda, reconvencción y contestación de la reconvencción, artículo 13;
- El artículo 15 trata sobre la Audiencia de Mediación;
- Los artículos 16 y 17 tratan sobre la selección de árbitros, forma de conformación del tribunal arbitral y posesión;
- El artículo 22 trata de la Audiencia de Sustanciación, ya en etapa de tribunal arbitral;
- Artículo 23 diligencias de mejor proveer;
- Audiencia de Estrados, artículo 24;
- Duración del arbitraje, artículo 25;
- Inapelabilidad del Laudo Arbitral, artículo 30;
- Acción de Nulidad, artículo 31;
- Ejecución del Laudo, artículo 32;

Una acotación importante respecto del arbitraje en derecho y en equidad, el primero de ellos es que determina que el tribunal arbitral al tiempo de laudar deberá hacerlo conforme a la ley, los principios universales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina, disponiendo tal artículo que los árbitros deberán de ser abogados. Mientras que al laudar en equidad, el árbitro lo hace conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica, en este caso los árbitros no necesariamente deben ser abogados, sino personas que tengan experiencia en tal materia.

El caso 0712 – 2102 – EP citado en este análisis, Faisal Misle Zaidán contra Sentencias Primera, Segunda instancia y Casación; se trata de un arbitraje en equidad y el árbitro era un Ingeniero, esa es otra ventaja del arbitraje que permite acordar en forma previa, incluso quien va a resolver su controversia, pudiendo optar por ser una persona que acredite conocimiento en la materia, de tal forma que podrá obtener un laudo más acorde a la situación real fáctica atrás de la reclamación. Esto no ocurre en la justicia ordinaria, la competencia se radica y en muchas ocasiones nuestros jueces no tienen una formación apropiada para tal materia. En el Centro de Arbitraje de

Guayaquil, se registran árbitros con experiencia y expertiz en determinada materia, conclusión que llegamos de la entrevista a la Directora de Centro de Arbitraje de Guayaquil.

Algunos aspectos adicionales entre los que se encuentran el idioma, la confidencialidad, se encuentran en la misma ley de Arbitraje y Mediación. Posteriormente a estos artículos, a partir del artículo 41 se encuentra normado el arbitraje internacional. Como podemos observar la forma de llevar el arbitraje, tanto el doméstico como el internacional se encuentran debidamente normados y regulados por la Ley de Arbitraje y Mediación vigente, que con las limitaciones expuestas en este mismo capítulo deberán aplicarse.

El artículo 39 de la Ley de Arbitraje y Mediación regula sobre los Centros de Arbitraje, a quienes deseen estudiar o conocer sobre esta materia de la lectura del artículo pueda comprender en qué consisten estos y cuál es su función. En los Centros de Arbitraje y Mediación, se desarrolla el arbitraje administrado.

Art. 39.- Para facilitar la aplicación de la presente Ley, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro, podrán organizar centros de arbitraje, mismos que podrán funcionar previo registro en la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento, por parte de un centro de arbitraje dará lugar a la cancelación del registro y su prohibición de funcionamiento.

Los centros de arbitraje existentes previos a la vigencia de esta Ley también deberán registrarse, sin perjuicio de continuar con su normal funcionamiento.

Los centros de arbitraje deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo a los juicios arbitrales y para dar capacitación a los árbitros, secretarios y mediadores que se designen de acuerdo a esta Ley.

III. DATOS ESTADÍSTICOS DE DEMANDAS INGRESADAS DURANTE EL AÑO 2010.- CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE GUAYAQUIL

Durante el año 2010, dentro de nuestro período de análisis el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, recibió un total de 47 expedientes para ser sustanciados a través de los diferentes tipos de arbitraje que la ley reconoce, los resultados han sido expuestos en el 4.1.1. Base de Datos, los que analizamos a continuación:

Las cifras nos permiten evidenciar el total de causas ingresadas durante el año 2010 al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, si bien manifestábamos que éste no es el único, si es el más antiguo en esta ciudad, podemos observar también el desarrollo del arbitraje doméstico en el referido Centro de Arbitraje, concretamente refiriéndonos al arbitraje administrado. Las estadísticas del arbitraje independiente no constan por no tener registros en este tipo de entes. De un total de 47 causas iniciadas en el año 2010, se encuentran resueltas, por la forma regular de terminación del procedimiento arbitral, que es el laudo un total de 23 causas, sumamos a este total las 5 causas de Mediación, quiere decir que se encuentran resueltas un total de 28 causas.

Debemos manifestar que el porcentaje de suspensión es alto, pero esto refleja la voluntad de las partes de no continuar con la sustanciación por diferentes causas, entre ellas podría ser un eventual acuerdo, o la suspensión para la obtención de determinadas pruebas, entre otras.

III. CUADRO TOTAL DE CAUSAS REPRESADAS ACUMULADAS EN EL SISTEMA JUDICIAL CORTE DICIEMBRE DEL 2010

Como hemos manifestado el arbitraje aparece como un mecanismo alternativo de solución de controversias, frente a la congestión de la justicia ordinaria, el cuadro referido en el presente punto, elaborado por el Ministerio de Justicia para el Consejo de la Judicatura de Transición, que es el que explica el proceso de depuración de causas iniciado en todo el país en el año 2011, y que significó iniciar la reestructuración de juzgados y tribunales de justicia, mediante dos mecanismos una nueva infraestructura y procesos de selección de nuevos jueces en diferentes materias.:

Algunas reflexiones merecen los datos estadísticos contenidos en el cuadro materia del presente análisis:

1. El cuadro evidencia la congestión de la justicia en el Ecuador, si bien se puede haber mejorado después de la reestructuración algo en cuanto a cifras, no es menos cierto que los porcentajes actuales siguen siendo altos, y las personas se siguen quejando del acceso a la justicia, a la que hemos hecho referencia en líneas anteriores.
2. El cuadro se denomina de “causas represadas”, es decir causas que están pendientes de resolución por varios años, que no pueden ser resueltas por diferentes motivos.
3. Si bien hay materias que no es posible resolver los conflictos por arbitraje o mecanismos alternativos de solución de controversia, como es penal, las cifras permiten observar lo congestionada y complicada que estaba la justicia al finalizar el año 2010.
4. El total de causas represadas, según el mismo reporte a la fecha era aproximadamente de 1.225.912, concentrándose el 93% en materia penal, civil, niñez y adolescencia y laboral.

5. Aunque no es parte de este trabajo, pero el represamiento de causas en materia de niñez es alarmante, se mantenía al finalizar el año 2010 un total de 232.112, según el reporte adjunto. En niñez es factible realizar mediación, mecanismo alternativo de solución de controversias, en temas como regulación de visitas.
6. Existen provincias donde el congestionamiento de la justicia resulta alarmante, basta observar las cifras de Pichincha, Manabí, El Oro y Guayas; en materia civil.
7. Del cuadro precedente las causas que podrían ingresar a arbitraje, dependiendo de que la materia que desarrollen sea transigible son: civil e inquilinato. Las cifras en la primera de las mencionadas son bastante altas.

Al mismo año las cifras de la Corte Nacional de Justicia eran igualmente preocupantes, un total de 7.800 causas pendientes, centrándose un 31% en salas de lo penal, 32% en laboral, y un 16% en civil y mercantil, según datos publicados por el Buró de Análisis Informativo.

En los procesos judiciales que se toman como muestra para el presente análisis podemos observar, lo siguiente:

- Juicio Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales Juicio No. 0223 - 2010: La Corte dicta sentencia en el año 2012, el proceso se inicia en el año 2010, como se identifica del número de la causa. El proceso en primera instancia se inicia en el año 2008, signado con el número 867 – 08, la sentencia de la que se recurre se dicta en el año 2010, dos años después de haber iniciado la causa. El juicio se trata del cobro de obligaciones dinerarias.
- Primera Sala Civil y Mercantil 217 – 2010, se declaró la nulidad de lo actuado. Se inicia por el cobro de obligaciones dinerarias, signado con el número 137- A – 1997.
- Juicio Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, Juicio No. 196 – 2010: Este proceso se sustancia en la Corte como consecuencia

de la apelación, el proceso se siguió en el juzgado 23 de lo Civil, con el número 176 – 2008. Actualmente está terminado. Se originó por el cobro de obligaciones dinerarias.

- Juicio Tribunal Distrital No.2 de Guayaquil, No. 989 – 2012. Este caso se trata de una indemnización de daños y perjuicios. La demanda se presenta el 20 de diciembre del 2010, el proceso fue citado a los demandados en mayo del 2013. Actualmente las partes han comparecido al proceso.
- Juicio 1044 – 2010 juzgado 9 de lo Civil y Mercantil de Guayaquil, el proceso es está sustanciando. No se ha llegado a la etapa de dictar sentencia.

Los procesos judiciales precedentes han sido tomados como muestras que nos permiten observar el tiempo de sustanciación de los procesos en el Ecuador. En el caso incluido del proceso administrativo, como indicábamos en líneas anteriores se trata de un juicio de indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de un incumplimiento contractual debidamente comprobado.

El artículo 25 de la ley de Arbitraje y Mediación establece el tiempo de duración que debe tener el arbitraje:

Art. 25.- Una vez practicada la audiencia de sustanciación y declarada la competencia del tribunal, éste tendrá el término máximo de ciento cincuenta días para expedir el laudo.

El término podrá prorrogarse, en casos estrictamente necesarios, hasta por un período igual, ya por acuerdo expreso de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio.

Es decir desde que se inicia la etapa de tribunal arbitral, existe un plazo de 150 días para expedir el laudo, pudiendo prorrogarse máximo por 150 días, sumando un

total de 300, tiempo en que debe el árbitro único o tribunal arbitral haber expedido el laudo, salvo que se haya terminado por alguna forma irregular, como es el desistimiento o la transacción.

En un año, máximo el arbitraje debe de estar terminado, no es prorrogable. Habíamos manifestado que esta jurisdicción/ competencia que se le confiere al tribunal arbitral es temporal, y que una vez concluido el encargo de resolver la controversia, sea por que dio su pronunciamiento o porque no laudo dentro del término, con las consecuencias hasta de carácter penal que esto podría conllevar, la competencia se extingue, y se termina la actuación de ese tribunal en ese caso concreto.

Esto no ocurre en la justicia ordinaria, como ya hemos manifestado, el juez está dotado en forma permanente de jurisdicción, y su competencia viene determinada por la materia, el grado, y demás forma que la ley que regula la materia lo dispone, por lo que no tiene plazos o términos para resolver. Los que se encuentran previstos en el Código de Procedimiento Civil resultan inaplicables en la práctica para el grado de congestión de la administración de justicia.

Habíamos manifestado al inicio de este análisis de resultados que durante el año 2010 se iniciaron 47 procesos en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, esto significa que existen un total de 47 convenios arbitrales suscritos, de los cuales solamente 2, o no estaban debidamente redactados que impidió que ese tribunal que conoció se declare competente, o no era competente el tribunal, pero que podría serlo otro en otra ciudad, por poner un ejemplo.

En tal caso en un total de 23 laudos arbitrales en el año 2010 y 5 mediaciones en igual periodo de revisión observamos que el convenio arbitral ha sido suficiente para alcanzar decisiones y en aplicación de las potestades jurisdiccionales de la que se encuentran investidos poder llevar a decisiones que resuelvan el fondo de la controversia.

V, ENTREVISTA DIRECTOR DE CENTRO DE ARBITRAJE CÁMARA DE COMERCIO DE GUAYAQUIL

La entrevista arrojó algunos resultados interesantes que pasamos a exponer a continuación:

- Tradicionalmente no se ha enseñado los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos como parte de las mallas curriculares de pregrado.
- El tiempo promedio de resolución de arbitrajes está en un rango entre 180 y 300 días.
- El tiempo promedio de resolución de la Acción de Nulidad excede los 60 días. Recordemos que la acción de nulidad se tramita ante el Presidente de la Corte Provincial de Justicia, esto es justicia ordinaria.
- La mayor actividad se centra en: indemnización de daños y perjuicios y terminaciones contractuales.
- Considera que el arbitraje debería ser obligatorio para el sector público, si no lo es, es “Juez y parte”.
- Considera importante, como hemos expuesto en este trabajo, una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación.
- Se realiza el control de constitucionalidad a través de la acción de protección, se han interpuesto 10 acciones de protección de laudos dictados por los tribunales arbitrales de la Cámara de Comercio de Guayaquil.

4.1.3. Respuesta a la pregunta de investigación

IV.1.3.1. ¿Es conveniente emplear el arbitraje, como un mecanismo alternativo de solución de controversias?

Luego de la revisión de las cifras expuestas en los cuadros precedentes respecto de la actividad del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil y del Consejo de la Judicatura de Transición, de los controles que, amparados en normas constitucionales y legales tiene el arbitraje, del tiempo máximo para resolución de controversias, de la eventualidad de someter controversias a

personas especializadas en la materia que se someta a su resolución; podemos concluir que el arbitraje presenta algunas ventajas o beneficios que lo hace conveniente de aplicar como un mecanismo alternativo a la justicia estatal.

Consideramos exponer algunos aspectos que se han hecho evidentes a lo largo de esta investigación, pero que consideramos preciso sintetizarlas a continuación, a fin de resaltar la conveniencia de aplicación de este mecanismo alternativo de solución de controversias, obviamente con la limitación que se trate de materia por su naturaleza transigible, que pese a circunscribir bastante el ámbito de aplicación, no es menos cierto que sigue siendo un espacio bastante importante.

Recordemos que uno de los elementos de la tutela judicial efectiva es precisamente la resolución de las controversias dentro de tiempos razonables, recordemos que – aunque no es jurídica la reflexión, si es aplicable – justicia tardía no es justicia. De que le sirve al justiciable el obtener una resolución de su conflicto, la declaratoria de un derecho a su favor, si al tiempo de hacer efectiva esa decisión, luego de algunos años de pelear, no lo consigue por lo congestionada de la administración de justicia, los incidentes del proceso, y los recursos, que mal utilizados por los abogados, solamente consiguen es dilatar la ejecución de las decisiones.

En este punto entonces hay que destacar los dos elementos ya expuestos: uno los 150 días para expedir el laudo, prorrogables por una sola vez, esto es hasta 300 días (menos de un año); y, por otro lado la flexibilidad que hemos visto en cuanto al procedimiento arbitral, con las limitaciones confirmados en este mismo trabajo respecto de garantías mínimas del debido proceso, por ejemplo no podrá obviarse la citación o la notificación de un término probatorio, pero nada obsta que en algunas etapas o momentos del arbitraje pueda existir menos rigurosidad que en el procedimiento civil.

El que de la naturaleza de la institución se determine la limitación temporal que se hace de la competencia, así como la limitación en cuanto a los mecanismos de impugnación de la decisión arbitral hacen que la jurisdicción arbitral sea más económica que la justicia ordinaria. Los gastos que genera el proceso prorrateado por el número de años que demoran las causas permiten concluir que la justicia ordinaria termina siendo más cara que la convencional; partiendo además de un punto que pese a estos costes asociados al proceso, no se ha conseguido un pronunciamiento definitivo, por ejemplo en casos que precisan declaratoria de un derecho.

Hemos evidenciado a lo largo de este trabajo que la especialidad de los árbitros es importante al tipo de determinar la conveniencia de someter la controversia a árbitros, temas como propiedad intelectual, en sus versiones derecho marcario o de autor; aspectos amparados por el mercado de valores, como los fideicomisos; o de derecho de seguros, como las fianzas o pólizas; podrán ser abordados por administradores de justicia, convencional, que tengan una especialidad o formación en esta materia. Las relaciones comerciales han ido determinando cambios importantes en el derecho, así van apareciendo temas que no son abordados por todos, sino que van surgiendo especialidades o expertos determinados.

La complejidad que puede presentar el asunto determina que una persona con conocimientos específicos en estos pueda tener mejores argumentos, análisis y lógica para la aplicación de las alegaciones, y lograr efectivamente determinar derechos y obligaciones para las partes. Como decía los Centros de Arbitraje, en el arbitraje administrado; o la selección directa en el arbitraje independiente permite que personas con tal especialidad y experiencia puedan conocer y resolver controversias.

La confidencialidad del arbitraje es otro aspecto a destacar, esta confidencialidad no es relativa a las partes, sino respecto de terceros o quienes

no tienen relación con la controversia. En materia arbitral se trata en ocasiones de terminaciones de contratos que alcanzan algunos miles o millones de dólares, que hacen evidente la situación patrimonial de una parte, se fundamentan en ocasiones en acuerdos comerciales confidenciales, por la naturaleza del negocio o las cifras que significan. La confidencialidad puede ser pactada en el arbitraje, como un mecanismo para proteger a la parte que se ve expuesta a la controversia, y que la misma podría afectar otras de sus relaciones comerciales.

Dos aspectos a resaltar que reflejan las ventajas del arbitraje, a fin de determinar que es un mecanismo eficiente para solucionar controversias como un mecanismo alternativo a la justicia ordinaria, estos son: la intermediación entre las partes y los árbitros, y, confianza en el mecanismo.

La naturaleza del mecanismo permite que exista una mayor cercanía entre el árbitro y las partes, así como el árbitro y el proceso. En el arbitraje efectivamente se hace evidente la intermediación tan necesaria para la resolución de las controversias, ¿qué mecanismo determina y evidencia lo manifestado en éstas líneas? Pues que el arbitraje se desarrolla a través de cuatro audiencias, como ya se ha manifestado, las que se presentan a lo largo de todo el procedimiento y que permite interactuar con el tribunal, la primera de ellas que es la de mediación, aunque en fase administrativa, abre la revisión del proceso con las partes hasta la notificación del laudo mediante la cuarta, y última audiencia, hacen efectiva la oralidad en el procedimiento arbitral, y permiten que el tribunal desarrolle y actúe directamente las pruebas, lo cual es favorable al tiempo de resolver la controversia.

Finalmente, la confianza en los árbitros. La lista de árbitros es proporcionada a las partes para que éstas de común acuerdo designen a los árbitros, es decir ella podrán seleccionar quien es la persona llamada a resolver su controversia, y es más si no están de acuerdo con la lista podrán solicitar una persona de fuera

de la lista, actuando de consuno, y dotar de jurisdicción, temporal, en los términos expuestos a esa persona, porque en un acto de confianza consideran que tiene, por un lado los conocimientos técnicos, pero por otro lado la idoneidad, solvencia y responsabilidad para resolver su controversia.

Así estos requerimientos son la garantía a su vez que brinda el Centro de Arbitraje a la persona que resuelve sustraerse de la justicia ordinaria y someter sus conflictos a dicho centro, proporcionando una lista de personas idóneas y calificadas para cumplir la delicada labor de suplir a la administración de justicia estatal y resolver la controversia entre las partes.

4.1.4. Verificación de la Pregunta a Contestar

Como resultado del análisis documental y estadístico que hemos realizado a lo largo de la presente investigación procedemos a revisar la constatación de la pregunta a contestar planteada al inicio de nuestra investigación. La pregunta formulada es la siguiente:

¿Es conveniente estimular el empleo del arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos entre las partes, reconocido como tal por la Ley y la doctrina?

En nuestro estudio quedó evidenciada la existencia del arbitraje, tanto desde el punto de vista de la doctrina y la jurisprudencia, como desde el punto de vista de la constitución de la constitución y la ley, como un mecanismo alternativo a la justicia ordinaria, que cerrando la vía de la misma permita alcanzar a las partes la solución de sus controversias, y tutelar los derechos de las personas consagrados en la constitución, con las características y limitaciones que se reconoce al arbitraje.

Demostramos la eficiencia del arbitraje, las ventajas que este reporta para las partes, la conveniencia de aplicarlo y establecerlo como un mecanismo de solución de

controversias que sustraiga a la controversia de los jueces en la justicia ordinaria, en materia transigible.

Así a lo largo de la investigación, con la exposición de la estructura de la institución, la aceptación por parte de la doctrina y la jurisprudencia, aproximarnos al procedimiento arbitral, analizado desde el punto de vista de la ley y la doctrina, los derechos fundamentales que se hacen efectivos a través del arbitraje, revisado al amparo de los tiempos de respuesta y resolución de controversia hemos verificado la **variable independiente**, en el sentido de que el arbitraje opera como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, reconocido como tal, pero constatado que en la práctica opera con tal naturaleza, en la investigación se han abarcado los indicadores de ésta variable, desde el análisis de la constitución y la ley, hasta la revisión de los datos estadísticos ya indicados.

Las dos **variables dependientes** se encuentran debidamente sustentadas en éstas líneas, puesto que hemos hecho evidente que los procesos o procedimientos son acordados por las partes, produciendo soluciones en menor tiempo que la administración de justicia estatal, así también se ha hecho evidente la tutela de los derechos, vía tutela judicial efectiva y debido proceso, que ha analizado a lo largo de la investigación; los indicadores de ambas variables han sido abordados y constatados en la investigación.

Constatadas la variables y verificados sus indicadores, hemos confirmado la hipótesis en el sentido de que es conveniente el empleo del arbitraje en el Ecuador como un mecanismo que impide el acceso a la vía judicial ordinaria, y que permite en forma alternativa encontrar la solución de los conflictos, en los términos que institución ha sido desarrollada por la Constitución y la Ley.

Hemos manifestado en nuestra investigación algunos aspectos a mejorar en el arbitraje que consideramos deben ser analizados, por quien teniendo la potestad de hacerlo pueda implementarlos, a fin de estimular el empleo de esta institución que tanta

ventaja traería al país en materia de administración de justicia, y descongestionamiento de los juzgados y tribunales de justicia.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusiones

- El arbitraje constituye un mecanismo alternativo de solución de controversias entre las personas que permite, a través de un acuerdo escrito entre las partes acceder a este mecanismo cerrando la posibilidad de someter a la justicia ordinaria una o algunas controversias, presentes o futuras, que deben ser expuestas en forma determinada en el convenio suscrito.
- La doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional, reconocen al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que puede ser adoptado una vez que se suscribe un convenio arbitral que permite acceder a la institución, con sus características y limitaciones que le son propias.
- Una vez pactado el arbitraje, las partes signatarias de tal convenio se obligan a someter a este mecanismo las controversias así pactadas, y se obligan a acatar la decisión del tribunal con competencia para resolver la controversia.
- Es un mecanismo eficiente de resolución de conflictos, dada la naturaleza de la institución, se pueden alcanzar decisiones en menor tiempo, por quienes están dotados de la potestad de hacerlo, por el tiempo determinado en la ley.
- A través del arbitraje se hace efectiva la tutela judicial efectiva como un deber del Estado, permitiendo el acceso a la justicia, obteniendo resoluciones que tutelen los derechos de las personas, con decisiones que deben ser debidamente acatadas y cumplidas,

gozando éstas de ejecutoriedad y teniendo el carácter de cosa juzgada.

- En el arbitraje se hace efectivo el debido proceso, los tribunales arbitrales, ni por más que el mecanismo sea más flexible y menos riguroso que el procedimiento civil, podrán sustraerse de las garantías de éste, sobre todo en lo relacionado al derecho a la defensa.
- Existen mecanismos consagrados en la ley para controlar la legalidad del laudo arbitral. En el caso del Ecuador por decisión de la Corte Constitucional se producen el control de constitucionalidad del laudo arbitral a través de la Acción Extraordinaria de Protección, por tratarse de resoluciones con fuerza de sentencia. De un análisis de las estadísticas de la Corte Constitucional se han interpuesto un total de 25 acciones extraordinarias de protección contra laudos arbitrales, por decisiones emanadas de acciones de nulidad; algunas de ya resueltas y otras todavía en trámite.
- La naturaleza de la acción de nulidad es precisamente ser una verdadera acción, encaminada a revisar, conforme las causales expresamente determinadas en la ley, los aspectos que en ésta se admiten. No es un recurso, por lo que el Presidente de la Corte Provincial no podrá entrar a analizar el fondo de la controversia vía acción de nulidad, y resolver al respecto. Indebidamente se la ha calificado de recurso en algunas sentencias de la Corte Constitucional.
- Como hemos manifestado en líneas anteriores, si se adopta el arbitraje mediante los mecanismos que la propia ley determina, se debe acoger la institución con las características que le son propias

dada la naturaleza de la institución, entre lo expuesto el reconocimiento de que no existe la apelación.

- Consideramos que en este Estado Constitucional de Derechos y Justicia, donde cobran importancia los derechos consagrados en la carta suprema, debiendo aplicarlos todas las autoridades públicas que ejerzan jurisdicción, y que actúen en la vía administrativa, por lo tanto es importante contar con mecanismos eficientes para alcanzar tutela judicial efectiva.
- Deberían de buscarse mecanismos que permitan incentivar la utilización de los mecanismos alternativos de solución de controversias como una forma de enfrentar la congestión de la administración de justicia.

5.2. Recomendaciones

Una vez que hemos destacado la naturaleza, las ventajas, las características y revisado en forma general al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de controversias. Una vez analizadas las cifras que dejan ver el problema de la congestión de la justicia, que debemos manifestar no es exclusivo del Ecuador; pero destacando que la única finalidad del arbitraje no es descongestionar los juzgados, nos permitimos hacer algunas recomendaciones para la vigencia práctica de esta institución:

- Somos del criterio que lo primero que tiene que hacerse es un cambio en la mentalidad adversarial con la que somos formados, en las universidades, quienes ejercemos esta profesión, de tal suerte que permita la apertura a los mecanismos alternativos de solución de conflictos; y que pese a que el arbitraje es adversarial, no tratar

de trasladar las mismas formas y ritualidades que caracterizan al procedimiento civil.

- Como ya lo ha hecho la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, el arbitraje debe ser de enseñanza obligatoria en una malla de pregrado de las demás universidades del Ecuador, permitiendo formar profesionales en derecho que tengan conocimiento de este mecanismo y puedan adoptarlo y recomendarlo en su vida profesional.
- Debe reformarse por parte de la Asamblea Nacional, a iniciativa de Centros de Arbitraje del Ecuador, la ley de Arbitraje y Mediación, adoptando determinadas normas contenidas en la ley Modelo de UNICITRAL, a fin de uniformarnos hacia el arbitraje internacional; ya somos signatarios de tratados internacionales que permiten cumplir laudos dictados en el exterior, solamente mediante mecanismos eficientes alcanzaremos desarrollarnos económicamente.
- Igualmente, debe revisarse, por parte del órgano legislativo de la República, el alcance del principio competencia por competencia y alinearnos en las nuevas tendencias mundiales respecto a éste.
- Consideramos, igualmente que los Centros de Arbitraje existentes en el país, deberían revisar las causales de nulidad de los laudos, e incorporar el laudo fuera de término, como estaba en el proyecto original; permitiendo incluir dentro del control a un laudo que pueda no cumplir con tal requisito, y por lo tanto ser expedido sin gozar con una autoridad con potestades jurisdiccionales, puesto que ésta ya ha terminado. Formulando a la Asamblea Nacional una respuesta concreta al respecto.

- Debe eliminarse por parte de la Asamblea Nacional, la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil.

- Consideramos que contrario a lo que se ha hecho, limitando el arbitraje público; debería, de la mano, con los mecanismos para mejorar la administración de justicia en el Ecuador, incentivarse la utilización del arbitraje, definiéndolo como una política pública obligatoria para el sector público; trabajo que debería hacerse por parte del Estado, a través del Ministerio correspondiente, iniciando un trabajo mancomunado con las Cámaras de la Producción.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ANZOLA, Eloy (2011) Memoria Arbitral, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, Caracas, Venezuela.
2. BARONA Vilar, Silvia, citada por Rodríguez Robledo, María Inmaculada (2010) Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje, primera edición, Barcelona Bosh.
3. BERNARDO SAN JOSE, Alicia. (2002) Arbitraje y jurisdicción: incompatibilidad vías de exclusión. Granada: s/e, 2002.
4. BECERRA Toro, Rodrigo (2007) Manual de Arbitraje en Colombia, Talleres Gráficos de Impresora Feriva S.A. Cali, Colombia.
5. BRICEÑO SIERRA, Humberto (1989) El arbitraje comercial en México. En: El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y español. Libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics. Lima: Cultural Cuzco.
6. CAIVANO, Roque J. (1998) Negociación Conciliación y Arbitraje. Lima. APENAC.
7. CAIVANO, Roque (2011) Control Judicial en el Arbitraje, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.
8. CAIVANO, Roque (2011) La Cláusula Arbitral. Editorial Universidad del Rosario, Buenos Aires. Argentina.
9. CAIVANO, Roque. (2000) Arbitraje. Ad – Hoc S.R.L. Segunda Edición. Buenos Aires, Argentina.
10. CAIVANO, Roque (1989) El Arbitraje como Modelo Alternativo para la prestación de la Justicia (Posible inserción en los Colegios de Abogado), LL 1989, C -1125, Buenos Aires, Argentina.

11. CHARRY URIBE, Leonardo. (1988) Arbitraje mercantil internacional. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
12. CHILLÓN MEDINA, José María y MERINO MERCHÁN, José Fernando (1991) Tratado de arbitraje privado interno e internacional. Civitas 2da. Edición. Madrid, España.
13. CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita (2013) Contenido y Forma del Convenio Arbitral en Derecho Arbitral. Editorial Adrus. Lima Perú.
14. COUTURE, Eduardo, Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil, en Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina. Buenos Aires, Argentina.
15. DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo (2005) Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad – Hoc ¿He ahí el dilema? En Revista peruana de Arbitraje. (2005) Editorial Grijalva. Lima, Perú.
16. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (1989) Los conceptos y las cosas. Vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral. En: El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y español. Libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics. Lima: Cultural Cuzco.
17. Diccionario de la Real Academia de la Lengua. < [http:// lema.rae.es/drae/?val.>](http://lema.rae.es/drae/?val.>) (Consulta 15 de agosto del 2013).
18. FLOYER ACLAND Andrew, Como utilizar la Mediación para resolver conflictos en las organizaciones. Paidos. Buenos Aires. Argentina.
19. FOLBERG, Jay. Mediación Resolución de Conflictos sin litigio. Editorial Limusa, Grupo Noriega Editores. México. Año 1996.

20. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco (2008) Arbitraje, Editorial Porrúa, Guadalajara, México.
21. HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel. Seguridad Jurídica. Análisis, Doctrina y Jurisprudencia. Edino. Guayaquil – Ecuador. Año 2004.
22. HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel. La Tutela Judicial Efectiva como Instrumento Esencial de la Democracia. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Año 2005.
23. IGLESIAS, Juan. (1983). Instituciones del Derecho Privado, citado por Vidal Ramírez, Fernando. Jurisdiccionalidad del Arbitraje. Revista Peruana de Arbitraje. Editora Jurídica Grijley E.R.L. Perú.
24. J. PALLARES citado por BECERA Toro, Rodrigo (2007) Manual de Arbitraje en Colombia, Talleres Gráficos de Impresora Feriva S.A. Cali, Colombia.
25. MARCHÁN, Juan Manuel (2012). La Aplicación de la Acción de Nulidad de Laudos Arbitrales en el Ecuador, en Revista Ecuatoriana de Arbitraje. Fausto Reinoso. Quito, Ecuador.
26. MULDOON, Bryan (1996) Mediación Ediciones Paidós, Barcelona, España.
27. NEIRA ORELLANA, Edgar (2012) La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación, en Revista Ecuatoriana de Arbitraje. Impreso Fausto Reinoso. Quito, Ecuador.
28. O´FARREL, Jorge (1992) Arbitraje Internacional, solución del futuro. En Revista Jurídica Argentina La Ley, Buenos Aires, Argentina.

29. PARRA QUIJANO, Jairo (2011). Manual de Derecho Probatorio. Librería Ediciones del Profesional LTDA, Bogotá, Colombia.
30. PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto y MARTÍNEZ NEIRA, Néstor (1988) en Pacto Arbitral y arbitramento en conciencia. Monografías Jurídicas, Bogotá, Colombia.
31. SOTO Coaguilas, Carlos (2008). Instituto Peruano de Arbitraje, Ediciones Magna, Lima, Perú.
32. SALCEDO VERDUGA, Ernesto (2006). Las Medidas Cautelares, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Guayaquil, Ecuador.
33. SALCEDO VERDUGA, Ernesto (2007). El Arbitraje: La Justicia Alternativa. Distrilib. Guayaquil, Ecuador.
34. SILVA ROMERO, Eduardo (2003) Reflexiones sobre el contrato de arbitraje. Algunas consideraciones alrededor del arbitraje en el derecho colombiano EN Manual de Arbitraje en Colombia. Calí, Colombia.
35. TALERO RUEDA, Santiago (2006). Arbitraje Comercial Internacional. Editorial Temis. Colombia.
36. VIDAL RAMÍREZ Fernando (2006), Revista Peruana de Arbitraje No 3 Editora Jurídica GRIJLEY.
37. DE CÁRDENAS, Feldstein y DE HERBÓN, Leonardi, citados por el Salcedo Verduga, "El Arbitraje Justicia Alternativa". Editorial jurídica Miguez Mosquera. Quito – Ecuador.
38. SILVA ROMERO , Eduardo (2005), Breves observaciones sobre el principio Kompetenz – Kompetenz

39. El contrato de arbitraje Bogotá, legis editores s.a. y universidad del rosario

Leyes

Constitución del Ecuador. Registro Oficial 449 del 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico de la Función Judicial. Ley s/n. Suplemento del Registro Oficial 544, 9 de marzo de 2009.

Ley de Arbitraje y Mediación, Codificación año 2006, Registro Oficial No. 417 del 14 de diciembre del 2006.

Código de Procedimiento Civil. Codificación 2005-011. Suplemento del Registro Oficial 58, 12 de julio del 2005.

Nueva Ley peruana de Arbitraje año 2008, Decreto Legislativo No. 1071 del 28 de junio del 2008.

Ley Modelo de UNCITRAL

Convención de Nueva York del año 19158.

Reglas de Ética para Árbitros Internacionales (“Ethics for Internacional Aritrators”) de la International Bar Association.

http://www.ibanet.org/images/downloads/pubs/GOCHA_Spanish_2007.Pdf.

Jurisprudencia Corte Constitucional, casos acción extraordinaria de protección.

www.corteconstitucional.gob.ec

ANEXOS

ANEXO 1

ENTREVISTA DIRECTOR CENTRO DE ARBITRAJE

1. EN EL ULTIMO AÑO ¿CUÁNTOS ARBITRAJES SE HAN INICIADO?

DE 1 A 10 ___

DE 11 A 20 ___

DE 21 A 30 ___

MAS, SEÑALAR LA CIFRA En Centro Julio 2013, 35 arbitrajes

2. EN LA UNIVERSIDAD QUE USTED ESTUDIO ¿LE ENSEÑARON SOBRE LOS METODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS, COMO UNA ALTERNATIVA A LA JUSTICIA ORDINARIA?

SI ___

NO

3. EN ¿CUÁNTO TIEMPO, PROMEDIO EXISTE PRONUNCIAMIENTO DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES EN LOS CASOS SOMETIDOS A SU CONOCIMIENTO Y RESOLUCIÓN?

DE 180 A 360 DÍAS

DE 361 A 720 DÍAS ___

OTRO TIEMPO ___

PUEDE CITAR TRES PROCEDIMIENTOS COMO EJEMPLO: 001-10; 005-10; 007-10

4. DENTRO DE LA MATERIA QUE SE PUEDE SOMETER A ARBITRAJE LOS ASUNTOS MAS COMUNES TIENEN RELACION CON (FAVOR INDICAR PORCENTAJES, DE TENERLOS):

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

TERMINACIÓN DE CONTRATOS

EJECUCION DE CONTRATOS

NOTIFICACIONES EN MATERIAS DE ARRENDAMIENTO ___

5. EN SU EXPERIENCIA ¿QUÉ CONSIDERA QUE FALTA EN EL ECUADOR PARA QUE EXISTA UNA APLICACIÓN EFECTIVA DEL ARBITRAJE?

una reforma nueva

una ley de arbitraje

6. ¿CONSIDERA QUE DEBE REFORMARSE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION EN EL ECUADOR?

SI

NO ___

SI SU RESPUESTA ES SI, SÍRVASE INDICAR EN QUE PUNTOS: el gobierno sea bien informado;

el uso de arbitraje en judicial, para el sistema de justicia

7. ¿CONSIDERA QUE DEBE APLICARSE EN EL ECUADOR, LA LEY MODELO DE UNCITRAL COMO AQUELLA QUE REGULE EL ARBITRAJE?

SI
NO

SI SU RESPUESTA ES SI, SÍRVASE INDICAR EN QUE PUNTOS:

*En la doctrina de arbitraje internacional en Ecuador existen
un caso puntual por la ley en sus artículos según el caso
de cada caso*

8. EN LA RELACION JUSTICIA ORDINARIA Y ARBITRAJE, ¿HA ENCONTRADO CONFLICTOS?

ACCION DE NULIDAD SI
MEDIDAS CAUTELARES —
EJECUCION DE LAUDOS NO

9. ¿EN CUÁNTO TIEMPO LA JUSTICIA ORDINARIA RESUELVE LA ACCION DE NULIDAD?

30 DIAS —
45 DIAS —
60 DÍAS —
MÁS DE 60 DÍAS

10. ¿CUÁNTAS ACCIONES EXTRAORDINARIAS DE PROTECCION, DESDE QUE SE CREÓ ESTA ACCIÓN EN EL 2008, HAN SIDO INTERPUESTAS EN ARBITRAJE ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL?

10
20 —
30 —

gosto 2, 2010

Corte Nacional tiene 7.800 procesos pendientes desde el 2008

A un año y medio de la reorganización de las Cortes de Justicia, el represamiento de las causas sigue siendo una constante en los juzgados del país.

Pese a las reformas judiciales no se ha logrado evitar el represamiento de juicios en las salas especializadas. El Gobierno ha disminuido los plazos de archivo y abandono de los procesos, dispuso que las acciones constitucionales sean tramitadas por todos los juzgados, y aumentó el número de judicaturas, pero en Guayas de las 148 mil causas ingresadas en el 2009, no todas alcanzan un fallo definitivo.

Pedidos de suspensión de jueces, quejas por las resoluciones en procesos polémicos, denuncias por los retrasos en los fallos y miles de causas represadas son hasta ahora algunos de los resultados de la reorganización de la Función Judicial, que se concretó en diciembre de 2008.

Un año y medio después, solo en la Corte Nacional de Justicia existen casi 7.800 causas pendientes, el 31% están repartidas entre las dos Salas de lo Penal, otro 32% están en las Salas de lo Laboral y el resto se reparte entre las salas de lo Civil y Mercantil (16%), de lo Contencioso Administrativo (15%) y de lo Contencioso Tributario (6%). (Ver cuadro)

Mientras que en las cortes provinciales como la de Guayas, pese al aumento de juzgados para temas de la Niñez y Adolescencia, de Trabajo, y de Tribunales, en el caso del área penal; el represamiento de las causas no mejora. Según informes del Consejo de la Judicatura del Guayas, se sortearon 148.355 procesos en el 2009 en los juzgados Penales, Civiles, de Tránsito, Trabajo, Inquilinato, de Menores y Constitucionales de esa provincia.

La mayor parte de los procesos pertenecen al área penal que agrupa 46.226 causas; le sigue el de inquilinato con 36.336, el civil (25.403), de menores (22.951), trabajo (14.656), tránsito (2.171) y Constitucional (612). A estas estadísticas se suman otros casos que estudian los funcionarios judiciales, que no pasan por la sala de sorteos, como las contravenciones en los juzgados de Tránsito; y los sumarios de permisos de salida, abandono de hogar y otros, que tratan los de la Niñez y Adolescencia.

A esos procesos se suman otros 70.037 juicios, que recibieron los juzgados desde el 1 de enero hasta el 8 de julio de este año, en los que también predominan los de tipo penal.

Del monto total de reclamos en Guayas (2009 y lo que va del 2010), el Consejo de la Judicatura, ente regulador de la Función Judicial, no ha especificado cifras sobre la cantidad de juicios despachados y los que han llegado a una resolución.

Las causas de las Salas Especializadas
(enero - junio 2010)

	Penal	Civil y Mercantil	Laboral	Administrativa	Tributaria	Total
Recibidas	1.000	486	1.259	367	290	3.402
Resueltas	706	408	922	205	177	2.418
Pendientes	294	78	337	162	113	984

Fuente: Corte Suprema de Justicia

Crítica a jueces y magistrados

En los últimos seis meses, los cuestionamientos hacia los jueces y magistrados han sido recurrentes desde el Gobierno y la Fiscalía. Las sanciones que impuso el Consejo de la Judicatura a varios jueces por sus sentencias (caso Isafas y caso Esmeraldas como los más recientes) fue motivo de crítica. También lo fue la lista que publicó el Ministerio de Justicia respecto a los jueces que supuestamente retrasan la resolución de causas, provocando que caduquen las prisiones preventivas.

Mauro Terán, ex magistrado de la denominada Corte Suprema de Justicia (CSJ) del 2008, tiene una explicación para esos hechos. Sostiene que el esquema de administración de justicia previsto en la Constitución no funciona porque es retardatario y va en contra de los principios de administración de justicia. “Se redujo las salas de la corte, luego el nivel jerárquico de las cortes nacionales y provinciales, se congeló el presupuesto de la administración de Justicia y se condenó a que todos sus mecanismos operativos disminuyan. Además crearon un órgano de poder absolutista como el Consejo de la Judicatura, lo que diga y ordene es la voz mandante por encima de la Ley y de la Jurisprudencia”.

Terán señala que la Corte del 2008 empezó cambios en las cortes superiores, uno de ellos, establecer un plan de desarrollo de la administración de justicia, que establecía procesos anuales y quinquenales para temas operativos, estructurales y procesales, encaminados hacia la oralidad de la justicia. “Pero todo esto los sabios de Montecristi lo echaron al canasto y estamos viendo que cada vez más colapsa la administración de justicia. Y no se ve salida porque ellos no van reconocer que cometieron un error”.

El ex magistrado considera que el problema no es solo el número de las causas pendientes. Para él, el Consejo de la Judicatura es un obstáculo, además de la limitación presupuestaria de la CNJ. “Se planteó que un 5% del presupuesto anual del Estado se destine a la administración de justicia. Pero se olvidan que hace falta la capacitación, eso es

fundamental. Además se necesitan recursos para establecer una infraestructura racional. Veo que el edificio de los juzgados lo van a entregar para oficinas de los assembleístas, dónde van a funcionar entonces los juzgados", cuestiona.

*Apéndice
08 Septiembre 2011*

anexo 3



REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONSEJO DE LA JUDICATURA DE TRANSICIÓN

INFORME PARA APROBACIÓN DE:
"MODELO PARA DEPURACIÓN DE CAUSAS REPRESADAS"

PROGRAMA DE REESTRUCTURACIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL
EJE MODELO DE GESTIÓN

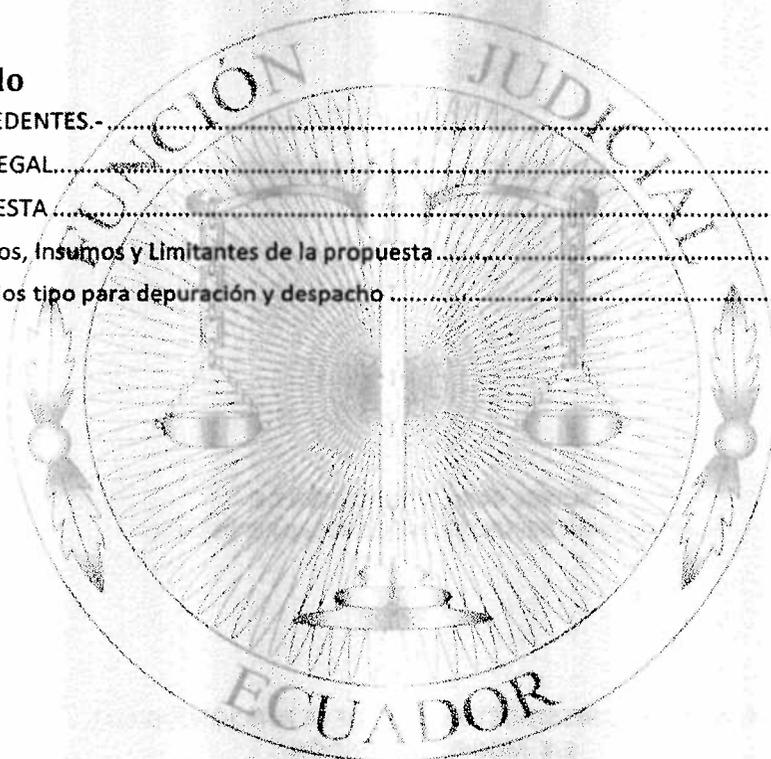
CONSEJO DE JUDICATURA TRANSITORIO
SEPTIEMBRE 2011

**PROGRAMA DE REESTRUCTURACIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL
EJE MODELO DE GESTIÓN**

INFORME PARA APROBACIÓN DE: "MODELO PARA DEPURACIÓN DE CAUSAS REPRESADAS"

Contenido

1. ANTECEDENTES.....	3
2. BASE LEGAL.....	4
3. PROPUESTA.....	4
3.1 Criterios, Insumos y Limitantes de la propuesta.....	5
3.3 Juzgados tipo para depuración y despacho.....	6



PROGRAMA DE REESTRUCTURACIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL EJE MODELO DE GESTIÓN

INFORME PARA APROBACIÓN DE: "MODELO PARA DEPURACIÓN DE CAUSAS REPRESADAS"

1. ANTECEDENTES.-

En la actualidad la Función Judicial evidencia falta de elementos técnicos y normativos homogéneos, que garanticen una eficaz y eficiente administración que incida en los servicios de justicia y genere cultura de calidad. El sistema de administración de justicia al momento carece de mecanismos efectivos de gestión institucional, por lo que sus organismos no pueden proveer de servicios que garanticen el acceso a la Justicia, el derecho fundamental de las y los ciudadanos de conformidad con las disposiciones contenidas en la Constitución del Ecuador y sus leyes.

La demanda de los servicios de justicia ha crecido de forma significativa cada año, y junto a este incremento de causas ingresadas, también existe un decremento igual significativo de causas resueltas.

Los juzgados corporativos actuales fueron concebidos bajo la lógica de mantener una estructura administrativa para un solo cuerpo de jueces, en la realidad cada juez tiene su equipo y su agrupación es solamente en el espacio físico, poniendo en riesgo la pérdida de documentos y procesos. Los juzgados no fueron diseñados para la aplicación de la oralidad, por lo que las audiencias se realizan en espacios como el despacho del juez y secretario, poniendo en riesgo tanto a jueces y secretarios como a víctimas y testigos.

Para superar las falencias actuales del sistema judicial, se establece el Programa de Reestructuración de la Función Judicial, según se aprobó en las preguntas 4 y 5 y sus respectivos anexos de la Consulta popular del 7 de Mayo del 2011, por la que se constituye un Consejo de la Judicatura Transitorio, dotado de las atribuciones para que en un plazo de 18 meses realice la reestructuración de la institución y la instalación del Consejo de la Judicatura definitivo, de acuerdo a las enmiendas que se introducen en la misma Consulta a los artículos 179 y 181 de la Constitución de la República.

Dentro del Programa de Reestructuración de la Función Judicial presentado por el Consejo de la Judicatura Transitorio se define el proyecto de modelo de gestión cuyo objetivo es diseñar e implementar el modelo de gestión para la Función Judicial, de conformidad con los preceptos constitucionales y demás normas conexas que garanticen el acceso y servicio oportuno, eficiente, eficaz y de calidad de todas las personas a partir de 2011; así como, los proyectos de talento humano, infraestructura civil, infraestructura tecnológica y comunicación.

En este contexto, el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos entregó al Consejo de la Judicatura Transitorio en acto público realizado el 31 de Julio del 2011 el documento denominado "Plan de Transformación de la Justicia, Propuesta de la estrategia de implementación", dicho documento que incluye 31 anexos y toma como base varias consultorías nacionales y extranjeras entre ellas Alianza, Universidad de Talca, Conferencia de los Ministros de

Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), documentos que se constituyen en la base para el presente informe, según fuera solicitado por la Presidencia del Consejo de la Judicatura Transitorio en reunión efectuada el 14 de septiembre del 2011.

2. BASE LEGAL

Dentro de las atribuciones del Consejo de la Judicatura, en el numeral 1) del artículo 181 de la Constitución de la República del Ecuador está el definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial.

El artículo 254 del Código Orgánico de la Función Judicial determina que el Consejo de la Judicatura es el órgano único de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la función judicial, que comprende: órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos.

El artículo 264 del Código Orgánico de la Función Judicial, COFJ, determina entre las funciones del pleno a) crear, modificar o suprimir salas de las cortes provinciales, tribunales penales, juzgados de primer nivel y juzgados de paz; así como también establecer el número de jueces necesarios previo al informe técnico correspondiente; b) establecer o modificar la sede y precisar la competencia en que actuarán las salas de las cortes provinciales, tribunales penales, juezas y jueces de primer nivel; excepto la competencia en razón del fuero. Una misma sala o juzgador de primer nivel podrá actuar y ejercer al mismo tiempo varias competencias; c) en caso de que, del informe técnico correspondiente, aparezca que existe en forma transitoria en determinada rama de la actividad judicial o en una localidad un número muy alto de causas sin despacho, podrá crear salas o juzgados temporales que funcionaran por el periodo de tiempo que señalará o hasta que despachen las causas acumuladas; en estos casos se procederá al nuevo sorteo de causas para asignarlas a estas salas o juzgados temporales; d) crear, modificar o suprimir direcciones regionales o provinciales, las cuales funcionarán de forma desconcentrada.

El artículo 20 del régimen de transición de la Constitución enmendada crea al Consejo de la Judicatura Transitorio con todas las facultades establecidas en la Constitución así como las dispuestas en el Código Orgánico de la Función Judicial y determina que ejercerán sus funciones en un periodo de 18 meses para que se reestructure la Función Judicial.

3. PROPUESTA

La estrategia se enmarca en la implementación de unidades judiciales especializadas con apoyo en gestión y administración para depuración y resolución de causas represadas, estableciendo un plazo para realizar la depuración de las causas, incluyendo el despacho de aquellas que tengan la condición de abandono o prescritas, en una primera fase y posteriormente efectuar un proceso de trámite y resolución de las causas que efectivamente procedan.

En la primera fase que se considera de forma aproximada hasta enero el 2012¹, una vez ejecutoriado el auto de abandono o de prescripción, el secretario remitirá los expedientes, previa

¹ En el supuesto de que se cumplan las condiciones de infraestructura requerida y equipos humanos y tecnológicos

acta entrega recepción, al archivo general, en caso de que esto no sea factible el proyecto de infraestructura o la unidad correspondiente en el Consejo de la Judicatura deberá considerar formas alternas de arriendo para el archivo de dicha documentación.

Acorde con lo indicado en el anexo 18 del documento de Plan del MJDC (2011) se ha realizado por parte de PROJUSTICIA un trabajo de inventario, dentro del Proyecto "Creación de Nuevas Judicaturas y Modernización de los Servicios de Justicia, componente Gestión de Despacho" arrojando un resultado de 289.290 causas en los juzgados de garantías penales de Quito, Ambato, Santo Domingo de los Tsáchilas y Latacunga; se realizó el inventario de causas represadas en materia de niñez y adolescencia para las ciudades de Quito y Guayaquil. Estos datos sirvieron de base para la proyección realizada a nivel nacional conjuntamente con los datos del Consejo de la Judicatura, que se muestra más adelante en el cuadro de total de causas acumuladas.

3.1 Criterios, Insumos y Limitantes de la propuesta

Entre los principales criterios que se consideraron para la elaboración de la propuesta se encuentran los siguientes:

- Se implementarán juzgados/ unidades judiciales con capacidad para albergar al número de jueces necesarios para resolver las causas con un equipo o plataforma corporativa de apoyo en la gestión y administración.
- Se ha previsto la posibilidad de efectuar la depuración con juzgados o unidades judiciales temporales o transitorios de un promedio de 3 jueces por unidad.
- Dichas unidades judiciales en aquellas materias cuyo proceso sea oral se efectuarán de manera general sobre la base del nuevo modelo de gestión. En aquellas otras materias cuyo proceso se encuentre por escrito se efectuará sobre el procedimiento existente al cual se le agregarán ciertos órganos administrativos que permitan una mejoría en la tramitación de las causas.
- Se plantea efectuar primero el despacho de causas represadas a través de juzgados temporales que a su vez levanten el inventario de las mismas y que finalmente determinen y entreguen al juzgado actual el número de causas que requieren de trámite para su resolución. Se estima que cada juzgado temporal de este tipo pueda despachar 8 000 causas por mes.
- Para el despacho de causas se han tomado las siguientes referencias:
 - Para materia penal: 600 causas por año
 - Para materia civil: 800 por año
 - Para materia familia niñez y adolescencia: 720 por año
 - Para contravenciones: 1200 por año
- Para el despacho de causas en materias cuyo proceso actualmente es escrito se ha estimado un promedio de despacho de dos causas al día.

Por otro lado, del análisis de la propuesta presentada es importante resaltar para la toma de decisiones los siguientes supuestos de los que parte el Plan y las limitantes encontradas:

- Los cálculos se basa en los datos estadísticos del Consejo de la Judicatura hasta diciembre de 2010.

- Las causas represadas en todas las materias llegan a la cifra aproximada de 1.225.912 causas en espera de algún tipo de gestión². El 93% de este total corresponde a la carga Procesal en materias Penal, de Niñez y Adolescencia, Civil y Laboral.
- Los jueces y servidores temporales que sean contratados para el proceso de depuración y despacho de causas represadas se sumarían a los juzgados existentes al momento en que la nueva infraestructura y talento humano esté implementado, hasta la extinción total de las causas represadas, dentro del plazo del programa.

3.2 Referencia del total de causas represadas por provincia

REF: TOTAL DE CAUSAS ACUMULADAS EN EL SISTEMA JUDICIAL CORTE DICIEMBRE 2010							
PROVINCIA	CIVIL	PENAL	TRABAJO	INQUILINATO	TRÁNSITO	TRÁNSITO CONTRAVENCIONES	NIÑEZ Y ADOLESCENCIA
AZUAY	43.679	3.041	597	2.891	1.099	3.249	11.977
BOLIVAR	6.964	365	45	0	131	183	1.523
CAÑAR	9.741	512	0	0	0	0	3.437
CARCHI	5.007	184	0	0	262	0	2.278
CHIMBORAZO	39.775	391	239	177	889	1.205	2.766
COTOPAXI	10.213	251	157	0	326	591	6.554
EL ORO	45.943	4.433	1.815	0	696	520	18.653
ESMERALDAS	18.879	6.012	459	0	73	3.323	6.424
GALAPAGOS	1.760	132	0	0	0	0	0
GUAYAS	150.894	15.757	14.152	4.464	6.811	315	63.828
IMBABURA	17.064	1.000	195	1.606	701	354	6.237
LOJA	23.896	4.731	874	6.564	172	1.076	5.844
LOS RIOS	17.881	5.217	4.010	0	887	0	5.646
MANABI	62.637	2.960	1.770	0	1.504	598	15.493
MORONA	3.605	326	0	0	0	0	1.799
NAPO	1.419	1.023	0	0	19	34	1.685
ORELLANA	3.759	135	0	0	91	2.878	627
PASTAZA	1.909	682	0	0	0	0	1.730
PICHINCHA	170.963	127.798	9.336	2.678	21.143	7.908	52.644
SANTA ELENA	2.489	608	0	0	0	0	2.168
SANTO DOMINGO	10.386	16.424	515	0	0	0	13.417
SUCUMBIOS	3.810	2.197	389	0	0	0	2.369
TUNGURAHUA	24.869	3.464	338	1.841	139	0	4.308
ZAMORA	2.088	251	0	0	0	0	705
TOTAL	679.630	197.894	34.891	20.221	34.943	22.234	232.112

Fuente: MIDHC; Plan de Transformación de la Justicia; Elaboración MIDHC

3.3 Juzgados tipo para depuración y despacho

Como resultado del proceso de discusión y validación por parte del equipo del Programa de Reestructuración del Consejo de la Judicatura Transitorio, realizado a partir de la información proporcionada por el Ministerio de Justicia, a continuación se muestran los datos de juzgados y personal que serán requeridos -en el marco de los criterios, supuestos y limitantes indicados- para la implementación de la primera fase de depuración que incluye el despacho de las causas prescritas o abandonadas, a través de una estructura planteada que permitiría un proceso

²El Plan de Transformación de la Justicia, del indica que la información es obtenida del departamento de Estadística del Consejo de la Judicatura con corte estadístico al 21 de septiembre de 2010.

acelerado de despacho con la participación por juzgado temporal compuesto por 1 Juez, 1 administrador, 2 secretarios, 4 digitadores y, 20 ayudantes.

DATOS JUZGADOS TIPO, PARA DEPURACIÓN³

Juzgados	No. Jueces	No. Servidores/ pasantes	Promedio total personal por Juzgado
25	25	675	28

NUMERO DE JUZGADOS PARA DEPURACIÓN

PROVINCIA	CIVIL	PENAL	TRABAJO	INQUILINATO	TRÁNSITO	TRÁNSITO CONTRAVENIO CNES	NIREZY ADOLESCEN A	N. CAUSAS REPRESADAS	N. JUZGADOS CONSOLIDADO
ESMERALDAS	18.879	6.012	459	0	73	3.323	6.424	35.170	
CARCHI	5.007	184	0	0	262	0	2.278	7.731	
SUCUMBIOS	3.810	2.197	389	0	0	0	2.369	8.765	2,00
IMBABURA	17.064	1.000	195	1.606	701	354	6.237	27.157	
SANTA ELENA	2.489	608	0	0	0	0	2.168	5.265	
MANABI	62.637	2.960	1.770	0	1.504	598	15.493	84.962	
TUNGURAHUA	24.869	3.464	338	1.841	139	0	4.308	34.959	
PICHINCHA	170.963	127.798	9.336	2.678	21.143	7.908	52.644	392.470	
NAPO	1.419	1.023	0	0	19	34	1.685	4.180	
ORELLANA	3.759	135	0	0	91	2.878	627	7.490	
SANTO DOMINGO	10.386	16.424	515	0	0	0	13.417	40.742	1,00
COTOPAXI	10.213	251	157	0	326	591	6.554	18.092	
GUAYAS	150.894	15.757	14.152	4.494	6.811	315	63.828	256.221	
BOLIVAR	6.964	365	45	0	131	183	1.523	9.211	
CAÑAR	9.741	512	0	0	0	0	3.437	13.690	
PASTAZA	1.909	682	0	0	0	0	1.730	4.321	
CHIMBORAZO	39.775	391	239	177	889	1.205	2.766	45.442	3,00
LOS RIOS	17.881	5.217	4.010	0	887	0	5.646	33.641	
MORONA	3.605	326	0	0	0	0	1.799	5.730	
AZUAY	43.679	3.041	597	2.891	1.099	3.249	11.977	66.533	
EL ORO	45.943	4.433	1.815	0	696	520	18.653	72.060	2,00
LOJA	23.896	4.731	874	6.564	172	1.076	5.844	43.157	1,00
ZAMORA	2.088	251	0	0	0	0	705	3.044	
GALAPAGOS	1.760	132	0	0	0	0	0	1.892	

Fuente: MJDC; Elaboración: Equipo Modelo de Gestión

La sumatoria total de juzgados asciende a la cantidad de 21, los cuatro juzgados restantes servirán de apoyo para las provincias con mayor represión de causas.

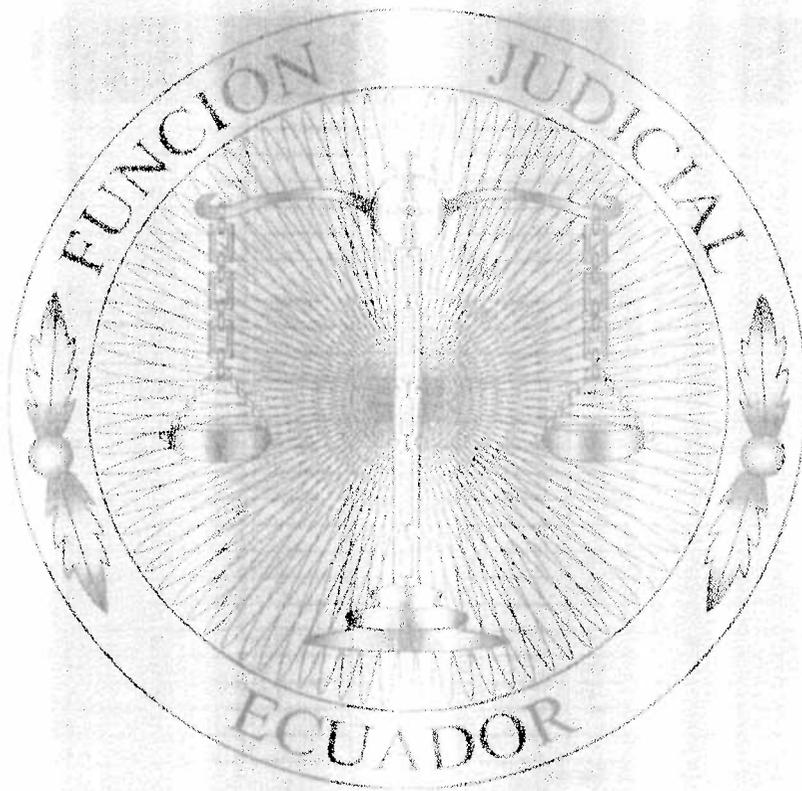
En la segunda fase, para realizar el trámite y resolución de las causas que procedan se consideró el establecimiento de juzgados temporales compuestos de forma diferenciada según los procesos de oralidad o escritos que se llevan por materias, de manera general de la siguiente forma: para los procesos orales conforme la tipología del nuevo modelo planteado⁴, y para los procesos escritos una estructura referencial de 1 juez, 1 Secretario, 2 Ayudantes Judiciales, 1 Auxiliar administrativo y 1 Administrador.

³ A partir de propuesta realizada por Ab. Diego Zalamea, sobre la base de la experiencia de un modelo similar efectuado y probado en la Fiscalía.

⁴ En lo que sea aplicable, sin reforma procesal.

DATOS JUZGADOS TIPO, PARA DESPACHO CAUSAS REPRESADAS

Juzgados	No. Jueces	No. Servidores
250	750	Aprox. 1790



	NUMERO DEL EXPEDIENTE CORTE CONSTITUCIONAL	TIPO DE ACCIÓN CONSTITUCIONAL	MATERIA
1	0880 - 13	Extraordinaria de Protección	ANEXO 4 Arbitraje
2	379 - 13	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
3	323 - 13	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
4	149 - 13	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
5	1296 - 12	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
6	976 - 12	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
7	793 - 12	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
8	691 - 12	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
9	2098 - 11	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
10	1892 - 11	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
11	1572 - 11	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
12	1559 - 11	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
13	1542 - 11	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
14	1482 - 11	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
15	1311 - 11	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
16	1280 - 11	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
17	1267 - 11	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
18	45 - 11	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
19	0938 - 11	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
20	880 - 11	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
21	316 - 11	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
22	155 - 11	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
23	45 - 11	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
24	952 - 10	Extraordinaria de Protección	Arbitraje
25	1037 - 10	Extraordinaria de Protección	Arbitraje



Quito, D. M., 24 de febrero del 2010

Sentencia N. ° 0006-10-SEP-CC

CASO N. ° 0712-09-EP

LA CORTE CONSTITUCIONAL para el periodo de transición:

Juez Sustanciador: Dr. Patricio Herrera Betancourt

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

La Secretaría General de la Corte Constitucional señala que la presente Acción Extraordinaria de Protección fue planteada ante la Corte Constitucional, para el período de transición, el 03 de agosto del 2009 y admitida a trámite el 20 de agosto a las 17H30 del mismo año por la Sala de Admisión.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 7 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, publicadas en el Suplemento del Registro Oficial N.º 466 del 13 de noviembre del 2008, de fs. 46, el señor Secretario General certifica que no se ha presentado otra (s) demanda (s) con identidad de sujeto, objeto y acción; en consecuencia, la solicitud no contraviene la norma citada, de lo que se deja constancia para los fines pertinentes.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, conformada por los doctores: Patricio Pazmiño Freire, Edgar Zárate Zárate y Roberto Bhrunis Lemarie, en auto del 20 de agosto del 2009 a las 17h30, avoca conocimiento de la causa y admite a trámite la acción planteada, indicando que se proceda al señalamiento para la sustanciación de la misma.

De conformidad con el sorteo correspondiente realizado el 05 de marzo del 2009 y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, pasó el expediente a la Tercera Sala para la sustanciación respectiva.

A los veintidos días de diciembre del 2009 a las 10H40, en la Tercera Sala de la Corte Constitucional, para el período de transición, se efectuó el sorteo correspondiente conforme lo prescrito en los artículos 437 de la Constitución de la República, y artículos 9 inciso segundo, y 10 de las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional, para el período de transición, correspondiéndole la causa N.º 0712-09-EP al Juez Sustanciador, Dr. Patricio Herrera Betancourt, y dispone su notificación a los demandados a fin de que presenten informe motivado de descargo sobre los argumentos que fundamentan la demanda, en el plazo de 15 días, así como que se haga saber a los demandados Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, quien a su vez deberá notificar al señor Luis Ernesto Martínez Cobo, actor en el juicio N.º 325-2004, con el contenido de la providencia de avoco, a fin de que se pronuncie en el mismo plazo, exclusivamente respecto a la presunta vulneración en el proceso de juzgamiento de los derechos reconocidos en la Constitución. Con posterioridad, en providencia del 12 de enero del 2010 a las 11H40, esta Sala dispone que se notifique con el contenido de las providencias dictadas por la Sala y la demanda respectiva a los señores jueces de la Primera Sala de lo Civil de la Corte provincial de Quito, así como a los jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, a fin de que presenten un informe motivado de descargo sobre los argumentos que fundamentan la demanda en el plazo de 15 días de recibida la presente providencia. Mediante providencia se señala día y hora para la Audiencia Pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 86, numeral 3 de la Constitución de la República.

ANTECEDENTES DE HECHO Y FUNDAMENTOS DEL LEGITIMADO ACTIVO

Presenta la demanda Faisal Antonio Misle Zaidan. Refiere que el ingeniero Luis Ernesto Martínez Cobo presentó una demanda en su contra, propuso que se dé por terminado el convenio que suscribió y que se ordene el pago de las multas establecidas en el referido convenio, que buscaba evitar confrontaciones que perjudicaran a la compañía, o prevenir pugnas que impidiesen el normal desenvolvimiento de las actividades productivas comerciales de INGESA S. A.



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Causa N.º 0712-09-EP

Página 3 de 15

El Convenio suscrito el 9 de abril de 1999, estipulaba en la cláusula N.º 3 una cláusula de arbitraje que literalmente decía:

"3.3 En caso de desacuerdo las partes acudirán a la dirimencia de un árbitro mutuamente seleccionado. La decisión de este árbitro será obligatoria para los dos grupos. El costo de los honorarios el árbitro será pagado por el grupo al cual (sic) no le asita la razón de acuerdo a dicho fallo. Adicionalmente el grupo que no tenga la razón, reconocerá y pagará una multa de \$ 5.000,00 al otro grupo.

"3.4 Las dos partes seleccionarán de común acuerdo a una terna de tres árbitros para que actúe, uno de ellos previo sorteo, de acuerdo a lo indicado en el numeral 3.3. Hasta tanto se designe esta terna, los dos grupos están de acuerdo que el árbitro sea el Ing., Pedro Pinto Rubianes".

El proceso signado con el N.º 327-04-PT le correspondió conocer al Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, en cuya audiencia alegó como excepción la incompetencia de dicho juzgador, justamente porque existía la transcrita cláusula de arbitral. Sin embargo, el Juez, a pesar de ser incompetente y sin tener jurisdicción para conocer el caso, de modo ilegítimo, resolvió en sentencia, del 9 de enero del 2006, aceptar las pretensiones procesales del ingeniero Luis Ernesto Martínez Cobo. Señala que dicho vicio insubsanable, a más de ser expuesto en la audiencia, fue demostrado a lo largo de las diversas etapas procesales, elementos que debieron ser tomados en cuenta por el Juez de la causa. Que no ha renunciado el convenio, como equivocadamente lo interpreta el Juez Tercero de lo Civil: lo que hizo fue señalar que no existía controversia, y que el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en ningún momento prevé que por un supuesto incumplimiento haya renuncia a la cláusula arbitral.

La sentencia del Juez Tercero de lo Civil de Pichincha fue apelada para ante la Corte Superior de Quito, que mediante sentencia del 13 de noviembre del 2006, desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del juez a quo; que esta sentencia repite los mismos errores del juez de instancia, que señala, entre otros aspectos, que al existir la alegación de convenio arbitral ha debido sustanciar y resolverse tal excepción, lo cual no se ha hecho en el respectivo momento procesal, sino al resolver sobre lo principal, es decir, al momento de la sentencia, lo que si bien constituye una irregularidad, en cambio, insiste, ella no ha influido ni ha podido influir en la decisión de fondo o de mérito, y como lo ha sostenido la Corte Suprema: si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de

defensa en juicio no hay porqué declarar la nulidad. Recuerda que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, así como que las omisiones o quebrantos procesales son saneables porque el fin primordial de la administración de justicia es el de buscar la paz social. Es decir que se reconoce la irregularidad, pero se sostiene que la misma no tiene trascendencia, como declarar la nulidad del proceso, lo cual es inexcusable porque ello afecta su derecho al debido proceso y la tutela de sus derechos constitucionales.

Señala la demanda que es necesario conocer y tener en claro cuáles son los requisitos esenciales del proceso y distinguirlos de las irregularidades no invalidantes y subsanables, lo que conduce a sostener que el análisis de fondo de la cuestión de la competencia o incompetencia judicial no es meramente formal, lo cual se determina según exista o no un convenio arbitral, por lo que se pregunta si ¿la competencia es un puro requisito formal que no tiene importancia para declarar la nulidad proceso? Según la doctrina, *“la competencia es la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado”*[...] es un presupuesto de la relación procesal, doctrina que se recoge en disposiciones con rango constitucional, así el artículo 76 numeral 7 literal k establece como garantía del debido proceso, la presencia de un juez competente, y la normativa procesal civil califica como solemnidad sustancial a la competencia, por tanto, la excepción de incompetencia no puede tomarse como una mera alegación destinada a satisfacer “pruritos formales”, sino como una defensa que reivindica el derecho que tiene todo ciudadano a ser demandado ante el juez idóneo para resolver la controversia. En suma, el convenio arbitral determina la jurisdicción y competencia de los árbitros y la falta de jurisdicción y la incompetencia del juez ordinario o, en otros términos, la aptitud legal de los árbitros para resolver un conflicto, calidad de la que carecerá el juez ordinario, lo que desde el punto de vista del derecho al debido proceso, constituye una garantía para las partes, las que únicamente podrán ser juzgadas por aquellas personas que les inspiren confianza de acuerdo a una convención, que según el ordenamiento jurídico es obligatoria, vinculante y determinante de la competencia.

La sentencia de la Primera Sala de lo Civil de la Corte Superior de Quito fue conocida a través del recurso de casación por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia que, en sentencia del 26 de mayo del 2008, resolvió desechar el recurso interpuesto, que establece entre otras consideraciones, la indeterminación en cuanto uno de los elementos esenciales del convenio arbitral, el árbitro o juez particular designado por las partes, al no saberse quien actuaría como árbitro y como lo haría; tampoco se establecieron las reglas de



CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Causa N.º 0712-09-EP

Página 5 de 15

procedimiento que regularían el arbitraje, razones por las que los numerales 3.3 y 3.4 del Convenio del 9 de abril de 1999, resultaban inoperantes e inejecutables. La intención de las partes fue nombrar un amigable componedor, pero en ningún momento se estableció el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, reflexiones que según el proponente de esta demanda denotan un desconocimiento de la legislación ecuatoriana que regula los métodos alternativos de solución de conflictos, que según la Corte Suprema de Justicia, no es otra cosa que el arbitraje en equidad y se ha puesto en duda la existencia de un auténtico convenio arbitral, desconociendo el contenido de los artículos 6 y 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación; y el contenido mismo del Convenio en sus puntos 3.3 y 3.4 que se refieren a la dirimencia de un tercero en caso de desacuerdos, y de un fallo obligatorio dictado por este.

La Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia esconde la incompetencia de los órganos de la Función Judicial, la evidente nulidad procesal y la violación de su derecho al debido proceso, ya que los jueces de lo civil deben inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado por falta de competencia, asunto que debió ser tratado por el propio arbitro, tal como lo dice el artículo 22 de la Ley de esta materia; que sobre la naturaleza del arbitraje establecido en el Convenio éste era independiente, ya que las partes acordaron que sea el Ing. Pedro Pinto, tal como consta en el convenio; y en cuanto a que no se establecieron las reglas de procedimiento, el propio artículo 38 establece modalidades de procedimientos, por lo que no importa que las partes hayan omitido determinar un procedimiento, ya que en ese supuesto se aplicaría lo que dice la Ley o los reglamentos del centro de arbitraje que escojan las partes. Que en el caso de estudio se han violado normas constitucionales como el debido proceso, que implica el derecho a ser juzgado por juez competente, como lo dispone la Carta Fundamental en el artículo 76, numeral 7, literal k, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8 y el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14, lo que lleva a determinar que estuvo determinada la competencia de un árbitro, sacándola de la justicia ordinaria; produciéndose una violación a las normas constitucionales que garantizan la aplicación de métodos alternativos de resolución de conflictos; y la violación a la seguridad jurídica, que de conformidad con el artículo 82 de la Constitución, fundamenta el respeto al ordenamiento jurídico y, en virtud de este derecho, los jueces deben procurar que este convenio se cumpla, para con ello garantizar la certeza jurídica que debe existir sobre el juez competente para conocer las controversias que se produjeron entre los accionista de INGESA.

PRETENSION

Con estos antecedentes y fundamentos, se presenta la acción extraordinaria de protección a fin de que se disponga la reparación integral de sus derechos constitucionales, que se declare que carecen de eficacia jurídica las sentencias dictadas en el caso, y que los jueces ordinarios son incompetentes para conocer las controversias que surjan por el incumplimiento del Convenio del 9 de abril de 1999; que la Función Judicial se abstenga de conocer las controversias que surjan de la aplicación del referido convenio, y se declare que el arbitraje es el único procedimiento aplicable en el caso. Solicitan medidas cautelares a efecto de que no entren en etapa de ejecución las sentencias impugnadas.

COMPETENCIA

El Pleno de la Corte Constitucional para el período de transición es competente resolver la presente acción extraordinaria de protección, y lo hace de acuerdo con las Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el período de transición, aplicando la Disposición Transitoria Segunda de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE SE CONSIDERAN VULNERADOS POR LOS FALLOS JUDICIALES IMPUGNADOS

A criterio del accionante, se ha vulnerado, a través de los fallos impugnados, el derecho al debido proceso, que implica ser juzgado por un juez competente. En este sentido, señala lo que expresa la Constitución de la República en el artículo 76:

"En todo proceso que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá las siguientes garantías básicas:

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto."

De la misma manera, expresa que se están vulnerando las disposiciones constantes en el numeral 1 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos

✓
X

Humanos, que dice: Garantías Judiciales, así como el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

DETERMINACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICO CONSTITUCIONALES A SER RESUELTOS

El elemento medular de la acción planteada es determinar si la vía jurídica de reclamo por un incumplimiento del Convenio de Administración y manejo de la compañía INGESA S. A., celebrado entre el señor Ernesto Martínez Cobo y el señor Faisal Misle Zaidan, en representación de los grupos EMC y FMZ respectivamente, es activar la jurisdicción ordinaria o la de solución alternativa de controversias, mediante arbitraje.

Para llegar a esta determinación, es importante plantear la siguiente interrogante y llegar a la conclusión respectiva:

¿Se configuró un convenio arbitral para la solución de controversias entre los grupos representados por el señor Ernesto Martínez Cobo (EMC) y Faisal Misle Zaidan (FMZ)?

El Convenio antes referido constante a fjs. 1 a 3, en sus puntos 3.3 y 3.4, cuyo contenido fue transcrito en los antecedentes, efectivamente establece que en caso de desacuerdo o conflicto entre los grupos respectivos, acudirán para la solución o dirimencia del mismo a un árbitro mutuamente seleccionado, destacándose que la decisión de éste será obligatoria en su acatamiento e incluso la posibilidad de que se imponga una multa al grupo que no se le haya concedido la razón. También parte del acuerdo para la solución de controversias es establecer la forma de designación del árbitro, que saldrá de una terna comúnmente seleccionada, y entre estos tres se designará al árbitro mediante sorteo. Mientras no se designe la correspondiente terna, las partes avalan que el árbitro sea el Ing. Pedro Pinto Rubianes.

Sobre los mecanismos de solución alternativa de conflictos, tanto la Constitución Política de 1998, como la Constitución vigente reconocen esta posibilidad jurídica, en casos y materias que sean transigibles y conforzase las normas respectivas. Nuestro país sobre esta materia cuenta con la Ley de Mediación y Arbitraje, como cuerpo normativo regulador.

Nuestra Constitución sobre este particular expresa:

"Art. 190 Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias que por su naturaleza se pueda transigir".

Es decir, existe la posibilidad, determinada por la Constitución, de que no solo la vía de la jurisdicción ordinaria sea la idónea para procesar conflictos, sino que se crea una alternativa, a la que, cumpliendo requisitos establecidos por la ley, se puede acudir para solucionar una divergencia.

Establecida como queda la posibilidad de acudir al arbitraje como uno de los mecanismos para solucionar conflictos, es preciso determinar si las cláusulas arbitrales establecidas en los puntos 3.3 y 3.4 del referido Convenio, cumplen con los requisitos respectivos, con la finalidad de que surtan sus efectos jurídicos.

Sobre la existencia de un convenio arbitral, la Ley de Mediación y Arbitraje dice:

"Art. 6.- Se entenderá que existe un convenio arbitral no solo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje".

La ley exige, que para que proceda el convenio arbitral, que exista un documento escrito, en el que se señale la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. En ese sentido, *los numerales 3.3 y 3.4 del Convenio son claros y expresos al señalar la voluntad de las partes de someterse a la dirimencia de un árbitro* y no de la justicia ordinaria, en caso de que existan divergencias o conflictos entre los grupos firmantes del convenio.

Por otra parte, la misma Ley de la materia establece la posibilidad de que se dé un arbitraje independiente; en este sentido se estipula:

"Art. 2. El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a lo determinado en esta Ley y a las normas y procedimientos de un Centro de Arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta ley".

[Handwritten signature]



Esta disposición establece que un arbitraje se puede dar no solo en los Centros de arbitraje y mediación y con las normas de procedimiento respectivo, sino que una persona que no está vinculada con el conflicto (tercero), pueda dirimir la controversia puesta a su decisión. En el caso concreto, es preciso determinar que según consta en el texto del convenio, las partes optaron por un arbitraje denominado independiente, para lo cual designaron al señor Pedro Pinto Rubianes como árbitro.

En base a estas disposiciones legales, se evidencia que efectivamente existe la voluntad de las partes firmantes en este Convenio, en someter la solución de sus diferencias a un árbitro independiente.

¿Surten efecto jurídico las cláusulas arbitrales incorporadas al convenio suscrito entre Ernesto Martínez Cobo y Faisal Misle Zaidan?

La Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la ex Corte Suprema de Justicia fundamenta su fallo de casación respecto al efecto de la cláusula arbitral, en el sentido de *"advertir una indeterminación en cuanto a uno de los elementos esenciales del convenio arbitral. El Arbitro..."*¹, y por otra parte, la Sala, citando a la autora mexicana Sofía Gómez Ruano, en un artículo escrito para la Revista Jurídica "Abogado Corporativo" titulado *Checlist de Patologías en una cláusula arbitral*, refiriéndose a otro autor, Frederic Eisemann, quien bautizó como *cláusulas patológicas*, como denominación a una cláusula arbitral que traerá problemas en un arbitraje o que incluso lo hará inoperante. Por lo tanto, aplicando este criterio, se expresa que para considerar un convenio arbitral eficiente y eficaz se debe cumplir con cuatro funciones esenciales: producir consecuencias obligatorias para las partes, excluir la intervención de autoridades judiciales, darle facultades suficientes al Tribunal Arbitral y crear un procedimiento que lleve a un laudo arbitral, el cual se pueda cumplir voluntariamente o, en su caso, sea ejecutable².

En base a esta argumentación, es criterio de la mencionada Sala que la cláusula arbitral no surte efecto jurídico, porque sería lo que doctrinariamente se conoce como *cláusula patológica*.

¹ Segunda Sala de la Ex Corte Suprema de Justicia, Fallo de Casación # 92-2007, 26 de mayo del 2008, pag. 11

² Fallo de Casación cit. Págs. 12 y 13

En este sentido, si efectivamente una cláusula arbitral no contiene expresamente todos los elementos señalados para que surta efectos, ¿es factible que esta omisión supla la ley? Efectivamente, la Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 16, contiene disposiciones sobre determinación y designación del árbitro (s), así como procedimientos para llevar adelante el arbitraje y ejecutar sus decisiones. En el caso *sub judice*, como quedó establecido, se trata de un arbitraje independiente, por lo que son aplicables los incisos sexto, séptimo y octavo del artículo 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación, los cuales complementan o suplen la omisión de la cláusula arbitral. Además, respecto a la indeterminación del árbitro, resulta ciertamente curioso que la Sala desconozca una estipulación expresa respecto a la designación de mutuo acuerdo del Ing. Pedro Pinto Rubianes.

De conformidad con el análisis anterior, y en vista de que la ley suple lo que no se ha estipulado en la cláusula arbitral, es improcedente determinar a la misma como patológica, por lo tanto, la misma surte los efectos jurídicos respectivos.

¿Existe renuncia al arbitraje por parte del señor Faisal Mile Zaidan?

Conforme consta citado en los antecedentes, efectivamente el señor Ernesto Martínez Cobo dirigió una carta al árbitro designado en la cláusula arbitral, Ing. Pedro Pinto Rubianes, indicando el incumplimiento de la contraparte del convenio de administración y manejo conjunto de la compañía Ingesa S. A., el mismo que hizo conocer de dicha misiva al señor Faisal Misle Zaidan, quien responde la misma en el sentido de que no tiene discrepancia de ninguna naturaleza con el ingeniero Ernesto Martínez.

Esta circunstancia es interpretada por el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha como negativa de cumplir el convenio y, por consiguiente, una renuncia a la cláusula arbitral, lo que le abriría la posibilidad al ingeniero Martínez, de accionar ante la justicia ordinaria, como efectivamente lo hizo.

Así lo expresa el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, en la parte correspondiente de su sentencia, fs. 13 del proceso:

"El actor se dirigió al señor Ingeniero Pedro Pinto Rubianes, árbitro nombrado por las partes para que intervenga a efecto de dar cumplimiento al numeral 3.4, del referido convenio. El mencionado árbitro le hizo conocer al señor Faisal Misle Zaidan, de la reclamación, quien indicó que no tiene discrepancia de ninguna naturaleza, lo que evidencia que no hubo negativa para cumplir con el convenio también sobre este aspecto, situación por la



cual no se encuentra inmerso en la excepción constante en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, consecuentemente el proceso siguió el trámite correspondiente”³.

Es evidente que en el análisis del Juez existe una mezcla o confusión de conceptos, entre el incumplimiento del Convenio y específicamente de la cláusula arbitral, con el de renuncia al arbitraje. Sobre la renuncia de someterse al arbitraje, el artículo 8 de la ley de la materia expresa:

“Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá sin embargo, que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone al contestar la demanda, la excepción de existencia convenio arbitral...”

Ninguna de las maneras de renuncia al arbitraje establecidas por la ley se ha producido en el presente caso, razón por la cual la cláusula arbitral continuaba vigente y surtía todos sus efectos.

Sin perjuicio de lo manifestado, esta Corte establece la existencia de un evidente incumplimiento de lo dispuesto en el mismo artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en lo que tiene que ver con la interposición por parte del demandado de la excepción declinatoria de la competencia del Juez, por existir un convenio arbitral.

Al respecto, la parte pertinente de la mencionada norma legal manifiesta:

“...En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriado el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales”.

³ Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, Sentencia Nro. 2004-0327, de 9 de enero del 2006.

De lo transcrito se infiere que al haber propuesto el demandado dicha excepción declinatoria, el juez debió resolverla como una cuestión de previo y especial pronunciamiento, antes de disponer la apertura del término de prueba sobre los hechos que constituyeron el objeto de fondo de la controversia y por lo mismo, antes de expedir la sentencia; lo cual no ocurrió, sino que por el contrario, el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha concedió al clausurar la audiencia de conciliación y contestación a la demanda, dos términos de prueba, el uno por tres días, y el otro, por seis días, pero continuó la sustanciación del proceso sin resolver previamente sobre la excepción declinatoria, sino que se pronunció acerca de la misma, al igual que de las demás excepciones y pruebas, al momento de expedir sentencia.

Este incumplimiento normativo, que no fue corregido por los Jueces Superiores, se traduce en una evidente vulneración a los derechos de tutela judicial efectiva, establecido en el artículo 75 de la Constitución de la República vigente, así como al derecho del debido proceso, establecido en el artículo 76, numeral 1 de la misma Carta Fundamental.

Finalmente, esta Corte advierte que el momento procesal para dilucidar sobre la existencia o no del convenio arbitral era precisamente la fase de sustanciación y resolución de la excepción declinatoria, como cuestión de previo y especial pronunciamiento ante el juez de primera instancia, lo que en el presente caso no ocurrió, sino que es en el fallo de casación donde se aborda este problema jurídico, pero para concluir desechando el recurso de casación, lo cual es también contradictorio, pues ante la ausencia de pronunciamiento expreso sobre este aspecto en las dos instancias, lo que habría correspondido es que el Tribunal de Casación se pronuncie casando la sentencia y expidiendo, en sustitución de la misma, la sentencia correspondiente, en la que sí se aborde *in extensu* el problema jurídico sobre la existencia y validez del Convenio Arbitral, para de esta forma corregir el error de derecho existente en la sentencia de primera instancia y que consiste en la falta de pronunciamiento motivado y oportuno sobre la excepción declinatoria por existencia de Convenio Arbitral.

Que la justicia ordinaria conozca y resuelva las divergencias que surgen, fruto de un convenio arbitral, ¿vulnera derechos constitucionales de las partes que firmaron el mismo?

Nuestra Constitución de la República *acoge, de manera amplia, los principios del debido proceso conceptuados como derecho fundamental*, en el conjunto de garantías denominadas "de Protección", constantes en el artículo 75 y siguientes de



la norma *ibídem*. El artículo 76, numeral 1 de la norma fundamental, *determina la función garantista de las autoridades administrativas o judiciales*. En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá las siguientes garantías básicas:

"3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con la observancia del trámite propio de cada procedimiento".

De igual forma, el artículo 76, numeral 7, literal *k* de la antes mencionada disposición constitucional determina dentro del derecho al debido proceso:

"Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto".

En efecto, el debido proceso constituye un derecho tutelado y garantizado por la Constitución y Convenios Internacionales de Derechos Humanos.

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces competentes, a ser oído y a tener un proceso ya sea administrativo o judicial con todas las garantías, (debido proceso) pasó de ser un enunciado procesalista y formalista, a establecer un verdadero derecho constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que concilian con la necesidad de que existan garantías procesales efectivas y certeras. El debido proceso es un derecho a la justicia, lograda en un procedimiento que supera las grietas o dificultades que otorga un simple derecho a la defensa en juicio. En este sentido, éste (debido proceso) ya no son solo reglas, son fundamentalmente principios.⁴

Sobre la competencia para resolver una controversia que surja de un Convenio de Administración de Manejo de la compañía INGESA S. A., que contiene cláusula arbitral, el artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación expresa:

⁴ Gozaini, Osvaldo Alfredo, Derecho Procesal Constitucional. EL DEBIDO PROCESO,, Rubinzal - Culzoni, Buenos Aires, pags. 25 y 26.

"El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo arbitral que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.

Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser modificada a las partes en el término de dos días". (lo subrayado es nuestro).

Aplicando esta disposición, y una vez que, como quedó establecido, se configuró un convenio arbitral con todos sus efectos, la justicia ordinaria estaba impedida, por no tener jurisdicción ni competencia para este caso, de conocerlo y resolverlo. Pues bien, como a pesar de este impedimento, tanto el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, la Primera Sala de lo Civil de la ex Corte Superior de Justicia de Pichincha, hoy Corte Provincial de Justicia, y la Segunda Sala de lo Civil de la ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, fallaron en el caso en mención, atribuyéndose una competencia que no la tenían, vulneraron claramente el derecho del accionante al debido proceso en lo que respecta a ser juzgado por un juez o autoridad competente, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada por el señor Faisal Antonio Misle Zaidan, por haberse demostrado la violación de los derechos de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica. Por lo tanto, dejar sin efecto los fallos emitidos por el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, de fecha 9 de enero del 2006, dentro del proceso verbal sumario N.º 2004-0327, por la Primera Sala de la ex Corte Superior de Justicia de Pichincha de fecha 13 de noviembre del 2006, dentro del proceso de apelación N.º 269-06, y por la Segunda Sala de la ex Corte Suprema de Justicia de fecha 26 de mayo del 2008, dentro del proceso de casación N.º 92-2007.



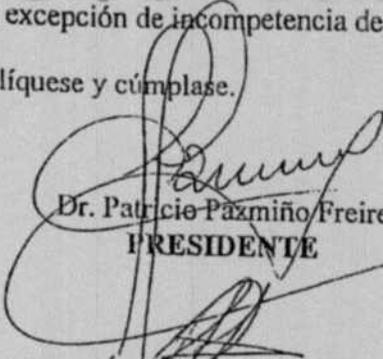
CORTE CONSTITUCIONAL

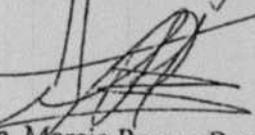
PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

Causa N.º 0712-09-EP

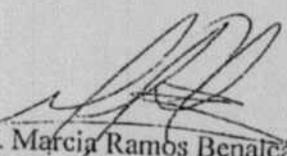
Página 15 de 15

2. Disponer que el proceso se retrotraiga a la fase procesal de conclusión de la Audiencia de Conciliación y contestación de la demanda, a efecto de que en aplicación del artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el juez de primera instancia, designado previo sorteo, resuelva como cuestión de previo y especial pronunciamiento, antes de la sentencia de fondo, sobre la pertinencia de la excepción de incompetencia del juez.
3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.


Dr. Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE


Dra. Marcia Ramos Benalcázar
SECRETARIA GENERAL (E)

Razón: Siento por tal, que la Sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el período de transición, con siete votos a favor, de los doctores: Luis Jaramillo Gavilanes, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinueza, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Patricio Pazmiño Freire; sin contar con la presencia de los doctores Nina Pacari Vega y Edgar Zárate Zarate, en Sesión del día miércoles veinticuatro de febrero del dos mil diez. Lo certifico.


Dra. Marcia Ramos Benalcázar
SECRETARIA GENERAL (E)

MRB/cpy/ccp

Quito, D. M., 17 de abril del 2012

SENTENCIA N.º 155-12-SEP-CC

CASO N.º 1037-10-EP

CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICIÓN

Juez constitucional sustanciador: Dr. Patricio Pazmiño Freire

I. ANTECEDENTES

De la solicitud y sus argumentos

Esmeralda Lossa de Rosillo, por sus propios derechos y por los que representa de la Compañía ROS & LO CÍA. LTDA., Jorge Rosillo Lossa, por los que representa de la Compañía ROS & LO CÍA. LTDA., y Jorge Rosillo Claudet por sus propios derechos, interponen acción extraordinaria de protección, amparados en lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución de la República del Ecuador, en contra de la providencia expedida el 21 de junio del 2010, dentro del arbitraje iniciado por Rolando Jorge Simán Sacir, ante el Tribunal Arbitral de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil.

Señalan los accionantes que los árbitros, aunque no forman parte de la función pública, ejercen potestad jurisdiccional conferida por el artículo 190 de la Constitución. La acción propuesta cae sobre un laudo como resolución emanada de la potestad jurisdiccional que ejerce el Tribunal Arbitral.

Consideran que han sido vulnerados el derecho a la tutela efectiva, garantizado en el artículo 75 de la Constitución, el derecho al debido proceso, en su vertiente del derecho a la defensa, que comprende el deber de motivación de las decisiones judiciales como parte del debido proceso, en cuanto a la prohibición de sacrificar la justicia por omisión de formalidades, todo lo cual incide en una violación a la seguridad jurídica.

A su entender, el accionar del Tribunal Arbitral, contenido en el auto del 21 de junio del 2010 que inadmite la acción de nulidad, sabiendo además que la

solicitud fue presentada dentro del término legal, es violatorio de derechos constitucionales, se ha colocado a los recurrentes en estado de incertidumbre e indefensión, su actuación fue parcializada, ya que fundamentar el razonamiento de un auto en supuesta jurisprudencia mencionada que no tiene ninguna relación con el contenido del auto recurrido se traduce en denegación de justicia, contraviniendo lo ordenado en el artículo 169 de la Constitución, según el cual, no se sacrificará la justicia por omisión de formalidades.

Manifiestan que si bien los accionantes ejercieron inicialmente su legítimo derecho a la defensa en diferentes etapas procesales, son colocados en un estado de incertidumbre cuando el recurso de apelación presentado por el ahora accionante recibe una respuesta negativa respecto de su admisibilidad sobre la base de una argumentación de poca consistencia y sustentada en razonamientos de poco peso jurídico y constitucional, debiendo concluir que se ha violado el derecho a la tutela judicial efectiva y que se ha sacrificado la justicia por la omisión de formalidades.

Finalmente, dicen que la no concesión de la acción de nulidad en base a una absurda motivación constituye denegación de justicia por omisión de formalidades; existe la intención de no permitir que se tramite la acción de nulidad planteada, efectivamente bajo el argumento de que no se pudo practicar la confesión judicial del actor, a pesar de que se encontraba pendiente evacuar esta prueba, el Tribunal decidió dejarla sin efecto, sin respaldo legal ni motivación constitucional alguna, procediendo a dictar un laudo arbitral, aceptando la demanda propuesta, sin la práctica de la confesión judicial se constituye una violación de trámite que sirve de fundamento para la nulidad procesal por haber influido en la decisión de la causa. El Tribunal, para satisfacer el control de racionalidad de su decisión, tenía la carga de argumentar el auto que inadmite la acción de nulidad y no enunciar fallos que no tienen relación con el caso concreto, lo cual implica una falta de motivación de su decisión jurisdiccional que afecta al debido proceso.

Pretensión concreta

Los accionantes solicitan textualmente:

"Por lo expuesto señores miembros de la Corte Constitucional, sirva[n]se declarar la inconstitucionalidad del auto que inadmite la acción de nulidad dictado el 21 de junio del 2010 a las 15h41 y nuevamente confirmado el 30 de junio del 2010 por los doctores

RA
AWW

Hernán Pérez Loose, Jorge Wright Ycaza y Armando Serrano Carrión como miembros del Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, puesto que se ha violado el derecho a la tutela efectiva que comprende el deber de motivación como parte del derecho a la defensa y el debido proceso.

Toda vez que la falta de motivación implica arbitrariedad, de por sí contraria al Derecho, y en virtud del tenor expreso del art. 76 n. 7 l) de la Constitución, sírvanse declarar la admisibilidad de la acción de nulidad, y disponer que se remita todo el expediente de Arbitraje No. 033-2007 al Presidente de la Corte Provincial de Justicia del Guayas para que sea esta autoridad quien conozca de nuestro reclamo planteado”.

Legitimados pasivos y sus argumentos

Los integrantes del Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Hernán Pérez Loose, Jorge Wright Icaza y Armando Serrano Carrión, quienes se pronunciaron en el arbitraje iniciado por Rolando Jorge Siman Jacir, contra Esmeralda Lossa de Rosillo, Jorge Rosillo Lossa y Jorge Rosillo Claudet, Compañía Ros & Lo Cía. Ltda., mediante escrito presentado en la Corte Constitucional el 21 de enero del 2011, señalan que en la actualidad ya han perdido jurisdicción y por consiguiente no tienen competencia sobre la disputa que motivó su laudo arbitral, incluyendo la decisión impugnada, puesto que la jurisdicción de los árbitros nace del acuerdo de las partes y termina una vez que profieren el laudo respectivo.

En lo principal, manifiestan que los accionantes no explican las razones que el Tribunal Arbitral tuvo para rechazar la acción de nulidad presentada, que fue haberla presentado de forma extemporánea; en su demanda, hacen consideraciones generales sobre los supuestos derechos constitucionales vulnerados, transcriben opiniones de la Corte Constitucional de Colombia, del Tribunal Constitucional de España y de la propia Corte Constitucional, además hacen afirmaciones carentes de toda fundamentación. Adicionalmente, señalan que la Compañía accionada en el proceso arbitral fue demandada a pagar una deuda contraída por escrito tiempo atrás, proceso en el que fue notificada y compareció al proceso, en virtud de haber celebrado un convenio en el que había acordado libre y voluntariamente someterse a la jurisdicción arbitral. No ha sido vulnerado el derecho a la defensa, así lo reconocen los propios accionantes al manifestar que ha ejercido judicialmente su legítimo

derecho a la defensa; el laudo arbitral recoge los antecedentes procesales, la posición de las partes y explica razonablemente porqué se adoptó la decisión que consta en el laudo; no han actuado de forma arbitraria.

Establecen que el recurso de nulidad fue presentado de forma extemporánea, ya que el laudo fue conocido por los accionantes desde el 30 de marzo del 2010 y la providencia que niega la aclaración y ampliación fue notificada el 28 de abril del 2010; el laudo había quedado firme el 29 de abril del 2010; sin embargo, la presentación del recurso fue el 14 de mayo del 2010, fuera del término legal. La acción de nulidad contra un laudo arbitral es un medio extraordinario de impugnación, y este debe cumplir los requisitos establecidos en la ley para su procedencia; la Ley de Arbitraje y Mediación contempla en el artículo 31 que el interesado tiene el término de 10 diez días para interponer la acción impugnativa contra el laudo arbitral desde que queda firme, el mismo artículo señala que la acción de nulidad presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta; esto no constituye un simple formulismo ritualista.

Al referirse al auto de 21 de junio del 2010, objeto de la acción extraordinaria de protección, señalan que en él se hace un recuento de los antecedentes procesales, cita jurisprudencia de la ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional, confirmando que, en efecto, una vez resuelto un recurso horizontal de ampliación y aclaración, la providencia que es aclarada o ampliada queda firme desde el día siguiente al de notificación del auto que resuelve el mencionado recurso, por lo que el Tribunal adoptó la resolución de negar la acción de nulidad; posteriormente, los ahora accionantes interpusieron un recurso de revocatoria del auto de 21 de junio del 2010; el Tribunal Arbitral dictó un auto el 30 de junio del 2010, en el que se ratifica en su decisión del 21 de junio y expone nuevamente sus razones. El auto impugnado expone los antecedentes de hecho, expresa consideraciones jurídicas, toma en cuenta la posición de las partes y argumenta su resolución, no es arbitraria, parcializada e inmotivada. El Tribunal Arbitral condujo el proceso arbitral dentro del marco que le impone la ley y respetando el derecho a la defensa de las partes.

Finalmente, dicen que los accionantes buscan que la Corte Constitucional actúe como una nueva instancia en el proceso, por considerar que el laudo no les es favorable. El punto de discrepancia sería: ¿Cuál es el día en que queda ejecutoriado un laudo arbitral contra el que se ha incoado un recurso horizontal de aclaración y ampliación? Para el ex Tribunal Arbitral un laudo arbitral queda ejecutoriado desde el día siguiente en que el Tribunal notifica a

cl
de

20

R
V

las partes la resolución del recurso de aclaración y ampliación, pues una vez resuelto ese recurso no cabe ya contra el laudo recurso alguno, esto, a su criterio no puede ser objeto de debate constitucional.

Decisión judicial impugnada

Parte pertinente de la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, el 21 de junio del 2010

RESOLUCION:

“... 10.- En vista de las anteriores consideraciones, el Tribunal resuelve no admitir al trámite la acción de nulidad presentada el 14 de mayo de 2010, por la parte demandada, por encontrarse fuera del término, pues la providencia mediante la cual este Tribunal negó las peticiones de aclaración y ampliación fue notificada a las partes, el 28 de abril del 2010, por lo que el término para interponer la acción en mención comenzó a transcurrir a partir del día siguiente hábil de la misma, habiendo vencido dicho término el **miércoles 12 de mayo del 2010.**”

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República, el Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver sobre las acciones extraordinarias de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. En el presente caso, se presenta la acción extraordinaria de protección en contra de la resolución del 21 de junio del 2010, expedida por el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, mediante la cual se decide no admitir a trámite la acción de nulidad presentada, por encontrarse fuera de término.

La Sala de Admisión, mediante auto del 30 de noviembre del 2010, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, publicado en el Suplemento del Registro Oficial N.º 127 del 10 de febrero del 2010, considera que la acción extraordinaria de protección reúne los requisitos de

procedibilidad determinados en los artículos 94 y 437 de la Constitución, y artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, por lo tanto, admite a trámite la presente acción.

Problema jurídico planteado

La Corte Constitucional, para el periodo de transición, deberá determinar si la decisión impugnada ha vulnerado el derecho a la tutela efectiva, garantizado en el artículo 75 de la Constitución; el derecho al debido proceso, el derecho a la defensa, que comprende el deber de motivación de las decisiones judiciales como parte del debido proceso, la prohibición de sacrificar la justicia por omisión de formalidades, todo lo cual incide en una violación a la seguridad jurídica establecida en el artículo 76 numeral 7 literales l y m. Por lo tanto, con el objeto de determinar la existencia o no de las referidas violaciones a derechos constitucionales, se responderán las siguientes interrogantes:

El Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Guayaquil ha resuelto no admitir al trámite la acción de nulidad presentada el 14 de mayo del 2010 por la parte demandada, por encontrarse fuera de término. En tal sentido, ¿han sido vulnerados los derechos a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de los accionantes y a la defensa, consagrados en los artículos 75 y 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República, respectivamente?

El artículo 75 de la Constitución de la República consagra el derecho de toda persona a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad, sin que en ningún caso pueda quedar en indefensión.

Conforme lo mencionado por esta Corte en sentencia N.º 020-09-SEP-CC del 13 de agosto del 2009, "el derecho de tutela judicial efectiva, expedita e imparcial es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas; por lo tanto, la efectividad en la tutela de los derechos no se traduce únicamente en la mera construcción de una sentencia o fallo por parte del juez, sino además que dicho fallo debe ser argumentado, motivado y coherente".

Esta exigencia a obtener un fallo motivado y coherente encuentra fundamento constitucional en el literal l, numeral 7, artículo 76 de la Constitución, que

establece el derecho de las personas a contar con resoluciones de los poderes públicos motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

A. respecto, para resolver el fondo de la demanda propuesta, es necesario hacer referencia a lo manifestado por esta Corte sobre el derecho de las personas a contar con sentencias motivadas; así, se afirmó que: "Esta Corte considera que las sentencias están compuestas esencialmente de razonamientos jurídicos¹. Del análisis de los razonamientos que llevan a los jueces a dictar sus resoluciones se desprenden los métodos para interpretar la Constitución, las leyes, estructurar la doctrina jurídica, así como distinguir algunos elementos débiles que se deben subsanar, todo con el fin de lograr un nivel aceptable de certeza en el porqué del fallo. (...) Al respecto, esta Corte estima que la carga argumentativa es el sustento de las resoluciones, las que deben ser claras, precisas, coherentes, coordinadas y razonadas..."².

Por lo tanto, al constituirse la carga argumentativa en un elemento esencial de las resoluciones judiciales, esta es necesaria para la plena realización y administración de la justicia³, y por tanto, se constituye en garantía básica de todo debido proceso. La motivación es esencial en todo fallo y consiste en obligar al sujeto decisor a verificar y controlar por sí mismo la racionalidad y el fundamento del propio discurso⁴. De esta forma, del análisis del contenido de la decisión impugnada se evidencia dicha argumentación por parte de los árbitros que conocieron el caso y decidieron no admitir al trámite la acción de nulidad presentada, por encontrarse fuera de término. Ello es así porque en la decisión impugnada constan en forma detallada los antecedentes procesales, y en la parte considerativa se establece claramente el fundamento para no admitir al trámite la acción de nulidad presentada por la parte demandada, que es la falta de oportunidad en la presentación de dicho recurso.

Así, observamos que de autos consta: la providencia mediante la cual se convoca a las partes a Audiencia de Lectura del Laudo Arbitral a realizarse el día 30 de abril del 2010, la que se encuentra notificada, (fojas 291); los ahora accionantes el 1 de abril del 2010 solicitan aclaración y ampliación del laudo,

¹ Manuel Becerra Ramírez, "Las Decisiones Judiciales Como Fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", en: *Un Cuarto de Siglo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

² Ver sentencia No. 020-09-SEP-CC, de 13 de agosto de 2009.

³ Atienza, Manuel, *Tras la Justicia*, Bogotá, editorial Ariel, 2003, p. 81.

⁴ Perfecto Andrés Ibáñez, *Justicia Penal, Derechos y Garantías*, Lima-Bogotá, Editoriales PALESTRA - TEMIS, 2007, p. 129

corriéndose traslado a las partes, el que es negado el 16 de abril del 2010 y notificado el 28 de abril del mismo año (fojas 301).

El 14 de mayo del 2010, Esmeralda Lossa de Rosillo, por sus propios derechos y por los que representa de la Compañía ROS & LO CIA. LTDA., Jorge Rosillo Lossa por los que representa de la Compañía ROS & LO CIA. LTDA., y Jorge Rosillo Claudet por sus propios derechos, presentan solicitud de nulidad y suspensión de la ejecución del laudo.

La Ley de Arbitraje y Mediación contempla que el interesado tiene el término de 10 días para interponer acción de nulidad contra el laudo arbitral:

Art. 51.-... Del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia, **en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió.** Presentada la acción de nulidad, el árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. **La acción de nulidad presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta y no se la aceptará a trámite.**

Este es el fundamento jurídico por el cual el Tribunal Arbitral resuelve no admitir a trámite la acción de nulidad presentada, en virtud de que han pasado más de diez días, que es el tiempo máximo establecido por la ley para presentar esta acción. Por tanto, las razones que expresan los juzgadores para llegar a la conclusión de que la acción de nulidad fue planteada fuera de término, son claras, racionales y cuentan con fundamento, a pesar de que los demandados estén en desacuerdo. En este sentido, se concluye que la decisión materia de impugnación no incurre en defecto alguno por falta de motivación.

¿Existe vulneración del derecho a la defensa, impidiéndole su derecho a recurrir de la resolución, por exigir el cumplimiento de formalidades para la interposición de la acción de nulidad, contemplado en el artículo 76 numeral 7 literal m?

Los accionantes manifiestan que se les ha privado del derecho a la defensa, al no admitir a trámite la acción de nulidad presentada. Al respecto, es necesario

precisar que el derecho a recurrir, o en otras palabras, el derecho a utilizar los recursos ordinarios y extraordinarios que consagra la ley, cumpliendo los requisitos establecidos, es uno de los contenidos esenciales del derecho a la defensa, y en general, del derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses. Por tanto, no admitir un recurso por omisión o negligencia del órgano judicial competente es un hecho que resulta incompatible con el derecho a la defensa, en tanto, se constituye en uno de los derechos constitucionales más relevantes para garantizar los derechos de las personas en cualquier vía del procedimiento. Así, habrá que diferenciar en qué casos se produce efectivamente una vulneración al derecho de defensa, puesto que si el juzgador de la causa inadmite un recurso interpuesto por falta o incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, no significa de ningún modo violación del derecho a la defensa.

Ahora bien, para determinar con claridad si existe la violación alegada, es necesario determinar que la decisión que debe ser analizada es la inadmisión a trámite de la acción de nulidad del laudo arbitral interpuesto por los ahora accionantes. El punto de controversia versaría sobre si la acción fue interpuesta dentro del término establecido por la ley o no. Al respecto, es importante señalar que la ley establece 10 días para interponer la acción de nulidad desde que se ejecutoria el laudo.

¿Cuándo se ejecutorió el laudo arbitral dentro de este proceso? ¿La decisión impugnada ha vulnerado la prohibición de sacrificar la justicia por la omisión de formalidades y la seguridad jurídica consagrados en los artículos 82 y 169 de la Constitución de la República?

Para realizar el análisis correspondiente empezaremos mencionando el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria de la Ley de Arbitraje y Mediación, y continuaremos haciendo mención a dos fallos de la Corte Suprema, los que son referidos en la decisión materia de impugnación, que hacen un análisis respecto del día en que se ejecutoria la sentencia, cuando existe pedido de aclaración y ampliación.

“Art. 306.- Los recursos propuestos dentro de los tres días siguientes a la última citación o notificación de una providencia, se tendrán por legal y oportunamente interpuestos, no obstante el hecho de presentarse solicitud de ampliación, reforma, aclaración o revocación de la providencia recurrida, y sin perjuicio del derecho de las partes a interponer, también, cualquier recurso en

los tres días posteriores a la notificación del auto que resuelva la preindicada solicitud, salvo lo que dispongan otras leyes...”

Este artículo señala que los recursos se tendrán por legal y oportunamente interpuestos dentro de los tres días de la notificación de la última providencia, o en los tres días posteriores a la notificación del auto que resuelva la solicitud de ampliación, reforma, aclaración o revocación, salvo lo que dispongan otras leyes; en este caso, la Ley de Arbitraje dispone que se podrá presentar la acción de nulidad en el término de diez días desde que el laudo se ejecutorió.

Resolución N.º 303 publicada en el Registro Oficial 34 del 26 de septiembre de 1996

“... el decurso del término de apelar de la sentencia de primera instancia comenzó a partir de la notificación del auto... por el cual se negó la solicitud de ampliación de la sentencia...”

Resolución N.º 115-96 publicada en el Suplemento del Registro Oficial del 26 de mayo de 1997

“... a partir del día siguiente hábil de la notificación de esta última providencia [impugnación horizontal] comenzó el decurso del término para la interposición del recurso de casación...”

Es importante para este caso el análisis realizado por los jueces referidos, pues estos fallos, en los que se ha transcrito la parte pertinente, nos permiten advertir que la sentencia queda ejecutoriada a partir de la notificación que atiende el pedido de aclaración y ampliación. En la mayoría de los casos, el objeto de una solicitud de impugnación horizontal está orientado a que se reforme sustancialmente la decisión final; en muy pocas ocasiones esta solicitud intenta cumplir su verdadero propósito, que es aclarar cuando la decisión ha sido obscura, y ampliar cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos. Por tanto, se puede concluir, sin que se requiera de un mayor análisis, que la decisión final en un proceso quedará inmediatamente ejecutoriada luego de haber sido notificada la providencia mediante la cual se pronuncia sobre la solicitud de ampliación y aclaración, pues cualquier otra solicitud posterior a la sentencia hará presumir al juzgador que los accionantes se encuentran inconformes con la decisión final e intentan procurar el retardo de la ejecución de esta.

En este caso, para determinar el día exacto desde que empezaba a correr el término, es fundamental precisar las siguientes fechas:

- El laudo fue leído a las partes el 30 de marzo del 2010.
- El escrito en el que solicitan aclaración y ampliación del laudo arbitral fue el día 1 de abril del 2010.
- La providencia que niega el pedido de aclaración y ampliación del laudo fue el 28 de abril del 2010.
- La interposición de acción de nulidad fue el 14 de mayo del 2010.

Desde el 29 de abril del 2010 empezó a correr el término para la presentación de la acción de nulidad; hasta el 14 de mayo, (fecha en que se presentó el pedido para que se dé trámite la acción de nulidad), han transcurrido más de los 10 días previstos en la ley para la interposición de esta acción, por lo tanto ha sido presentada de forma extemporánea.

En tales circunstancias, el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Guayaquil, atendiendo disposición legal expresa, resolvió no admitir a trámite la acción de nulidad presentada, por encontrarse fuera de término. De esta forma, se observa que los accionantes pretenden retardar la ejecución del laudo arbitral, y lograr que esta Corte Constitucional se pronuncie respecto del término para iniciar la acción de nulidad, lo que ya ha sido previsto por el legislador, cuya aplicación y estricto cumplimiento generan certeza y seguridad jurídica a las partes en el proceso.

La Corte Constitucional, al referirse a la seguridad jurídica, ha señalado⁵ que es un principio universalmente reconocido del Derecho, por medio del cual se entiende como certeza práctica del Derecho, y representa la seguridad de que se conoce o puede conocer lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno. La palabra seguridad proviene de *securitas*, la cual deriva del adjetivo *securus* (de *secura*) que, significa estar seguros de algo y libre de cuidados. El Estado, como ente del poder público de las relaciones en sociedad, no solo establece los lineamientos y normas a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de establecer "seguridad jurídica" al ejercer su "poder" político, jurídico⁶ y legislativo. La seguridad jurídica es la garantía dada al individuo, por el Estado, de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto llegará a producirse, le serán

⁵Sentencia N.º 0007-10-SEP-CC, CASO N.º 0132-09-EP

asegurados por la sociedad, protección y reparación; en resumen, la seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos establecidos previamente.

Es reconocido por los propios accionantes en la demanda que han ejercido su legítimo derecho a la defensa en diferentes etapas procesales.

Por lo expuesto, esta Corte considera que no existe violación del derecho a la defensa, ni a la seguridad jurídica por cuanto la acción de nulidad ha sido presentada de forma extemporánea y el Tribunal Arbitral se encontraba imposibilitado legalmente para darle trámite. De ninguna forma nos encontramos frente a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva o se trata de una forma de sacrificar la justicia por la sola omisión de formalidades, así como tampoco se ha impedido a los ahora accionantes su legítimo derecho a recurrir, que es lo alegado por el accionante. El legislador en la Ley de Arbitraje y Mediación estableció el término para la interposición de la acción de nulidad, limitando su interposición arbitraria, de manera que el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio en este caso está facultado para admitir o rechazar esta acción de forma motivada, que es lo que ha sucedido en el presente caso; este Tribunal ha expresado las razones que motivan su actuación, precautelando los derechos fundamentales de las partes en el proceso.

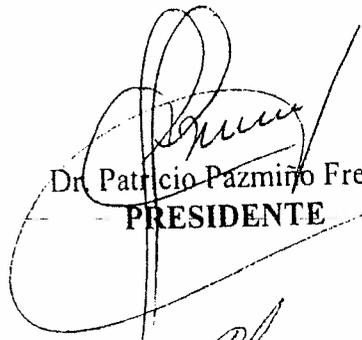
III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, expide la siguiente:

SENTENCIA

1. Declarar que no ha existido vulneración de derechos constitucionales.
2. Negar la acción extraordinaria de protección planteada por los accionantes.

3. Notifíquese, publíquese y cúmplase.-


Dr. Patricio Pazmiño Freire
PRESIDENTE


Dra. Marcia Ramos Benalcázar
SECRETARIA GENERAL

Razón: Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, para el periodo de transición, con nueve votos de los doctores: Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinueza, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera, Edgar Zárate Zárate, Nina Pacari Vega y Patricio Pazmiño Freire, en sesión extraordinaria del día martes diez y siete de abril del dos mil doce. Lo certifico.


Dra. Marcia Ramos Benalcázar
SECRETARIA GENERAL

MRB/ccp/arm