



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**El arbitraje y la justicia ordinaria: la acción de nulidad del laudo arbitral en
la legislación ecuatoriana.**

Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogado de los
Tribunales de Justicia de la República

Autor: Antonella Cordero Porras

Director: Dr. Esteban Segarra Coello

Cuenca, Ecuador

2016

DEDICATORIA

A las personas que más amo:

mis padres,

mi hermano y mi abuelito.

A quienes son un ejemplo de que el derecho se aprende estudiando - y

mucho- pero se ejerce pensando:

El equipo de Arbitraje de la UDA.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer a mi familia, en especial a mi papá, Boris Cordero, porque es un ejemplo de conocimiento para mí, y por enseñarme que si hago lo que me hace feliz nunca tendré que trabajar; a mi mamá, Bruna, por ser mi compañía incondicional de toda la vida y por llenar todos mis días de alegría; a mi hermano Boris y mi Abuelito Alfonso, por su amor y cariño; también a Nicolás Muñoz, por su apoyo y empeño en que sea feliz.

A todos quienes conforman el Equipo de Arbitraje de la UDA, mis compañeros de largas jornadas de estudio, y de quienes aprendí lo apasionante y divertido del Derecho, practicando el litigio antes de ser abogados; en especial a Gaby, Pau, Kristhel, Isa, Juanda, Eder; a los demás chicos que se unieron y me recuerdan los mejores tiempos de la Universidad, y al Dr. Esteban Segarra Coello, por su apoyo permanente al equipo y su guía en la realización del presente trabajo.

A los profesores de la Escuela de Derecho de la UDA, al Decano de la Facultad, Dr. Remigio Auquilla Lucero, y en especial al Dr. Sebastián López, quién fue un gran apoyo en los concursos en los que participé y es un ejemplo de maestro y profesional del Derecho.

Finalmente, a mis amigos del curso, mi familia por cinco años en las aulas y fuera de ellas, en especial a Caro, Belén, Pau, Gaby, las Magus, Angelito, Erik, Xavier y Eder.

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
ÍNDICE.....	iv
ÍNDICE DE ANEXOS	vi
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUCCIÓN	9
CAPÍTULO PRIMERO:	12
EL ARBITRAJE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	12
1) Arbitraje: concepto, naturaleza jurídica y características	12
1.1 Concepto, elementos y naturaleza del Arbitraje	12
1.2 Características el sistema arbitral: Alternabilidad	16
2) El laudo Arbitral: Efectos y Características	20
2.1. Efecto de sentencia ejecutoriada	22
2.2 Inapelabilidad del laudo arbitral	24
3) El arbitraje: una mirada constitucional	26
3.1 Regulación constitucional	26
3.2. Judicialización del arbitraje	31
CAPÍTULO SEGUNDO:	35
LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL	35
1) La acción de nulidad del laudo arbitral: generalidades, naturaleza,.....	35
trámite y causales.	35
1.1 Generalidades: definición y objeto de la acción.....	35
1.2 Naturaleza jurídica: acción o recurso	40
1.3 Causales de nulidad del laudo arbitral	42
1.4 Trámite: procedimiento ante la Corte Provincial de Justicia	48
2) Recursos sobre la sentencia del Presidente de la Corte Provincial: Análisis Constitucional y Legal	51
2.1 La acción de nulidad: un proceso de conocimiento	51
2.2 Recursos: óptica del derecho al doble Conforme	54
2.2.1 Recursos Horizontales: aclaración y ampliación	54

2.2.2	Recurso de Apelación: procedencia y competencia.....	55
2.2.3	Recurso extraordinario de Casación.....	63
3)	Necesidad de Reformar el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación: inapelabilidad e inimpugnabilidad de la sentencia	67
CAPÍTULO TERCERO:		69
LA JUSTICIA ORDINARIA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS: PARALELO CON LA JUSTICIA ARBITRAL		69
1)	El Código Orgánico General de Procesos: Objetivos, Juicio	69
1.1.	Objetivos del COGEP: Transformación de la Justicia	69
1.2.	Breve reseña de las reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación ..	71
2)	Juicio ordinario: sustanciación, duración y recursos.....	73
3)	Ventajas y desventajas de la justicia ordinaria frente a la justicia arbitral.....	80
CAPÍTULO CUARTO:		86
ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS		86
1)	Tendencia a la judicialización: Análisis del Caso Consorcio Plainco Vs. Municipio de Azogues	86
2)	Tesis arbitralista: Sentencia Caso Asec Vs. Ministerio de Turismo	92
CONCLUSIONES		98
REFERENCIAS		105
Glosario		105
Bibliografía.....		105
SENTENCIAS		108
PLEXO NORMATIVO		109

ÍNDICE DE ANEXOS

ANEXO I: Corte Constitucional, dentro de la causa signada con el No. 13-6213-EP, mediante providencia de fecha 16 de enero de 2014, a las 09h30,

ANEXO II: La sala de admisiones de la Corte Constitucional, mediante auto de fecha 30 de noviembre de 2010, a las 16h32, dictada dentro de la causa signada con el No. 1037-10-EP,

ANEXO III: Corte Constitucional Ecuatoriana, Sentencia No. 124-15-SEP-CC.

ANEXO IV: Demanda Arbitral planteada por el Consorcio Plainco y sus integrantes en contra de la IMA

ANEXO V: Laudo arbitral emitido por el tribunal de conciliación y arbitraje del Centro de Mediación y Arbitraje de las Cámaras de Producción del Azuay a favor del Consorcio Plainco y sus integrantes.

ANEXO VI: Auto de lugar y fecha Quito 19 de diciembre de 2006, a las 11h45 dictado por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

ANEXO VII: Auto de Lugar y Fecha 15 de mayo de 2007, a las 16h30, dictado por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

ANEXO VIII: Sentencia de lugar y fecha Cuenca 26 de mayo de 2008, dictado por los Ministros de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca, dictada dentro del proceso 327-2007.

ANEXO IX: Sentencia de lugar y fecha Quito, 05 de noviembre del 2009, a las 08h40, dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del Proceso signado con el No.139-2008.

ANEXO X: Auto de lugar y fecha Quito, 07 de abril de 2010, a las 11h05, dictado por la Corte Constitucional para el período de Transición, dictada dentro de la causa No. 0939-09-EP.

ANEXO XI: Sentencia No. 154 -2010, dictada por la SALA DE CONJUECES PERMANENTES DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA. Quito, 02 de Marzo de 2010, las 11H00, dentro del juicio signado con el No. 124-2008

ANEXO XII: Comunicación personal de fecha 27 de abril de 2016, realizada por parte del Dr. Xavier Andrade Cadena.

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo determinar la urgencia de reformar el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación en aras de que el arbitraje cumpla con sus objetivos como Método Alternativo de Solución de Conflictos, estudiando los diversos problemas que ha traído a los jueces, juristas y abogados, la falta de claridad en lo que refiere a las reglas del juego a ser respetadas durante la sustanciación de la acción de nulidad, y que han servido como una herramienta de las partes para judicializar el arbitraje, lo que podría poner en desventaja a esta institución frente la justicia ordinaria, con la entrada en vigencia del nuevo Código Orgánico General de Procesos, que tiene como finalidad la transformación de la justicia en términos de celeridad y eficacia.

ABSTRACT

This study aims to determine the urgency of reforming Art.31 of the Arbitration and Mediation Law, so that the arbitration meets its objectives as an Alternative Dispute Resolution Method. For this reason, this paper will analyze the various legal problems that the lack of clarity as regards to the rules to be observed during the conduct of the action of nullity have caused judges, jurists and lawyers; and which have served as tools to prosecute arbitration and delay compliance with legally dictated arbitration awards. This situation could put this institution at a disadvantage against the ordinary justice due to the entry into force of the new General Organic Code of Processes; which aims at transforming justice in terms of promptness and efficiency.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCIÓN

¿Qué motiva a las personas a pactar arbitraje para resolver sus controversias? Entre las muchas ventajas que brinda el arbitraje, la principal se encuentra en su definición: el arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos; ¿Alternativo a qué? Al históricamente ineficiente sistema de justicia ordinario; por lo que el motivo principal para que las personas pacten este método de solución de controversias, es evitar el litigio en las cortes estatales, en cuanto este sistema sufre de muchas falencias estructurales que hasta la fecha no han sido solventadas.

El arbitraje ofrece a los particulares un sistema de solución de conflictos regido por principios como la celeridad, economía en tiempo y dinero, flexibilidad, neutralidad y confidencialidad; sin embargo, el sistema arbitral ecuatoriano ¿Cumple las expectativas de quienes eligen este método de solución de conflictos?

Si bien el procedimiento arbitral *per se* es ágil, y cumple con los principios antes citados, las partes tienen la expectativa de que su controversia sea resuelta definitivamente por el laudo arbitral, que tiene efecto de sentencia ejecutoriada de última instancia; empero, la contienda no termina cuando el tribunal arbitral toma su decisión, en cuanto la ley prevé una forma de intervención legítima de la justicia ordinaria en revisión de la legalidad del laudo dictado: la acción de nulidad del laudo arbitral.

Ahora bien, la acción de nulidad tiene un fin legítimo: el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, permitiendo el control de legalidad del laudo por parte de la justicia ordinaria, en aras de determinar si el procedimiento arbitral garantizó efectivamente el derecho a la defensa de las partes

Lastimosamente, la redacción del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación (única norma que regula la sustanciación de la acción de nulidad) no es la más adecuada, y tomando en consideración que en toda contienda hay un ganador y un perdedor, una norma que deja amplia

discrecionalidad al juzgador para su aplicación, puede servir de herramienta para perjudicar al justo ganador de la contienda.

Este trabajo tiene por objeto, en primera instancia, ilustrar respecto del sistema arbitral, sus principios, virtudes, y el "deber ser" de esta institución, como una introducción al verdadero problema: los distintos conflictos que ha generado a las partes en litigio y a los juzgadores, las diversas interpretaciones que han hecho las cortes del artículo 31 de la LAM en relación a la sustanciación de la acción de nulidad; asimismo, detalla las reformas introducidas por el nuevo Código Orgánico General de Procesos en la justicia ordinaria, realizando un paralelo entre el nuevo procedimiento ordinario y el procedimiento arbitral, para poder establecer las ventajas del arbitraje frente al nuevo sistema de justicia.

Finalmente, si bien se analizan varios casos de jurisprudencia a lo largo del trabajo, este concluye con un análisis más detallado de dos casos prácticos, que demuestran lo dañino que es para las partes que pactaron arbitraje en aras de encontrar un método ágil de solución de conflictos, las interpretaciones que hacen jueces de cómo debe sustanciarse la acción de nulidad; lo que no ha hecho más que trasladar la contienda a la justicia ordinaria, demorando por años la verdadera administración de justicia, que concluye con la ejecución definitiva la decisión adoptada.

El arbitraje y la justicia ordinaria: la acción de nulidad del laudo arbitral en la legislación ecuatoriana.

CAPÍTULO PRIMERO:

EL ARBITRAJE EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

1) Arbitraje: concepto, naturaleza jurídica y características

1.1 Concepto, elementos y naturaleza del Arbitraje

El arbitraje es un medio alternativo de resolución de conflictos, mediante el que, las partes, voluntariamente encomiendan la solución de las controversias que se deriven de una relación contractual de carácter transigible, al juicio de un árbitro o árbitros, renunciado a su derecho al juez natural.

Esta institución jurídica ha sido definida por varios autores; entre ellos, Charles Jorrosson señala que el arbitraje es “una institución por la cual un tercero resuelve una diferencia que divide a dos o más partes, en ejercicio de la misión jurisdiccional que le ha sido confiada por ellos.” (Jarrosson, 1987). Asimismo, Diez Picaso, citado por el autor ecuatoriano Eduardo Salcedo Verduga, define al arbitraje como “una institución de solución privada de conflicto de intereses, un proceso privado”, y finalmente, el profesor Roque Caivano, precisa que “El arbitraje, por ser una justicia privada de fuente convencional, encuentra su origen y principal justificación, en la voluntad de las partes de someter sus controversias a decisión de particulares que no pertenecen a la estructura del poder judicial, excluyendo de este modo la intervención de los tribunales estatales.” (Caivano, 2008)

En la legislación ecuatoriana, existe “un conjunto de principios, normas o reglas, lógicamente enlazados entre sí acerca de la materia arbitral” (Cabanellas, 1979), que constituyen el denominado “sistema arbitral ecuatoriano”, mismo que se encuentra regulado por la Ley de Arbitraje y Mediación¹ (LAM), norma que en su Art 1 define al sistema como:

¹ Ley de Arbitraje y Mediación. Publicada en el Registro Oficial No. 417 de fecha 14 de diciembre de 2006. Codificación No. 2006-014.

“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.**”

Arbitraje administrado o independiente²”.

(Subrayado en negritas me pertenece)

De las definiciones antes citadas, podemos destacar los elementos esenciales que definen a la institución del arbitraje:

- i. En primer lugar, el Arbitraje es un **Método Alternativo de Solución de Conflictos** (MASC), es decir que frente al método tradicional de solución de disputas ante los tribunales de justicia estatales, el arbitraje constituye una vía distinta de solución de controversias para los contendientes. Entre las finalidades de estos métodos, podemos mencionar: mitigar la congestión de los tribunales de justicia común, reducir el costo y la demora en la resolución de disputas, brindar una forma más efectiva de solución de disputas a la sociedad.

En lo que refiere al arbitraje como MASC, debemos destacar el hecho de que el arbitraje es un método de **justicia privado**, en que las partes someten la decisión de determinada disputa a juicio de “jueces privados” llamados árbitros, pues los mismos, reiterando las palabras del Maestro Roque Caivano, son particulares que no pertenecen a la estructura del poder judicial del Estado.

- ii. En segundo lugar, el arbitraje encuentra su origen en la **voluntad de las partes**, en cuanto la competencia misma de los árbitros para dirimir la controversia nace de la autonomía de la voluntad de las mismas, en este sentido para que se obliguen efectivamente a

² Norma consultada 28/01/2016.

someter sus controversias a arbitraje, el acuerdo de voluntades debe constar por escrito, en el denominado **acuerdo arbitral**, que no es más que el contrato mediante el cual las partes voluntariamente, deciden someter a arbitraje, las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, respecto de una relación jurídica determinada de índole contractual o no contractual (Art. 5 LAM) ³.

Algunos sectores de la doctrina, determinan que el acuerdo arbitral puede revestir la forma de cláusula compromisoria o compromiso arbitral, en este sentido para el Maestro Roque Caivano, el acuerdo arbitral es “un contrato de derecho privado, inserto habitualmente como cláusula en un contrato principal, del mismo género que el compromiso, por el cual las partes contratantes se obligan a someter las cuestiones litigiosas que puedan surgir en el futuro en relación con el contrato principal al fallo de árbitros” mientras que “El compromiso arbitral es un acuerdo de voluntades a través del cual, luego de verificado el conflicto de intereses, las partes convienen en el sometimiento a arbitraje” (Caivano, 2008). En la actualidad, la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral ha perdido relevancia, pues para que se configure la voluntad como elemento constitutivo del arbitraje, únicamente debe existir justificación documentada del consentimiento de las partes.

- iii. En tercer lugar, no se puede dejar de destacar que la controversia debe versar sobre **materia transigible**, es decir de libre disposición conforme a derecho. En nuestra legislación, podemos determinar

³ Ley de Arbitraje y Mediación. Publicada en el Registro Oficial No. 417 de fecha 14 de diciembre de 2006. Codificación No. 2006-014. 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.

El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje.

La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral. No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al Juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él. Otras formas de someterse al arbitraje. Norma consultada 28/01/2016.

qué constituye materia transigible de conformidad con lo dispuesto en el Art. 11 del Código Civil⁴, que determina:

“Art. 11.- Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.”⁵”

Para Ernesto Salcedo, “la materia, transigible, la constituyen todos aquellos bienes y derechos de contenido patrimonial sobre los cuales las partes tienen capacidad legal de para disponer libremente de ellos; bienes y derechos estos cuya existencia y disposición no deben ser contrarios a la Ley, al orden público ni a las buenas costumbres” (Salcedo Verduga, 2007)

Es importante destacar el criterio de las Cortes Nacionales en lo que refiere a los elementos de la justicia arbitral, por ello me permito citar la sentencia dictada por la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del proceso signado con el No. 04-2010 de 05 de junio de 2012, que en su parte pertinente señala:

“El arbitraje es un mecanismo alternativo (procedimiento) para solucionar conflictos en los asuntos que por su naturaleza se pueda transigir (materia transigible) que se circunscribe al mutuo acuerdo de las partes para someterse al mismo (convenio arbitral). Debe ser resuelto por los árbitros (jurisdicción convencional) con sujeción a la Constitución y la ley (juridicidad) y de conformidad con las garantías básicas de todo procedimiento (debido proceso)” (Proceso No. 04-2010, 2012)

Una vez sentados los elementos esenciales del arbitraje, resulta relevante para este estudio determinar cuál es la **naturaleza jurídica** del arbitraje. Este asunto, fue motivo de discusión en la comunidad arbitral, pues al respecto existen dos teorías fundamentales, i) la Teoría Contractualista y ii) la Teoría Procesalista, respecto de las mismas Bercovitz Rodríguez Cano, señala:

⁴ Código Civil. Publicado en el Registro Oficial S 46 de fecha 25 de junio de 2005.Codificación No. 2005-010

⁵ Norma Consultada 29/02/2016

“En la doctrina se mantienen dos tesis fundamentales en relación con la naturaleza jurídica del arbitraje. Una de ellas (la teoría contractualista) considera que el arbitraje es un contrato por el que se delega en un tercero el arreglo de un litigio existente entre las partes de aquél.

(...)

Frente a ella, la teoría procesalista destaca como elementos esenciales del arbitraje el procedimiento seguido por los árbitros y el laudo que pone fin a aquel, de modo análogo a como sucede con respecto del proceso y a las resoluciones judiciales... Esta tesis destaca la función jurisdiccional que excepcionalmente, a través de la institución arbitral, se encomienda a determinadas personas, los árbitros.” (Lacruz Mantecón, 2011)

Actualmente la mayor parte de la doctrina, ha venido definir la naturaleza jurídica del arbitraje por Teorías Mixtas o Eclécticas, mismas que distinguen dos etapas dentro de la institución del arbitraje; primero, la del acuerdo de las partes en recurrir a dicho mecanismo; y la segundo, la aceptación del árbitro, la solución del conflicto mediante el procedimiento arbitral, en la primera predomina el asunto contractual, en la segunda el procedimental (Lacruz Berdejo , 1986)

1.2 Características el sistema arbitral: Alternabilidad .

La Constitución de la República⁶, en su Art. 190⁷ califica al arbitraje como “alternativo”, como consecuencia de esta disposición constitucional, el arbitraje como sistema alternativo de solución de controversias, es distinto al sistema de justicia ordinario, en este orden, las normas que regulan al arbitraje se rigen por un principio de especialidad, al existir institutos y métodos de interpretación que son propios del sistema (competencia-competencia, separabilidad, pro arbitraje etc.) que determinan la aplicación de normas especiales contenidas en la LAM, siendo aplicables las normas del Código de Procedimiento Civil⁸ únicamente en los casos del

⁶ Constitución de la República. Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 octubre de 2008.

⁷ Norma Consultada 02/03/2016

⁸ Código de Procedimiento Civil. Publicado en el Registro Oficial S. 58 con fecha 12 de julio de 2005. Codificación No. 2005 – 011.

silencio de la ley, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 37 de la LAM. (Neira Orellana, 2011)

En lo que refiere a la **alternabilidad** del sistema arbitral, debemos partir del hecho de que la justicia arbitral es de excepción, pues las partes en primera instancia no se encuentran obligadas a someter sus disputas al juicio de un árbitro. El sometimiento a arbitraje implica una renuncia voluntaria, a través del convenio arbitral, a la justicia ordinaria; de conformidad con la concepción contractualista del arbitraje, debemos entender que el convenio arbitral es un contrato con la finalidad de imponer un método de solución controversias, y por tener “fuerza de ley” para las partes, tiene la consecuencia de obligar a las mismas a emplear este método de solución de disputas, e impedir que acudan a la vía judicial. En este orden, el Art. 7 de la LAM ⁹, impone una doble obligación: a los contendientes que han suscrito un convenio arbitral, de someterse a este procedimiento alternativo; y a los jueces, de inhibirse del conocimiento de una causa, en la que existe una cláusula arbitral pactada.

Por lo expuesto, el arbitraje es un método de solución de controversias **alternativo**, pues las partes tienen la facultad de optar por un método distinto al sistema de justicia ordinario, y evitar de esta manera las evidentes deficiencias del mismo. Por ser un MASC, el arbitraje posee características elementales que rigen su sistema, entre ellas encontramos: celeridad, economía, especialidad, flexibilidad, y confidencialidad.

- i. **Celeridad:** El proceso arbitral es por su naturaleza, sencillo y más rápido que un procedimiento ordinario, prevé términos más cortos y que son respetados por los árbitros, pues los mismos son designados para conocer un conflicto en específico, a diferencia de la justicia ordinaria, en que los jueces están llamados a resolver todas las

⁹ Ley de Arbitraje y Mediación. 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. Norma consultada 03/03/2016.

disputas puestas en su conocimiento. Dejando sentado que las partes pueden pactar de común acuerdo el tiempo de duración del proceso. Tampoco existen mayores incidentes o dilaciones en el proceso, como comúnmente sucede en los procesos ante las cortes estatales.

El principio de celeridad es muy importante, teniendo en consideración que el tráfico actual de los negocios necesita de un medio de solución de conflictos célere y eficiente.

- ii. **Economía:** Como consecuencia de la celeridad, el trámite es más económico que los procesos tramitados en la justicia ordinaria, consecuentemente existe un importante ahorro de tiempo, y a su vez de dinero.

- iii. **Especialidad:** conforme señalé en líneas anteriores, los árbitros se designan para conocer específicamente la controversia puesta a su conocimiento, lo que les permite un mayor y más minucioso conocimiento del caso, un real análisis del mismo y una mayor intermediación procesal. Asimismo, en la actualidad las relaciones económicas y jurídicas son cada vez más complejas, por lo que las partes pueden designar árbitros expertos en determinadas áreas, o árbitros que les brinden mayor confianza en razón de su reputación y conocimientos.

- iv. **Flexibilidad:** Por ser un proceso voluntario, el procedimiento arbitral no es excesivamente formalista como lo es el procedimiento ante los jueces ordinarios. El arbitraje debido a su origen contractual, tiene la flexibilidad de facultar a las partes para que determinen las reglas de procedimiento a las que desean someterse en aras de resolver su conflicto, permitiéndose, por ejemplo, que sean quienes determinen los plazos a los que se regirán para las distintas actuaciones procesales, la libre elección de la institución que administrará el arbitraje, "En efecto, es precisamente en la posibilidad de escoger

con amplia libertad las normas de procedimiento, donde se percibe con más evidencia el amplio campo de acción que se reconoce a la libertad individual de las partes para autorregular directamente o por delegación, la manera como ellas estiman adecuado se ventilen sus controversias actuales o potenciales. Y esto tiene mucho sentido si se recuerda el carácter de método alternativo que posee el arbitraje como medio de resolver conflictos, pues permite que las partes diseñen un "traje a la medida", balanceando los múltiples factores a considerar ante una potencial controversia: calidad de los árbitros, costos, tiempo de duración del proceso, grado de profundidad en la presentación y análisis de pruebas y argumentos, etc" (Albónico, 2005)

A su vez en relación a la flexibilidad, se debe resaltar que el arbitraje constituye un proceso autónomo, al respecto los juristas Álvaro Galindo Cardona y Hugo García Larriva señalan:

"(...) el arbitraje, al estar fundamentado en la autonomía de la voluntad, permite que las partes pacten y diseñen reglas que más convengan a su particular relación. Esta interacción entre las partes tiene características similares a las de un orden espontáneo: la ausencia de planificación, de rigidez y de inmutabilidad (...)" (Galindo Cardona & García Larriva, 2014)

Sin embargo, en el desarrollo del trabajo se podrá evidenciar que pese a la autonomía del procedimiento arbitral con la justicia ordinaria, el sistema no es autocontenido (Galindo Cardona & García Larriva, 2014) en cuanto la LAM expresamente designa determinadas actividades para que se rijan por la justicia ordinaria, como es el caso de la acción de nulidad del laudo arbitral.

- v. **Confidencialidad:** una de las características principales del arbitraje, es la confidencialidad, a diferencia del proceso ordinario que se rige por el principio de publicidad, el procedimiento arbitral es por su naturaleza confidencial; el jurista Jose F. Merino Merchán, señala que existe un natural deseo de las partes de no dar publicidad a las

divergencias judiciales que enfrentan, lo que no ocurre en los procesos estatales a los que los medios de comunicación como el público en general tienen acceso. (Merino Merchán, 2016)

Adicionalmente, existen materias muy sensibles al conocimiento externo de las partes, disputas relacionadas con la propiedad industrial, el *know-how* de las partes contendientes, o simplemente controversias que por privacidad es mejor mantener reservadas.

En el Ecuador, tanto la sociedad como la propia administración de justicia, concuerdan en que nuestro sistema de justicia no es eficiente, pues los procesos judiciales son excesivamente lentos, los trámites previstos en el antiguo Código de Procedimiento Civil, pese a que a la fecha de su promulgación preveían trámites supuestamente expeditos, resultaron ser irrespetados por los administradores de justicia, en razón de la "excesiva carga procesal" del sistema. Con estos antecedentes, es que el arbitraje como método **alternativo** de solución de conflictos, tiene como finalidad suministrar a la sociedad una forma efectiva de solución de disputas.

Es por lo expuesto, que la Institución del arbitraje históricamente se ha definido cómo un método eficaz, ante las deficiencias del sistema de justicia ordinario actual, mismo que con una correcta acogida por la sociedad y los operadores judiciales, como método alternativo para la solución de controversias, debería servir de apoyo a la justicia ordinaria, para mitigar la congestión que presenta, y de otro lado dar mayor seguridad, certeza y confianza a la población. (Andrade Cevallos, 2011)

2) El laudo Arbitral: Efectos y Características

Mediante la suscripción del convenio arbitral, las partes que deciden voluntariamente someter sus disputas a arbitraje, no solo se obligan a seguir un procedimiento legal específico, si no atribuyen a un tercero privado, que por su voluntad se convierte en juez privado de esa

controversia específica, la facultad de resolver el litigio mediante un laudo arbitral, cumpliendo a través del mismo la función jurisdiccional que les encomienda.

Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Jurídico Elemental, define al laudo en general como:

“(…) la sentencia o fallo que pronuncian los árbitros o amigables compondores en los asuntos sometidos a ellos voluntariamente por las partes, y que poseen fuerza ejecutiva de sentencia firme, una vez consentidos o agotados los recursos de que son susceptibles, de pasar en autoridad de cosa juzgada como los fallos de los tribunales ordinarios.” (Cabanellas, 1979)

En este sentido, el laudo arbitral es la decisión emanada de los árbitros, que pone fin a proceso arbitral, tiene fuerza vinculante y es de obligatorio cumplimiento para las partes que sometieron sus controversias a este mecanismo. (Caivano, El Arbitraje, 2000) El mismo tanto por su contenido formal como sustancial constituye una verdadera sentencia, teniendo los mismos efectos y alcance, debiendo resaltar que el laudo es para el árbitro lo que la sentencia es para el juez, su decisión final sobre un conflicto que fue puesto a su conocimiento sobre el cual tiene jurisdicción. (Chiriboga, 2012)

En lo que refiere al laudo arbitral, es menester resaltar el contenido de lo dispuesto el Art. 32 de la LAM, que en su parte pertinente señala:

“Art. 32.- **Ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato. Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo** o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada.

Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.¹⁰”

¹⁰ Norma consultada 03/03/2016

(Subrayado en negritas me corresponde)

De conformidad con lo dispuesto en el inciso primero del artículo antes citado, los árbitros si bien ejercen una función materialmente jurisdiccional, que concluye una vez dictado el laudo arbitral, carecen de poder de *imperium* para ejecutar lo juzgado, por lo que requieren del auxilio de los jueces ordinarios para ejecutar su decisión.

Del inciso segundo del artículo antes citado se desprenden los efectos del laudo arbitral, que son: i) efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada ii) sentencia de última instancia (inapelabilidad del laudo arbitral)

2.1. Efecto de sentencia ejecutoriada

Uno de los motivos de las partes para pactar arbitraje, es que las mismas tienen la expectativa de que la controversia se resuelva definitivamente. Para Ernesto Salcedo es justamente la obligación que tienen los árbitros de fallar de forma definitiva, lo que impulsa a que las personas acudan al arbitraje, pues tienen la convicción de que sus controversias van a ser decididas mediante un fallo de fondo definitivo, un laudo que verdaderamente resuelve la controversia y no sigue postergando la solución del conflicto. (Salcedo Verduga, 2007). Al respecto Miguel L. Lacruz Mantecón señala:

“Resulta evidente que, si queremos hacer del arbitraje un vía eficaz para la resolución de conflictos, alternativa a la judicial, es preciso que la decisión arbitral no sea un mero dictamen abierto a la discusión, ni que no tenga más efectividad que el voluntario acatamiento por sus destinatarios, que sea una obligación contractualmente asumida que necesita que la autoridad judicial la valide para su ejecutividad. Por el contrario, es necesario que el laudo decida el conflicto y lo haga definitiva y ejecutivamente” (Lacruz Mantecón, 2011)

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 30 de la LAM, el laudo causa ejecutoría tres días después de haber sido notificado a las partes. Causar

ejecutoria en palabras del jurista Guillermo Cabanellas quiere decir "sentencia firme; que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y puede ejecutarse en todos sus puntos.", asimismo, según Manresa citado por el mismo Cabanellas, se da el nombre de "cosa juzgada", "a toda cuestión que ha sido resuelta en juicio contradictorio por sentencia firme de los tribunales de justicia." (Cabanellas, 1979)

En este orden, Lacruz Berdejo señala que "la condición de instituto de Derecho civil del arbitraje resulta modalizada por la especial fuerza ejecutiva y probatoria del laudo, que no se encuentra en ningún otro contrato de Derecho privado. La ley, a lo resuelto por los árbitros, le reconoce (...) la eficacia que llevan consigo las sentencias, siéndole aplicable, en su consecuencia, la presunción de cosa juzgada" (Lacruz Berdejo, 1986), en el mismo sentido, el profesor Francisco Gonzales de Cossio, sostiene "(...) el árbitro realiza un acto jurisdiccional: emite un fallo (el laudo) que tiene fuerza de cosa juzgada y que vincula (obliga) a las partes." (González de Cossio, La naturaleza jurídica del arbitraje: un ejercicio de balanceo químico, 2007)

De lo expuesto podemos colegir que una vez que se han agotado los únicos recursos que caben en contra del laudo arbitral - horizontales de aclaración y ampliación, conforme señalaré más adelante - es decir, una vez que ha quedado ejecutoriado, nuestro ordenamiento jurídico le reconoce la calidad de cosa juzgada (*res iudicata*).

La cosa juzgada ha sido definida por Couture como "la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla" y por Guasp, como "la fuerza que el derecho atribuye normalmente a los resultados procesales" estas definiciones coinciden con el principio universal de derecho, contenido en el adagio romano *res iudicata pro veritate habetur* (Coello García, 1995)

Para el profesor Héran Coello García, el fundamento de la cosa juzgada se encuentra "(...) en la necesidad social de seguridad. La sola posibilidad de

que los procesos judiciales no terminen algún día en forma definitiva, provocaría la máxima inseguridad." (Coello García, 1995)

El hecho de que se reconozca la calidad de cosa juzgada a un laudo arbitral, de conformidad con los conceptos que se han enunciado, determinan la obligatoriedad incuestionable del mismo, y que dispone de plena eficacia jurídica para que pueda ejecutarse su contenido, por lo cual resulta **inimpugnable**, en cuanto ya no puede ser revisado, al no preverse recursos en su contra, y también **inmutable** en cuanto queda vedada a toda autoridad judicial, emitir un nuevo pronunciamiento respecto del fondo de la controversia conocida y resuelta previamente por un Tribunal arbitral, convirtiéndose en la máxima preclusión dentro del proceso, garantizando la seguridad jurídica de las partes que acuden a arbitraje.

2.2 Inapelabilidad del laudo arbitral

El artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación, determina:

"Art. 30.- **Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables**, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación.

Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley.¹¹"

(Subrayado en negrita me corresponde)

De conformidad con lo dispuesto en la norma antes citada, los laudos arbitrales son inapelables, lo que quiere decir que no existe un tribunal superior con la facultad de hacer una nueva revisión del fondo de la controversia, modificando así la decisión adoptada por el Tribunal Arbitral, pues conforme señale en líneas anteriores, luego transcurrido el término de

¹¹ Norma Consultada 03/03/2016

tres días previsto en la norma, el laudo adquiere ejecutoria y se convierte en una decisión inapelable e inmodificable. En este orden, el jurista Roque Caivano señala:

“Firme o consentido el laudo, las decisiones que contiene devienen irrevisables e improponibles en otras instancias, no pudiendo las partes volver a plantearlas ante ningún otro tribunal, ni judicial ni arbitral. Adquieren la firmeza propia de un acto Jurisdiccional.”
(Caivano, 2000)

Así mismo, el profesor Xavier Andrade al referirse a la inapelabilidad de los laudos arbitrales sostiene:

“Las partes al someterse a una justicia convencional y no a la ordinaria, se obligan a acatar sus reglas y procedimientos y, precisamente, una de esas reglas es la inapelabilidad e inimpugnabilidad de los laudos, en virtud de la cual las partes se comprometen a no interponer recurso alguno en el proceso, a más de los permitidos en la ley.”

Adicionalmente, no se puede pasar por alto, que los únicos recursos previstos en la Ley en contra del laudo arbitral, son los recursos horizontales de aclaración y ampliación, respecto de estos recursos nuestra Corte Nacional, ha señalado:

“El artículo 282 del Código de Procedimiento Civil establece que: “La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas...”. La aclaración y la ampliación son consideradas como recursos horizontales cuyas motivaciones y argumentaciones difieren entre sí. Por tanto, la aclaración cabe cuando la sentencia es oscura y la ampliación cuando no se han resuelto los puntos controvertidos.”
(ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN, 2013)

Como conclusión, debo resaltar que no obstante lo expuesto, la calidad de cosa juzgada e inapelabilidad del laudo arbitral, se haya rodeada de paradojas, en cuanto aunque sea inmutable y eficaz, aunque se supone que no se puede alterar su contenido, con la indebida interpretación de la acción de nulidad del laudo arbitral por parte de los tribunales estatales, se

han abierto las puertas a los particulares, para abusar de esta acción, permitiendo que los jueces alteren la calidad de cosa juzgada del laudo, lo que no hacen más que trasladar el proceso arbitral a la justicia ordinaria, desnaturalizando así la esencia del arbitraje.

3) El arbitraje: una mirada constitucional

3.1 Regulación constitucional

La Constitución de la república vigente, aprobada mayoritariamente por los ecuatorianos mediante referéndum, y redactada por la Asamblea Nacional Constituyente, se aleja de la concepción ideológica de un "Estado Liberal de Derecho", recogida en la antigua Constitución de 1998, si bien desde esa fecha nace el Estado constitucional con fuertes elementos del Estado Garantista, el modelo se encontraba incompleto en cuanto a la carencia de independencia de la interpretación constitucional del poder legislativo, así los derechos constitucionales tenían vigencia y eficacia jurídica a partir de su concreción normativa a través de la ley, reconociéndose el carácter normativo superior de la Ley más no de la Constitución. (Zabala Egas, 2009)

Así, la Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 499 de 20 de octubre de 2008, en su título IV "Participación y Organización del Poder" Capítulo Cuarto "Función Judicial y Justicia Indígena", desarrolla en once secciones los principios, organización, funcionamiento, y órganos, del régimen de administrar justicia del país.

Dentro de este contexto, el artículo 167 de la CRP¹², determina que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la función judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la constitución, y a su vez en su artículo 190¹³, la Constitución reconoce al arbitraje, la mediación, y otros medios alternativos de solución de conflictos en las materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. (Neira Orellana, 2011)

¹² Norma consultada 03/03/2016

¹³ Norma consultada 04/03/2016

Sin embargo, pese a que la Constitución del 2008, garantiza al arbitraje como método alternativo de solución de conflictos, las regulaciones constitucionales previstas en la misma -dejando de lado las actuales regulaciones al arbitraje mediante la promulgación del Código Orgánico General de Procesos¹⁴- tienden a restringir la posibilidad de que el Estado se someta a arbitraje. Esto en cuanto, del mismo texto del artículo 190 de la Carta Magna¹⁵, se desprende la prohibición expresa de que las instituciones del Estado, en materia de contratación pública, se sometan a arbitraje, sin que exista pronunciamiento previo y favorable del Procurador General del Estado. Asimismo, el artículo 422¹⁶ del mismo cuerpo normativo, limitó la posibilidad de que el Estado se someta a instancias internacionales de arbitraje, al establecer la prohibición de "ceder jurisdicción soberana a instancias de arbitraje", restricción que parece tener su origen en las múltiples demandas interpuestas en contra del Ecuador ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones en la última década, finalmente, la Constitución actual entrevé la posibilidad de revisar el fondo de laudos firmes mediante mecanismos constitucionales como la acción extraordinaria de protección. (Robalino Orellana, 2011)

En este orden de ideas, al referirnos de la regulación constitucional del arbitraje, pese a no ser el tema de estudio en el presente trabajo, me parece importante hacer mención al control de constitucionalidad de los laudos arbitrales, a través de la acción extraordinaria de protección, por lo que realizaré una breve referencia a la procedencia de esta acción respecto de los laudos arbitrales y las decisiones adoptadas por los Tribunales Arbitrales, al respecto expondré las tres tesis interesantes respecto de su procedencia:

- i. La sala de admisiones de la Corte Constitucional, mediante auto de fecha 30 de noviembre de 2010, a las 16h32, dictada dentro de la causa signada con el No. 1037-10-EP, declara la admisibilidad de la

¹⁴Código Orgánico General de Procesos. Publicado en el Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

¹⁵ Norma consultada 04/03/2016

¹⁶ Norma consultada 04/03/2016

acción extraordinaria de protección interpuesta en contra de la providencia dictada con fecha 21 de junio de 2010, a las 15h40, por el Tribunal Arbitral y de Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, por la cual niega la acción de nulidad presentada por propuesta en contra del laudo arbitral dictada dentro del proceso arbitral.

La admisión de la acción extraordinaria de protección, se fundamenta en lo dispuesto en los artículos 58 y 94 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que determinan que la acción extraordinaria de protección procede en contra de "autos definitivos"; así como en lo dispuesto en los Arts. 61 y 62 del mismo cuerpo normativo que determinan los requisitos formales de la acción extraordinaria de protección.

Esta resolución de la Corte Constitucional, determina la procedencia de la acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones adoptadas por un Tribunal Arbitral.

- ii. La Sala de admisión de la Corte Constitucional, dentro de la causa signada con el No. 13-6213-EP, mediante providencia de fecha 16 de enero de 2014, a las 09h30, inadmite acción extraordinaria de protección presentada en contra del laudo arbitral dictado por el Tribunal Arbitral del Centro de Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Construcción de Quito, con fecha 24 de noviembre de 2010.

La negativa de admitir a trámite la acción planteada se fundamenta en lo dispuesto en los artículos 61 y 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en cuanto la corte determinó:

"(...) de la revisión de la demanda, y de los documentos que acompañan a la misma, se encuentra que en el presente caso, el accionante presenta acción extraordinaria de

protección contra el laudo arbitral sobre el cual se encontraba legalmente facultado para presentar la correspondiente acción de nulidad del laudo arbitral, tal como lo establece la Ley de Arbitraje y Mediación. La falta de requerimiento del accionante, configura la causal tercera del artículo 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional referente a la demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios (...)"

De esta resolución de la Sala de Admisiones de la Corte Constitucional se desprende el criterio de la Corte, de inadmitir las acciones extraordinarias de protección en contra de laudos arbitrales, si no se ha presentado acción de nulidad del laudo, en cuanto se incumpliría de esta manera con el requisito de haber agotado los "recursos ordinarios y extraordinarios" en contra del laudo arbitral dictado. En lo personal discrepo de esta resolución en cuanto los artículos 94 de la Constitución de la República¹⁷ y 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional¹⁸, determinan con meridiana claridad que deben haberse agotado los **recursos ordinarios y extraordinarios** en contra de la resolución, empero la acción de nulidad en contra del laudo arbitral, no puede ser considerada de ninguna manera un **recurso** en contra del laudo arbitral, conforme profundizare en el capítulo siguiente.

- iii. Existen otras razones por las cuales los juristas determinan que la acción extraordinaria de protección no procedería en contra de los laudos arbitrales y las decisiones adoptadas por los tribunales arbitrales, sintetizadas por el profesor Edgar Neira quién señala:

" (...) en lo jurídico encuentro más sólida la conclusión de que la acción extraordinaria de protección no procede en contra de laudos arbitrales ni en contra de ninguna resolución adoptada por Tribunales Arbitrales. Las razones en las que se apoya esta conclusión, podrían sintetizarse en las siguientes: (i) la inexistencia de una norma que hubiere contemplado la a.e.p. contra laudos arbitrales; (ii) la alternabilidad del sistema arbitral; (iii) la naturaleza del objeto controvertido en un juicio arbitral; y, (iv) la eliminación de la Asamblea Constituyente de Montecristi hizo respecto de la norma que preveía el control

¹⁷ Norma consultada 06/03/2016

¹⁸ Norma consultada 06/03/2016

de constitucionalidad de las decisiones de los árbitros." (Neira Orellana, 2011)

Asimismo, respecto de la procedencia de acciones constitucionales sobre el laudo arbitral, el jurista mexicano Francisco Gonzáles de Cossio, señala:

"(...) ¿O sea que los árbitros privados aplicarán derecho constitucional sin estar sujetos a los mecanismos procesales que se cercioran que el mismo está correctamente aplicado-mismos que aplican a los jueces mismos? Respuesta: "sí". Motivo: porque el laudo es final. Porque ese fue el deseo de las partes al optar por un mecanismo alternativo de solución de controversias. ¿Alternativo a qué?- Al sistema judicial. Cualquier postua distinta sería contraria a la voluntad de las partes (...)" (Gonzáles de Cossio , Procesos constitucionales y procesos arbitrales ¿agua y aceite?, 2014)

Por las restricciones antes señaladas, que ha impuesto la constitución al desarrollo del arbitraje, parece ser que en el Ecuador, el arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, ha sufrido un proceso regresivo, al respecto el mismo jurista Edgar Neira Orellana Sostiene:

"El instituto arbitral lamentablemente, no ha podido escapar a este proceso regresivo, en que el Estado pretende instituirse en el gestor monopólico de la administración de justicia y del bien común, en el dispensador exclusivo de cualquier derecho y en la instancia vigilante del sistema de justicia privada a que tenemos derecho los ciudadanos" (Neira Orellana, 2011)

Ahora bien, es menester tomar en consideración, que conforme señalé, la Constitución vigente se aleja de la concepción de Estado liberal de derecho, y se rige por el nuevo modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, cuyo órgano protagonista, no es el poder legislativo como lo era antiguamente, en el que los jueces eran simple "boca de ley", sino, el protagonista actual es poder judicial, pues, conforme el criterio de ALEXY, ZAGREBELSKY, GUASTINI Y PRIETO SANCHÍS, citados por Jorge Zabala Egas, los jueces se vuelven creadores de derecho al tener poder para la determinación de derechos, en lugar de la antigua exclusividad del legislador para desarrollarlos (Zabala Egas, 2009), dado el carácter

normativo de la constitución, que no requiere de ninguna voluntad legislativa para su aplicación (Prieto Sanchís, Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial., 2007), Consecuentemente, el desarrollo o regresión de la institución jurídica del arbitraje, se encuentra en manos de la interpretación que hagan de las normas que regulan el sistema, los jueces que integran los juzgados y cortes de la Función Judicial, en este sentido el criterio del jurista Edgar Neira al respecto, parece acertado, en cuanto sostiene:

“(...) sin embargo, es de destacar que, en el caso particular del arbitraje sometido al derecho ecuatoriano, no es la constitución de Montecristi, en sí , la que menoscaba el funcionamiento de la institución, sino las interpretaciones interesadas que han hecho de su texto, originadas en el afán de algunos operadores legales, de acomodar velas al viento estatista que hoy sopla con fuerza sobre la institucionalidad del Ecuador.” (Neira Orellana, 2011)

En virtud de lo expuesto, podemos concluir que se encuentra en manos de los operadores legales de la Función Judicial, permitir el desarrollo del sistema arbitral ecuatoriano, garantizando el derecho que tenemos de someternos a medios alternativos de solución de disputas como el arbitraje.

3.2. Judicialización del arbitraje

Como señale en líneas anteriores, el laudo arbitral es inapelable, esto por cuanto la tendencia tanto antigua, como actual, es la de limitar la intervención jurisdiccional en el arbitraje.

Si bien procedimiento arbitral se sustancia fuera de los tribunales estatales, el sistema funciona de forma paralela a los mismos, pues requiere de su auxilio en determinadas ocasiones, el profesor Ernesto Salcedo, al respecto manifiesta:

“(...) funciona generalmente en forma paralela a la justicia ordinaria a la que recurre en diferentes oportunidades para interposición de la

acción de nulidad, ejecución de medias cautelares, y del fallo." (Salcedo Verduga, 2007)

En este orden, es importante resaltar, que las partes que se someten a arbitraje, renuncian a la justicia ordinaria, y a su vez dejan de lado las reglas de procedimiento comunes a esos procedimientos, obligándose a acatar las reglas específicas del procedimiento arbitral, en aras de que la justicia alternativa, cumpla con su función de dar solución rápida y eficaz a la controversia surgida, siguiendo las características de un proceso, célere, económico en tiempo y dinero, flexible, y fuera de la congestión que padece la justicia ordinaria.

Las partes que se someten a arbitraje, esperan efectivamente que la intervención de las cortes ocurra únicamente en lo que refiere a la ejecución de medidas cautelares y del laudo, así como en la sustanciación de la acción de nulidad, que también por su naturaleza, debe ser rápida y de única instancia, conforme desarrollaré a lo largo del presente trabajo.

Sin embargo, existen casos en los que, la justicia arbitral se traslada a los tribunales estatales, desnaturalizando su finalidad; en este orden, la judicialización del arbitraje se refiere a la intervención judicial y revisión de laudos por parte los Tribunales Estatales, de tal manera que impide que el arbitraje como método alternativo de solución de controversias, cumpla su finalidad. Respecto de lo expuesto Carlos Alegría, citado por Miguel L.Lacurz, sostiene:

"Algunos autores han definido que contra el laudo arbitral no debe darse ninguna posibilidad de impugnación judicial, en cuanto la mera sumisión de las partes a arbitraje supone una completa exclusión de cualquier vía jurisdiccional y un total acatamiento del sistema elegido para la solución de disputas. Si el mecanismo del arbitraje está dirigido precisamente a excluir la vía de la jurisdicción y facilitar la solución de disputas, se entiende mal que quepa ulteriormente una vía de judicialización de la decisión que hayan adoptado los árbitros que además prolonga la litigación" (Lacruz Mantecón, 2011)

El autor Daniel Robalino Orellana, al referirse a la intervención judicial y revisión de laudos, resalta que la mayoría de los países iberoamericanos, adoptó en sus leyes de arbitraje el principio de intervención limitada de las Cortes Estatales, principio que se encuentra recogido por el Art. 5 de la Ley Modelo CNUDMI, y que tiene por objeto excluir cualquier poder de intervención en los procedimientos arbitrales que pudiese atribuirse a los tribunales de justicia estatal, en virtud de otras leyes domésticas, aumentando así la independencia del arbitraje y la certeza de quienes lo utilizan. La *lex arbitri* ecuatoriana, en su artículo 7, reconoce el principio de intervención limitada (Robalino Orellana, 2011).

Sin embargo en aplicación de normas constitucionales, conforme dejen sentados en párrafos anteriores, se ha permitido la intervención de la justicia ordinaria en procesos arbitrales, así como a través de la indebida interpretación que han dado las cortes, a la interposición de la acción de nulidad del laudo arbitral, que sirve como instrumento a la parte perdedora de la contienda, para trasladar el proceso a la justicia ordinaria, logrando así dilatar el cumplimiento de su obligación, pues si bien el laudo arbitral por su naturaleza es inapelable, la interpretación que han realizado las Cortes, so pretexto de la supuesta existencia de recursos legales y acciones constitucionales sobre la sentencia que resuelve el recurso de nulidad del laudo arbitral, han permitido la judicialización de los procesos arbitrales en el país.

La intervención judicial en el arbitraje se ha dado por diferentes motivos, y utilizando acciones y recursos judiciales diferentes, sin embargo, el punto en común es que las cortes estatales han impedido la correcta ejecución de los laudos dictados dentro de los procesos arbitrales que derivan de un convenio arbitral válidamente celebrado (Robalino Orellana, 2011).

Los juristas Álvaro Galindo y Hugo García señalan:

“Muchos académicos y practicantes del arbitraje han visto en los códigos procesales aquel artilugio por el cual el formalismo, ritualismo y rigidez de la justicia ordinaria viene a destruir la eficiencia, eficacia y flexibilidad del arbitraje. Esto lamentablemente, ha demostrado ser

verdad en no pocos casos." (Galindo Cardona & García Larriva, 2014)

De lo expuesto podemos determinar que resulta totalmente legítimo, que las personas que deciden someter sus disputas a arbitraje, teman que la judicialización distorsione el proceso arbitral, al ser en última instancia las cortes estatales, quienes conozcan y resuelvan respecto de los hechos puestos inicialmente en conocimiento de un tribunal de arbitraje.

CAPÍTULO SEGUNDO:

LA ACCIÓN DE NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL

1) La acción de nulidad del laudo arbitral: generalidades, naturaleza, trámite y causales.

1.1 Generalidades: definición y objeto de la acción

Recordemos que las partes al pactar arbitraje, tienen la expectativa de que la controversia se resuelva definitivamente mediante el laudo arbitral, es por ello que por regla general la actividad arbitral y sus decisiones, no permiten la existencia de un sistema de recursos en el procedimiento arbitral análogo al que existe en cualquier proceso, como destaca Lorca Navarrete, citada por Miguel Lacruz, la primera justificación se encuentra en la estructura no jurisdiccionalizada del arbitraje, pues la ley no debe facilitar recursos que propugnarían la intervención jurisdiccional en el arbitraje. (Lacruz Mantecón, 2011)

El laudo, es el resultado final de la actividad arbitral pactada mediante el convenio arbitral (Lacruz Mantecón, 2011), mismo que de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación¹⁹, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y es inimpugnable e inapelable. Sin embargo pese a estas características, la doctrina arbitral y la tendencia mayoritaria de las legislaciones recogida en la Ley Modelo CNUDMI, reconocen una forma legítima de revisión judicial del laudo arbitral: La acción de nulidad o acción de anulación del laudo arbitral.

Para determinar cuál es la finalidad de la acción de nulidad del laudo, es menester resaltar que cuando se debatió el texto de la Ley Modelo CNUDMI, en un principio se quiso limitar en su totalidad cualquier tipo de injerencia judicial en la resolución arbitral, permitiéndola únicamente en lo que refiere a la ejecución del laudo, donde el juez de ejecución podía

¹⁹ Norma consultada 07/03/2016

decidir la ejecución o no del mismo, si incurría en determinadas causales. Sin embargo, los países opositores, entre ellos España, quienes impusieron la corriente en la mayoría de legislaciones, señalaron que con la existencia de la acción de nulidad se otorga al órgano jurisdiccional la facultad de controlar *a posteriori* la actuación del tribunal arbitral, en relación a errores *in procedendo* (Andrade Cadena, 2001) en el arbitraje, garantizando de esta manera el derecho a la tutela judicial efectiva.

En este orden, me permito citar el criterio de Cabanillas Sánchez, quien sostiene:

“Es lógico que, cuando el nacimiento, el desarrollo y la conclusión del arbitraje, no se ajusten a lo prescrito en la ley, quepa el recurso dirigido a anular el laudo emitido por los árbitros, que necesariamente ha de instrumentarse a través de la vía judicial. Si esto no aconteciera existiría una auténtica denegación del derecho del derecho fundamental de las partes a la tutela judicial efectiva (...) (Cabanillas Sánchez, 1991)

Ahora bien, pensar en que las partes que se someten a arbitraje renuncian al derecho constitucional de tutela judicial efectiva, tomando en consideración que es un derecho irrenunciable, no es razonable, y tampoco parece admisible que una resolución arbitral, pueda, por virtud legal, producir efectos de cosa juzgada, propios de las sentencias firmes, dejando a las partes desprovistas, por lo menos, de la posibilidad de acogerse a una acción de nulidad, que permita la impugnación del laudo en caso de que se hayan vulnerado garantías básicas del debido proceso. (Álvarez Sánchez de Movellán, 1996)

En nuestra legislación, la acción de nulidad se encuentra regulada en el Art. 31 de la LAM²⁰, garantizando de esta manera, a las partes que se someten a arbitraje, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el Art. 75 de la Constitución de la República²¹, que de conformidad con lo sentado por la Corte Constitucional, consiste en el derecho “por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales,

²⁰ Norma consultada 10/03/2016

²¹ Norma consultada 10/03/2016

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.” (Caso No. 1037-10-EP, 2012)

El jurista Gaberí Llobregat, citado por Miguel Lacruz, define a la acción de nulidad como:

“acción procesal de naturaleza impugnatoria de **carácter extraordinario**, que el ordenamiento jurídico confiere a quienes hayan sido parte en un previo pronunciamiento arbitral, y resulten de algún modo gravados por el laudo definitivo que haya puesto término al mismo.”

(Subrayado en negrita me pertenece)

En este orden de ideas, las partes que voluntariamente se someten a arbitraje, pretenden sustraer su pretensión de la vía judicial, consecuentemente la acción de nulidad, tiene un carácter restrictivo o extraordinario, y debe ser considerada la única vía de acceso para la impugnación de un laudo arbitral, (Lacruz Mantecón, 2011). Sin que la misma sea entendida como un recurso de alzada, que permita a los juzgadores revisar el fondo de la controversia, y mucho menos aún modificar la resolución dictada por el tribunal arbitral. Por lo expuesto es que, mediante sus fallos, los administradores de justicia ecuatorianos han delimitado el objetivo de la acción de nulidad, y con ello la competencia de los mismos para conocer y resolver respecto de acciones de esta índole, permitiéndome resaltar, lo sentado por la Corte Provincial de Justicia del Pichincha, dentro del caso Jr. Security Cía. Ltda. vs. Productos Avon del Ecuador S.A.:

“las características principales de la acción de nulidad es que es una acción extraordinaria y limitada por decisión del legislador, que ha sido concebida como un mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral, mas no como una vía para acceder a una instancia que revise íntegramente la controversia resuelta por el laudo.” (Jr. Security Cía. Ltda. vs. Productos Avon del Ecuador S.A., 2010)

Asimismo, la H. Corte de Justicia, hoy Corte Nacional, en su sentencia No. 242-2007 , publicada en el R.O Suplemento 542, 6 de marzo de 2009, en lo que refiere al objeto de la acción de nulidad del laudo arbitral, señaló:

“el objetivo ... no es otro que verificar la existencia o no de determinados vicios anulatorios en el procedimiento arbitral... lo cual impide a los órganos jurisdiccionales que conocen tal acción, el dictaminar sobre el fondo del asunto sometido al procedimiento arbitral ya que lo que en éste se resuelve, de conformidad con el Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada ... No corresponde a esta Sala, atenta contra la naturaleza de la acción de nulidad de laudo..., analizar si el Tribunal hizo bien o mal en acoger los principios y las bases legales que fundamentaron su decisión, porque dicha acción de nulidad de laudo no comporta en recurso de alzada contra la resolución adoptada.” (Sentencia No. 242-2007, 2007)

La doctrina internacional y las distintas legislaciones recogen la regla general de que la acción de nulidad de laudo únicamente tiene por objeto invalidarlo, por lo que los jueces al resolver no pueden modificar el mismo, ni emitir un nuevo pronunciamiento de fondo. Por ser un asunto de actualidad, me referiré brevemente a la solicitud de nulidad presentada por el Estado Ecuatoriano ante el CIADI²², en el caso *Occidental Exploration & Production Co. Vs. Ecuador* .

Dejo sentado, que si bien la “solicitud de nulidad” en los procesos de inversiones seguidos en el CIADI, tiene sus propias reglas de procedimiento-establecidas en el artículo 52 del Convenio CIADI²³-, la resolución adoptada por el Comité de Anulación conformado para el caso en concreto, es interesante en lo que refiere al objeto de la acción de nulidad.

El 09 de octubre de 2012 el Estado Ecuatoriano presenta una solicitud de anulación y suspensión del laudo arbitral dictado el 05 de octubre de 2012, por el Tribunal Arbitral Integrado para la resolución de la Controversia entre la petrolera estadounidense y el Estado Ecuatoriano. Las causales de anulación esgrimidas por el Estado Ecuatoriano fueron: i) Extralimitación de

²² Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones

²³ Norma Consultada 15/03/03. Ratificado por el Ecuador mediante Decreto Ejecutivo No. 1417- B publicado en el Registro Oficial No. 309 de fecha 19 de abril del 2001 y Denunciado mediante Decreto Ejecutivo No. 1823 de fecha 02 de julio del 2009.

las facultades del Tribunal por la falta de competencia y por falta de aplicación de la ley de fondo; ii) Quebrantamiento grave de una norma de Procedimiento; y finalmente iii) Omisión de la expresión de los motivos en que este se funda del laudo.

El 02 de noviembre de 2015, el Comité de anulación del CIADI, notifico su decisión respecto de la solicitud de anulación presentada, concluyendo que el laudo era parcialmente nulo en cuanto el Tribunal Arbitral decidió respecto de la inversión que pertenecía al inversionista chino Andes, cuando carecía de competencia para el efecto, reduciendo de esta forma en un 40% la indemnización fijada por el Tribunal arbitral en el laudo dictado, la sustitución del monto de la indemnización, se la realizó con fundamento en el principio de economía procesal, señalando que las partes no deberían incurrir en más costos y demoras en un nuevo proceso. (Andrade Veloz Abogados, 2016)

¿Esta decisión implica modificación del laudo arbitral? ¿Podía el Comité de anulación conformado para el caso reducir la indemnización que mando a pagar inicialmente el Tribunal Arbitral?

Respecto de estas interrogantes, el Jurista Xavier Andrade Cadena, señala que es un tema difícil, y que no existe una posición unánime al respecto, personalmente considera que no es posible reducir el monto vía anulación, y que lo que se debía hacer era anular parcialmente el laudo sin modificar el monto, sin embargo ¿Qué otra alternativa tenía el tribunal? ¿Enviar a las partes a un nuevo y costoso proceso para definir el monto? (Andrade Cadena, comunicación personal, 27 de abril de 2016)

Debemos recordar que por regla general la anulación del laudo solo puede invalidarlo de manera total o parcial, o afirmar su validez, sin modificar el contenido del mismo, por lo que reducir el monto de la indemnización, de hecho implica una modificación del laudo arbitral, sin embargo el Tribunal *ad – hoc* conformado para el caso, redujo la sanción con fundamento en el principio de economía procesal, lo que resultó ser una medida efectiva para evitar que las partes resuelvan el monto de la indemnización en nuevo proceso.

Bajo nuestra legislación, de la misma manera, lo que se emprende con la acción de nulidad, es un proceso de impugnación de la validez del laudo, específicamente cuando existen determinados vicios en el procedimiento arbitral (*in procedendo*), establecidos taxativamente en el artículo 31 de la LAM y que principalmente guardan relación con el ejercicio del derecho a la defensa de las partes procesales, como pilar fundamental del debido proceso legal, y como medio para garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusten a lo establecido en la ley. (Andrade Cadena, 2001)

1.2 Naturaleza jurídica: acción o recurso

Las diversas legislaciones, y la doctrina, han sido claras al determinar -siguiendo el criterio de Montesinos García- que no existen recursos contra el laudo, pero sí medios impugnatorios de la cosa juzgada que el laudo firme produce. (Lacruz Mantecón, 2011)

En un principio, con la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación, los tribunales dieron a la acción de nulidad diversos tratamientos (Marchán, 2011), pues el artículo 31 de la LAM, confundía la palabra acción y recurso como si fuesen sinónimos. El inciso primero de la norma prescribía "Cualquiera de las partes podrá intentar acción de nulidad de un laudo arbitral (...)" sin embargo los incisos sexto, séptimo y décimo de la misma norma, preferían el término recurso. (Andrade Cadena, 2001).

El jurista Carlos Alegría -citado por el autor Miguel Lacruz- respecto de la naturaleza jurídica de la acción de nulidad sostiene:

"Respecto de la anulación se evita la expresión "recurso" por resultar técnicamente incorrecta se quiere resaltar que el laudo no es el producto de una actividad jurisdiccional, sino arbitral, y que por tanto contra el mismo no se ejercita un recurso, sino una acción de invalidez, de anulación, como la que procede contra un acto o negocio en el que ocurre un motivo invalidante." (Lacruz Mantecón, 2011)

En nuestra legislación, la diferenciación entre acción y recurso es trascendental. Davis Echandía define a la acción como:

"(...) derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo, que tiene toda persona natural o jurídica, para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante una sentencia, a través de un proceso." (Devís Echandía, 2012)

Por su parte el mismo autor, define al recurso como:

"la petición formulada por una de las partes, principales o secundarias, para que el mismo juez que profirió una providencia o su superior la revise con el fin de corregir los errores de juicio o de procedimiento (*in iudicando* o *in procedendo*) que en ella se hayan cometido". (Devís Echandía, 2012)

Siguiendo a Lete Achirica, la denominación de recurso se utiliza para el instrumento de impugnación de resoluciones no firmes, mientras que el laudo impugnado es definitivo, y como tal, no admite recurso (Lacruz Mantecón, 2011), los recursos se conciben generalmente para que tribunales jerárquicamente superiores, revisen la decisión del inferior por la existencia tanto de errores sustantivos, como adjetivos, (Márchan & Andrade, 2009) permitiéndoles revisar nuevamente el fondo de la controversia y sustituir la decisión del inferior. En el caso de la acción de nulidad se debe tener presente, que la ley prohíbe la interposición de recursos contra el laudo arbitral, el Presidente Corte Provincial no es jerárquicamente superior al tribunal arbitral que dictó el laudo²⁴ y que las partes mediante el convenio arbitral, estipularon que sea un tribunal de arbitraje quien resuelva definitivamente su pretensión, no los tribunales estatales. (Andrade Cadena, 2001)

Por su parte la acción es el derecho de toda persona para acceder a los órganos de la administración de justicia, para exigir su pronunciamiento respecto de una pretensión determinada, que en el caso de la acción de nulidad, será la existencia de una o varias causales de anulación del laudo, que hayan viciado el procedimiento arbitral, obteniendo como resultado, la ineficacia del laudo; acción que se debe plantear a través de una demanda de anulación, no a través de la interposición de un recurso; por lo

²⁴ "El juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de arbitramento y, en consecuencia, no puede convertirse en segunda instancia para juzgar el laudo por errores en iudicando y así modificar sus decisiones por el solo hecho de no estar de acuerdo con sus conceptos o juicios de valor" PETROINDUSTRIAL vs. Di Chem del Ecuador S.A., Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial del Pichincha, 22 de marzo de 2010 pg. 7 (Marchán, 2011)

tanto el juez que resolverá la validez o invalidez del laudo, no tiene la potestad de dictar una resolución distinta para el caso sometido a arbitraje, no puede emitir un nuevo laudo, (Lacruz Berdejo , 1986) el control jurisdiccional sobre la validez del mismo, no permite solicitar a las partes un nuevo análisis de los hechos y la aplicación del derecho -que es precisamente lo que se pide en un recurso- Miguel Lacruz señala textualmente “la finalidad de la acción es por tanto puramente negativa: destructiva, si se quiere” pues no tiene el carácter de apelación ni de segunda instancia (Lacruz Mantecón, 2011).

Asimismo, Font Serra citado por Fernando Reglero Ramos señala que:

“Los mal llamados recursos contra el laudo arbitral no son propiamente recursos, sino que nos hallamos ante el ejercicio de una acción, solicitando la nulidad del laudo cuando concurren las causas previstas legalmente”. (Reglero Ramos , 1991)

Esta situación, llevo a que la Corte Nacional se pronuncie al respecto, en el Caso Latin American Telecom vs Pacifictel, y aclare que la acción de nulidad se persigue por medio de una acción y no de un recurso, lo que motivo la reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación el año 2005, en la que se eliminó la confusión entre acción y recurso que contenía la norma, determinando que la nulidad del laudo debe proponerse como una acción. (Márchan & Andrade, 2009), como en el resto de legislaciones.

1.3 Causales de nulidad del laudo arbitral

El Art. 32 de la Ley de Arbitraje, señala las causales para iniciar una acción de nulidad del laudo arbitral:

“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;

- 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;
- 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;
- d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,
- e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.²⁵

Las cinco causales establecidas en la ley, son taxativas, tasadas, esto por cuanto para evitar la judicialización del arbitraje, la ley únicamente debe prever un elenco de supuestos en los que la intervención judicial es admisible (Caivano, La cláusula arbitral evolución histórica y comparada, 2008). En lo que refiere a las características de las causales de nulidad, el jurista Juan Manuel Marchán, señala:

“Estas causales de anulación tienen dos características fundamentales: i) son taxativas y ii) se refieren a irregularidades adjetivas o errores in procedendo mas no a irregularidades sustantivas o errores in iudicando.” (Marchán, 2011)

En lo que refiere a la primera característica de las causales de nulidad del laudo arbitral, ha existido discusiones respecto de si ante la presencia de otros hechos que de igual manera podrían vulnerar los derechos de las partes en un procedimiento arbitral, pueden ser aplicados para iniciar una acción de nulidad, pese a que no se adecuen a las causales previstas en el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación²⁶. (Marchán, 2011). Sin embargo, la doctrina coincide en que las causales de nulidad son taxativas, y así lo han reiterado las cortes, como es el caso de la Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha de 25 de noviembre de 2009, dictada dentro del caso Quasar Nautica Expeditions S.A vs. Ocean Adventures S.A., que en su parte pertinente señala:

²⁵ Norma consultada 15/03/2016

²⁶ Norma consultada 17/03/2016

“DÉCIMO: Los motivos de nulidad se encuentran taxativamente establecidos en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación”²⁷ (Quasar Nautica Expeditions S.A vs. Ocean Adventures S.A, 2009)

Como consecuencia estas características, los jueces se encuentran vedados de conocer respecto de cualquier hecho alegado, que no se enmarque dentro de las causales previstas en la ley, y carecen de competencia para conocer y resolver respecto de otros hechos. En este orden, me parece importante resaltar que la Ley Modelo UNCITRAL, en su artículo 34, establece como causales para solicitar la nulidad de un laudo arbitral, la inarbitrabilidad de la materia, y que la decisión adoptada sea contraria al orden público.

En nuestra legislación, las causales citadas de la Ley Modelo, no se encuentran previstas en la ley, en lo que refiere a la inarbitrabilidad de la materia, considero que si debería ser una causal de anulación del laudo, pero se requiere voluntad legislativa expresa, es decir una reforma al artículo 32 de la LAM, que la establezca como una nueva causal; en lo que refiere a la vulneración del orden público, considero que es una causal muy abierta, en cuanto el orden público es un concepto jurídico indeterminado, y que esta causal únicamente podría tener relevancia cuando nos encontremos frente a un laudo arbitral extranjero, sin embargo respecto de este tema, ya se encarga La Convención de Nueva York de 1958, y el actual Código Orgánico General de Procesos, en lo que refiere a la ejecución de laudos arbitrales.

Respecto de la segunda característica de las causales de nulidad, es decir, que las mismas se refieren únicamente a errores *in procedendo* más no a errores *in iudicando*, en primer lugar es importante destacar el criterio de las cortes al respecto, y en segundo lugar realizar un breve análisis de las causales de nulidad previstas en la ley.

En lo que refiere al criterio de las cortes, la Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha de 31 de marzo de 2010, dentro del caso Taminternacional Cia Ltda. vs. Fernando Albornoz, es clara al determinar que las causales previstas en la LAM, impiden al juzgador revisar el fondo del

²⁷ Este fue el mismo criterio de la Corte Provincial de Pichincha, en su Sentencia de fecha 10 de diciembre de 2008, dictada en el caso Olicorp S.A. v Masgas S.A.

asunto, consecuentemente, no existe posibilidad de que el Presidente de la Corte analice errores en la aplicación del derecho, o valoración de los hechos por parte del tribunal arbitral. La sentencia mencionada, en su parte pertinente señala:

“... Las causales para acudir a la acción de nulidad son restringidas si se las compara por cuestiones que podrían ser planteadas mediante un recurso de apelación o cualquier otra vía que habilite al juez para conocer el fondo de la controversia como un limitación que impide al juzgador revisar el fondo del asunto”.

En lo que respecta a las tres primeras causales, las mismas fundamentalmente se refieren a la garantía del principio de contradicción – inherente al debido proceso legal-, como principio fundamental del modelo adversarial, que se fundamenta en la idea de un enfrentamiento de partes iguales, donde frente a una alegación o petición, surge la refutación del contrario, lo que nos lleva a la idea del llamado “duelo como el contradictorio” de Canerlutti. (Decap Fernández, 2014)

La primera causal, se refiere a la falta de citación al demandado, en este sentido es importante resaltar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos²⁸, la citación con la demanda, es una solemnidad sustancial inherente a todo proceso. La citación con la demanda, permite el ejercicio pleno del derecho a la defensa, sin embargo esta causal exige dos requisitos adicionales para su configuración i) que el juicio se haya seguido en rebeldía ii) que se haya reclamado por la omisión al momento de intervenir en la controversia.

En lo que refiere a la segunda causal, el que no se haya notificado a una de las partes con providencias del tribunal, puede limitar el derecho a la defensa, en cuanto no se puede contradecir oportunamente lo que no se

²⁸ Código Orgánico General de Procesos: **Art. 107.-** Solemnidades sustanciales. Son solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos:

4. Citación con la demanda a la o el demandado o a quien legalmente lo represente.

4. Citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente; Norma consultada 20/03/2016.

ha notificado. De conformidad con el artículo 65 del Código de Orgánico General de Procesos, la notificación es:

“Es el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, de otras personas o de quien debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento expedido por la o el juzgador, todas las providencias judiciales.²⁹”

Resulta indispensable la notificación, como otra de las bases del principio de contradicción, Guillermo Lohmann, citado por la jurista Verónica Chiriboga, señala que “sin notificación apropiada no se produce una válida información de los actos respecto de los cuales hay posibilidad de ejercer un derecho.” (Chiriboga, 2012) Es menester recalcar el adagio “no hay nulidad sin perjuicio”, por lo que para que se configure esta causal, como motivo de nulidad del laudo, debe efectivamente haber coartado el derecho a la defensa de la parte que lo alega.

En lo que refiere a la tercera causal, el que no se hubiere notificado con la convocatoria a pruebas se encuentra contenido ya en la segunda causal de anulación del laudo, en cuanto con la falta de notificación con la convocatoria a prueba, se evidentemente se vulnera el derecho a la defensa de la parte que lo alega. Debemos resaltar que “En estricto derecho, en la audiencia de sustanciación las partes se dan por notificadas de todas las pruebas” (Chiriboga, 2012) , empero existen pruebas que pueden ser solicitadas posteriormente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación, llamadas diligencias para mejor proveer.

Adicionalmente, la norma prevé dos supuestos adicionales i) Cuando no se hubiere convocado una prueba solicitada ii) cuando a pesar de haber sido convocada no se hubiere practicado; estas causales también son violatorias del derecho a la defensa en cuanto si existen hechos que deben justificarse, y más aún cuando sirven de sustento para la teoría del caso de las partes, el hecho de que no se practiquen por causas imputables al tribunal, provocaría indefensión a las partes.

²⁹ Norma consultada 20/03/2016

La cuarta causal se refiere a los llamados vicios de incongruencia. La congruencia se entiende como una emanación del principio dispositivo (Véscovi, 1979). En razón de que el juez debe conocer y resolver específicamente sobre los puntos en virtud de los cuales se traba la *litis*. Los vicios de incongruencia son: *ultra petita*, *extra petita* y *citra petita*.

El jurista Santiago Andrade Ubidia, define los vicios en los que puede incurrir la sentencia: *ultra petita* se llama cuando se resuelve más de lo pedido; *citra petita*, cuando se deja de resolver una o más pretensiones de la demanda o las excepciones; y la *extra petita* cuando se decide puntos que no fueron materia del litigio, asimismo Vescoví señala que una sentencia es incongruente cuando decide más de lo que piden las partes (*ultra petita*), o fuera de lo pedido (*extra petita*), así como también cuando no se resuelve sobre todo lo pedido. (Véscovi, 1979)

Específicamente la cuarta causal se refiere únicamente a los vicios *ultra*, y *extra petita*, al respecto considero que esta causal tutela el derecho a la defensa, de manera que las partes no se esperan que la resolución, conceda más de lo solicitado, o resuelva en virtud de hechos distintos a los que se traba la *litis*, de los que las partes no tuvieron la oportunidad de defenderse y contradecir.

Finalmente, la quinta causal de nulidad del laudo fue incorporada en la codificación del 2005 de la Ley de Arbitraje y Mediación (Chiriboga, 2012), y se refiere a que se hayan violado los procedimientos pactados, o previstos en la ley, para la designación de los árbitros. Esta causal es relevante en cuando está en manos de los árbitros dictar la resolución que pondrá fin a la contienda. Las partes deben conocer cómo fueron elegidos los árbitros para poder oponerse a su designación en caso de considerarla perjudicial, y para garantizar la neutralidad del proceso. En caso de que se vulneren estos procedimientos, se puede afectar al derecho de las partes de ser juzgado por un "juez" – en este caso árbitro – independiente, imparcial y

competente, conforme garantiza el artículo 76 numeral 7 literal k) de la Constitución de la Republica³⁰.

Ninguna de las Causales antes mencionadas, permite al juez, o deja la puerta abierta para que el mismo, entre a conocer el fondo de la controversia, debiendo reiterar que las causales de nulidad se refieren a vicios *in procedendo*, ocurridos durante el procedimiento arbitral, que limiten o vulneren el derecho a la defensa de las partes, viciando de nulidad el resultado del arbitraje: el laudo arbitral.

1.4 Trámite: procedimiento ante la Corte Provincial de Justicia

El artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, luego de enumerar las causales para intentar acción de nulidad del laudo, señala el trámite a darse a la acción, disponiendo textualmente:

“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.

Quien interponga la acción de nulidad, **podrá solicitar al árbitro o tribunal arbitral que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo** pueda causar a la otra parte.

El árbitro o tribunal arbitral, en el término de tres días, deberán fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo.

³⁰ **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:

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente.

Norma consultada 23/03/2016

La caución deberá constituirse dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación.³¹"

(Subrayado en negrita me corresponde)

El trámite previsto en la norma para la acción de nulidad es sumamente rápido y sencillo. La acción debe plantearse ante el tribunal arbitral que emitió el laudo, dentro del término perentorio de diez días contados desde la fecha que se ejecutorio el laudo –una vez resueltos los recursos horizontales de ampliación y aclaración, o corregidos los errores tipográficos o de cálculo por parte del tribunal- ; dentro del término de tres días, el tribunal debe remitir el proceso al Presidente de la Corte Provincial de Justicia, quién tiene 30 días para resolver la acción. Adicionalmente, a petición de parte se puede suspender la ejecución del laudo, en ese caso el tribunal fijará el monto de la caución.

Fue motivo de discusión de las cortes y de la comunidad arbitral ecuatoriana, el trámite en que debía ventilarse la acción de nulidad, ya sea un trámite ordinario de conformidad con lo dispuesto en el Art. 59 del Código de Procedimiento Civil³², o un trámite especial. (Marchán, 2011).

Previo al pronunciamiento de la Corte Constitucional al respecto, las cortes solían determinar la aplicabilidad del Art. 59 del Código de Procedimiento Civil, determinando que el trámite en el que debía ventilarse la acción de nulidad, es el ordinario, en este orden, la H. Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, se pronunció al respecto en el caso Pacifictel S.A. vs. Negocios y Telefonía Nedetel S.A., señalando en la parte pertinente del fallo.

"En consecuencia, al no establecerse en la ley el procedimiento a seguirse frente tales acciones, lo que corresponde por el mismo mandato de la Ley, es su sustanciación en juicio ordinario, sin que pueda considerarse acertada , la interpretación por la cual ... dicha acción de nulidad merezca un trámite especial o sumarísimo como pretende pensarse.." (20 de agosto de 2007)

³¹ Norma consultada 25/03/2016

³² **Art. 59.**- Toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario. Norma consultada 15/03/2016.

Sin embargo, la Resolución de la Corte Constitucional para el periodo de Transición No. 8, publicada en el Registro Oficial, Suplemento 605 de 4 de junio de 2009, resolvió que el trámite a seguirse en este tipo de acciones es el trámite especial, establecido en el Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación³³, en cuanto sostuvo:

“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 que estas causas pueda aplicarse el Art. 59 del Código de Procedimiento Civil...”

Respecto del trámite a darse a la acción de nulidad del laudo, el autor Fausto Albuja Guarderas, señala:

“El procedimiento de la acción de nulidad es especial, ésta debe ser presentada ante el árbitro o tribunal que dictó el laudo, dentro del término de diez días desde la fecha en que se ejecutorió el laudo; a su vez, dichos árbitros o tribunal deben remitir el proceso al presidente de la Corte Provincial quien conocerá y resolverá la causa dentro del término de treinta días desde la fecha en que avocó conocimiento de la misma.” (Albuja Guarderas, 2014)

Desde mi punto de vista, resulta lógico que el trámite en el que se ventile la acción de nulidad sea especial, pues sería casi imposible que el Presidente de la Corte Provincial respectivo, dicte sentencia dentro del término de treinta días si el proceso se ventila en trámite ordinario, tomando en consideración que es el trámite menos ágil, en cuanto prevé los términos más largos, en aras de tutelar el derecho a la defensa de las partes. En la actualidad las cortes provinciales, sustancian las acciones de nulidad en trámite especial y no en juicio ordinario. (Marchán, 2011) .

³³ Norma Consultada 30/03/2016

2) Recursos sobre la sentencia del Presidente de la Corte Provincial: Análisis Constitucional y Legal

2.1 La acción de nulidad: un proceso de conocimiento

La insuficiente redacción del artículo 31 de la LAM³⁴, ha dejado muchas de las preguntas en lo que refiere a la sustanciación de la acción de nulidad en nuestra legislación, entre ellas la existencia de recursos legales dentro de los procesos de nulidad del laudo arbitral, resultan ser perjudiciales para la institución del arbitraje.

Previo a tratar los recursos que caben contra la sentencia que resuelve la acción de nulidad del laudo arbitral, resulta trascendental discutir si el proceso en el que se ventila la acción de nulidad es un proceso de conocimiento, pues dependiendo de la respuesta a esta interrogante, tendremos un panorama más claro respecto de los recursos que caben contra la sentencia que resuelve la mentada acción.

En primer lugar, siguiendo el criterio del autor ecuatoriano Fausto Albuja Guarderas, es necesario tener en cuenta lo siguiente i) El procedimiento arbitral termina con la expedición del laudo, consecuentemente la acción de nulidad no es parte del procedimiento arbitral, tiene su propio procedimiento. ii) La acción de nulidad se sustancia en un trámite distinto, ante los tribunales de justicia estatales, y el juez que resuelve la causa no es jerárquicamente superior al tribunal arbitral iii) El objeto del proceso es distinto, en el arbitraje, los árbitros resuelven el fondo de determinada controversia, y en la acción de nulidad el juez resuelve respecto de la validez del laudo arbitral. (Albuja Guarderas, 2014)

Ahora bien, existen dos corrientes respecto de si el proceso de la acción de nulidad es un proceso de conocimiento. La primera corriente, con fuerte influencia arbitralista, sostiene que no nos encontramos frente a un proceso de conocimiento, y por consiguiente no cabe la interposición de recursos de apelación y casación, sobre la sentencia de la Presidencia de la Corte

³⁴ Norma Consultada 03/04/2016

Provincial, y la segunda, que afirma que la acción de nulidad, es un proceso de conocimiento, y por consiguiente se pueden interponer recursos tanto de apelación como de casación.

En lo que refiere a la primera tesis, una parte de la doctrina y fallos de las cortes, han determinado que no se trata de un proceso de conocimiento en cuanto i) La acción de nulidad una acción incidental al procedimiento arbitral, ii) las partes al someterse voluntariamente a arbitraje mediante la cláusula arbitral, sustraen la controversia de la jurisdicción común, impidiendo a la Función Judicial conocer las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, iii) el laudo arbitral tiene carácter de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y es inapleable e inimpugnable iv) el trámite es un trámite sumarísimo, no de conocimiento, en el que se analizan errores en el procedimiento arbitral. (Albuja Guarderas, 2014)

En este orden de ideas, debo manifestar que el hecho de que las partes se sometan a arbitraje, justamente impide que los jueces conozcan y resuelvan las cuestiones litigiosas resueltas por los árbitros mediante el laudo arbitral, pero a su vez, garantizando el derecho a la tutela judicial efectiva, les otorga la facultad a las partes de que la justicia ordinaria sea quien resuelva la validez o invalidez del laudo arbitral dictado. Mediante la acción de nulidad, reitero, los jueces resuelven una pretensión diametralmente distinta, la validez del laudo arbitral dictado, no conocen "las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje" puesto que se encuentran vedados de conocer el fondo de la controversia, y el hecho de que el trámite³⁵ en el que debe resolverse la acción de nulidad sea sumario, no significa que no sea un proceso de conocimiento, pues comparto el criterio del autor Fausto Albuja, quien sostiene:

"Al respecto, es preciso dejar claro que el procedimiento que se le da a una causa no necesariamente determina que el proceso sea o no de conocimiento. En efecto, no es posible afirmar que solo los juicios tramitados por la vía ordinaria o verbal sumaria son de conocimiento. La acción de nulidad tiene un trámite especial y

³⁵ El trámite, según el jurista Guillermo Cabanellas, proviene del latín *trames*, *tramitis*, que quiere decir camino, "Judicialmente. Cada una de las diligencias, y todas ellas consideradas como requisitos formales del procedimiento, que la ley o la curia imponen para resolver en una causa civil (...)", por lo tanto el procedimiento es el camino, es la serie ordenada de actos a seguirse para la consecución de la causa. (Cabanellas, 1979)

sumarísimo y a pesar de ello es un proceso declarativo de derechos y consecuentemente de conocimiento.”

Existen diversas clasificaciones de proceso, para Francesco Carnelutti, el proceso civil contencioso³⁶ puede ser: cognitivo (o de conocimiento) ejecutivo y cautelar. Siguiendo al mismo autor el proceso de conocimiento fija al proceso en función de conocer, resaltando que conocer y juzgar, en lógica, son lo mismo. (Carnelutti, 2000). En definitiva en los procesos de conocimiento, el juez declara la existencia o no de un derecho. En los procesos de ejecución no se discute la existencia de un derecho, que implique que el juez declare quién tiene la razón, sino que se pretende el cumplimiento de una obligación determinada y clara, pero que no ha sido satisfecha, y por su parte los procesos cautelares, buscan prevenir daños que el litigio pueda acarrear, se producen previo al juzgamiento. (Devís Echandía, 2012)

De los conceptos citados, definitivamente podemos colegir que la acción de nulidad constituye un proceso de conocimiento. Pues en este proceso, en palabras del autor Fausto Albuja:

“(…) se discute el derecho para que el laudo arbitral sea declarado nulo. En efecto, por un lado estará la parte que argumenta que el laudo arbitral está viciado de nulidad (...) por otro, la parte que considera que el laudo es válido en tanto en cuanto no se cumple ninguno de los requisitos contemplados en dichas causales. (...) Es decir, existe un proceso judicial en que el juez decide y determina quién tiene la razón con base en los argumentos de las partes.”

Si bien es cierto, que el arbitraje debe evitar ser trasladado a la justicia ordinaria, y que resulta totalmente legítimo que los doctrinarios pro arbitraje, pretendan evitar a toda costa la judicialización del mismo, debe realizarse un análisis jurídico, no parcializado, de la norma contenida en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación³⁷, pues si bien el laudo arbitral es “inapelable” la Sentencia que resuelve el recurso de nulidad, no lo es. Lo mejor sería que el proceso de impugnación de la validez del laudo se

³⁶ Proceso de contencioso es aquel en el que existe contradicción, a diferencia del proceso voluntario.

³⁷ Norma consultada 05/03/2016

resuelva en una primera y única instancia, sin embargo nuestra ley, no se ocupa de este asunto, siendo muy abierta la única norma que regula la acción de nulidad, lo que ha dado lugar a que las cortes den diversas aplicaciones al mismo, y deja la puerta abierta al juez, para que discrecionalmente decida qué recursos caben sobre la misma, lo que podría perjudicar o favorecer a una de las partes.

2.2 Recursos: óptica del derecho al doble Conforme

En este punto analizaré qué recursos proceden bajo nuestra legislación, en contra de la sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial que resuelve la acción de nulidad del Laudo Arbitral. En primer lugar vale recalcar que nada está dicho, existen diversas posturas respecto de este asunto, a continuación realizare un análisis no parcializado respecto de la procedencia de los recursos de apelación, de casación, un breve análisis de la procedencia de la acción extraordinaria de protección en contra de la mentada sentencia.

2.2.1 Recursos Horizontales: aclaración y ampliación

Nuestra legislación reconoce los recursos horizontales de aclaración y ampliación. En la Sección 8va del Código de Procedimiento Civil, "De las sentencias, autos y decretos", en su artículo 281³⁸, señala que los jueces no pueden revocar la sentencia dictada, ni alterar su sentido, pero que a petición de parte puede aclararla o ampliarla, siempre que se lo solicitaré dentro de los tres días, a su vez en el artículo siguiente, se determina la procedencia de los recursos de ampliación y aclaración, permitiéndome citar textualmente el Art. 282 de la norma antes citada:

"Art. 282.- La aclaración tendrá lugar si la sentencia fuere oscura; y la ampliación, cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas. La negativa será debidamente fundamentada.

³⁸ Código de Procedimiento Civil **Art. 281.-** El juez que dictó sentencia, no puede revocarla ni alterar su sentido en ningún caso; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro de tres días. Norma consultada 05/03/2016.

Para la aclaración o la ampliación se oírá previamente a la otra parte.³⁹”

De la misma forma, el COGEP, en sus artículos 250 y 251,⁴⁰ reconoce los recursos de aclaración y ampliación, y en su artículo 253, los define como:

“La aclaración tendrá lugar en caso de sentencia oscura. La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.⁴¹”

En este orden, la aclaración procede cuando la sentencia fuere oscura, es decir cuando existan en ella puntos contradictorios, o incluso inentendibles, y por su parte la ampliación procede cuando no se hubiere resuelto respecto de alguno de los puntos controvertidos. La jurisprudencia ha determinado, que los recursos de aclaración y ampliación son distintos, así la finalidad de la aclaración es que se subsane la falta de claridad conceptual en la que puede incurrir el juzgador en sentencia, y que genere dudas razonables respecto en la adopción de la decisión final del fallo, mientras la ampliación, tiene la finalidad de suplir cualquier omisión en la que incurra el juzgador en sentencia, en lo que refiere a la pretensión o alegación transcendental de las partes; ambos recursos no pueden alterar el alcance o contenido de la decisión. (ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN, 2013)

En razón de lo expuesto, considero que no existen dudas que los recursos horizontales de aclaración y ampliación caben sobre la sentencia que resuelve la acción de nulidad, lo que no importa mayor problema, en cuanto no modifica en lo absoluto lo decidido en sentencia.

2.2.2 Recurso de Apelación: procedencia y competencia.

La procedencia del recurso de apelación en contra de la sentencia que resuelve la acción de nulidad, es uno de los mayores problemas con los que se tropieza el normal desenvolvimiento de la acción de nulidad, y es el inicio

³⁹ Norma consultada 04/04/2016

⁴⁰ Norma consultada 04/04/2016

⁴¹ Norma consultada 04/04/2016

para que la sustanciación del proceso se alargue, y reste celeridad la ejecución y cumplimiento de un laudo dictado válidamente.

Para el jurista Juan Manuel Marchán, la comunidad jurídica se ha centrado por años en debatir asuntos procesales – que reconoce son de vital importancia- , pero no se ha discutido el verdadero objeto de la acción de nulidad, y porqué un laudo merece ser anulado. (Marchán, 2011) Sin embargo, en este punto, si bien discutiré los tintes procesales que han marcado la existencia de recursos en contra de la sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial, nuestra legislación en este punto deja abierto un gran punto de debate respecto de procedencia de este recurso, en relación a la aplicación del derecho al doble conforme, garantizado en el Art. 76 numeral 7 literal m) de la Constitución de la República⁴².

La Constitución del 2008 en su artículo 1⁴³, proclama que “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia”. El jurista Ramiro Ávila, señala que los tipos de estado son: i) el estado absoluto en el que el derecho está sometido al poder, ii) estado de derecho, en el que el poder está sometido al derecho, y afirma que este a su vez tiene dos modalidades, en la primera modalidad, el derecho es entendido exclusivamente como la ley (estado legal de derecho), y en la segunda, que tiene una concepción más amplia, el derecho se lo puede entender como el sometimiento a la Constitución, que es lo que Luigi Ferrajoli llamaría “estricta legalidad”, pues en el “estado de derechos”, todo poder, tanto público como privado se encuentra sometido a los Derechos. (Ávila Santamaría, 2008)

Los autores Gascón Abellán y García Figueroa, señalan que el modelo de estado legal de derecho, llevo a que las constituciones terminen siendo:

“(…) meras cartas políticas y los proclamados derechos constitucionales solo tendrían eficacia jurídica en medida que la ley los reconociera y con el alcance que la ley les diera, de manera que no constituirían un límite a la legislación” (Gascón Abellán & García Figueroa, 2005)

⁴² Norma Consultada 05/04/2016

⁴³ Norma Consultada 05/04/2016

En este orden, vale hacer un paralelismo del modelo de estado constitucional de derechos, con el estado legal de derecho que regía previo a la Constitución de Montecristi: i) El estado legal de derecho se caracteriza por el reconocimiento del carácter normativo superior de la ley; por su parte el modelo de Estado constitucional de derechos, se caracteriza por el reconocimiento normativo superior de la Constitución; ii) En el estado legal de derecho, la concreción normativa de la Constitución se da a través de la ley, mientras que en el modelo actual, la aplicación de la constitución es directa, como norma jurídica. (Zabala Egas, 2009)

Entonces, como rasgo fundamental del modelo de Estado ecuatoriano, todos los derechos se rigen por el principio de eficacia directa, consagrado en el Art. 11 numeral 3 de la Constitución de la Republica, que dispone:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.⁴⁴”

Asimismo, el pleno de la Corte Constitucional para el periodo de transición, en la consideración tercera de la sentencia publicada en el R.O No 466 de 13-11-2008, determinó:

“La finalidad primordial del nuevo estado ecuatoriano es la garantía de los derechos fundamentales, los cuales, de conformidad con los numerales 3 y 5 del art 11 de la constitución son de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, jueza o juez, sin que puedan establecerse o exigirse requisitos adicionales, o argüirse falta de ley para justificar su desconocimiento o falta de aplicación”

Los jueces, sometidos a los derechos constitucionales como todo funcionario del poder público, y como protagonistas principales del modelo de estado, al ser garantes de los derechos fundamentales y creadores de derecho, se encuentran obligados a aplicar los derechos garantizados en la

⁴⁴ Norma Consultada 05/04/2016

Constitución, sin que sea necesaria la interposición de voluntad legislativa alguna, ni se pueda argüir falta de ley para su aplicación.

Ahora bien, entre uno de esos derechos fundamentales de aplicación directa e inmediata, se encuentra: el derecho al doble conforme, consagrado en el artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución de la República⁴⁵, que ordena que en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos, se asegurará el derecho a recurrir del fallo o resolución, como garantía básica del derecho a la defensa y el debido proceso legal.

Considero que, aún si se realiza un análisis ligero - no extensivo, únicamente del artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y se argumenta que no existe norma jurídica alguna que prevea recurso de apelación de la sentencia que resuelve respecto de la acción de nulidad, además de ser un argumento legalista, sin relevancia jurídica en el contexto constitucional, con la simple aplicación de las obligaciones constitucionales puestas de manifiesto, es procedente el recurso de apelación, en aplicación directa del doble conforme, a modo "obligación inmediatamente exigible" (Prieto Sanchís, Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial, 2007), pues se trata de una norma suprema y su eficacia no depende de la interposición de ninguna voluntad legislativa alguna.

Tampoco se puede pasar por alto lo dispuesto en los Arts. 28 y 29 del Código Orgánico de la Función Judicial⁴⁶, que en su parte pertinente disponen:

⁴⁵ **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:

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

Norma Consultada 05/04/2016

⁴⁶ Código Orgánico de la Función Judicial Publicado en el Registro Oficial S 544 con fecha 09 de marzo de 2009.

“Art. 28.- PRINCIPIO DE LA OBLIGATORIEDAD DE ADMINISTRAR JUSTICIA.- Las juezas y jueces, en el ejercicio de sus funciones, (...)

No podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma u oscuridad de las mismas, y deberán hacerlo con arreglo al ordenamiento jurídico, de acuerdo a la materia.

Los principios generales del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia, servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento legal, **así como también para suplir la ausencia o insuficiencia de las disposiciones que regulan una materia.**^{47”}

(Resaltado en negrita me corresponde)

“Art. 29.- INTERPRETACION DE NORMAS PROCESALES.- Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material.

Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.

Cualquier vacío en las disposiciones de las leyes procesales, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas, con los principios constitucionales y generales del derecho procesal.^{48”}

(Subrayado en negrita es mío)

De las normas antes citadas se puede concluir: los jueces que conozcan respecto de la interposición de un recurso de apelación de la sentencia que resuelva la acción de nulidad, tienen la obligación de administrar justicia, y al interpretar la ley procesal, ante vacío de ley se encuentran obligados a aplicar principios constitucionales, como es el derecho al doble conforme, en aras de respetar al derecho a la defensa de las partes, más

⁴⁷ Norma Consultada 05/04/2016

⁴⁸ Norma Consultada 05/04/2016

aun si consideramos que se trata de un proceso de conocimiento, en el que se debe evitar la declaratoria de nulidades, garantizando ampliamente el derecho a la defensa de los contendientes.

Sin embargo, estas normas me permiten realizar un análisis más amplio, pues si bien la Ley de Arbitraje y Mediación no contempla la existencia de recursos contra la sentencia que resuelve la acción de nulidad, el artículo 37⁴⁹ del mismo cuerpo normativo, establece que el Código Civil es norma supletoria de la Ley de Arbitraje y Mediación, es decir que el legislador, ante vacío legal, nos remite expresamente a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, y a su vez, este cuerpo normativo, en su artículo 321, dispone:

“Art. 321.- Siempre que la ley no deniegue expresamente un recurso se entenderá que lo concede.^{50”}

Es decir, que existe norma expresa, que determina la procedencia del recurso de apelación, al no existir norma alguna en la Ley de Arbitraje y Mediación, que determine que la sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial que resuelve el recurso de nulidad es inapelable, sin que sea razonable que se pretenda colegir que porque el laudo arbitral es inapelable de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la LAM, la sentencia que resuelve el recurso de nulidad también lo es; sin embargo, han existido fallos en que la Corte Nacional ha resuelto en este sentido, conforme analizaré en el último capítulo de este trabajo.

Considero que los jueces, tienen argumentos suficientemente válidos para determinar que es procedente el recurso de apelación en contra de la sentencia que resuelve la acción de nulidad, más aun con las disposiciones constitucionales vigentes, y lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial 256, debo resaltar a que simple vista parece que la regla general sigue siendo la misma, en cuanto la norma reza:

⁴⁹ Norma Consultada 05/04/2016

⁵⁰ Norma Consultada 05/04/2016

“Art. 256.- Procedencia. El recurso de apelación procede contra las sentencias y los autos interlocutorios dictados dentro de primera instancia así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso. Se interpondrá de manera oral en la respectiva audiencia.^{51”}

(Resaltado en negrita es mi autoría)

En este orden el primer supuesto en el que procede el recurso de apelación, es en contra de sentencias (o autos interlocutorios) dictados en primera instancia; el primer supuesto sigue la regla general respecto de que el recurso cabe contra cualquier sentencia dictada en primera instancia – respecto de que la Sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial sea de primera instancia, este tema será abordado más adelante- Ahora bien el autor Carlos Ramírez sostiene que por el segundo supuesto “así como contra las providencias con respecto a las cuales la ley conceda expresamente este recurso” del artículo 256, la regla general se ha invertido; sin embargo yo opino que la norma es clara y que únicamente se requiere que la ley conceda este recurso cuando no se trate de sentencias o autos interlocutorios dictados en primera instancia.

En la actualidad, mientras no existan pronunciamientos de las cortes con fundamento en el COGEP, la regla general es que mientras la ley no deniegue expresamente el recurso, el recurso de apelación es procedente en contra de cualquier sentencia, en garantía del derecho al doble conforme de las partes; sin embargo ¿Es el Presidente de la Corte Provincial el juez de primera instancia en la sustanciación de la acción de nulidad?

En razón de lo expuesto, más discutible me parece establecer qué órgano tiene competencia para conocer un recurso de apelación propuesto ante una sentencia dictada por la Presidencia de la Corte Provincial; por ello es importante el criterio de la Corte Nacional, en su fallo de fecha 1 de septiembre de 2009, dentro del recurso de casación No. 327-2009,

⁵¹ Norma Consultada 05/04/2016

interpuesto dentro del proceso de nulidad de laudo arbitral iniciado por la compañía MASGAS en contra de OILCORP S.A., en el fallo la Corte afirmó que en el proceso de nulidad deben agotarse dos instancias, previo a la casación, y para determinar quién es el competente para conocer el recurso trajo a colación el antigua Ley Orgánica de la Función Judicial⁵², ya derogado y sustituido por el Código Orgánico de la Función Judicial, que en su artículo 24 determinaba que cuando existan procesos cuya primera instancia este a cargo del Presidente de la Corte Provincial de Justicia, la segunda instancia estará a cargo de una de las Salas de la Corte Provincial Justicia, y que en ausencia de la norma debía estarse a lo dispuesto en el artículo 76 numeral 7 literal m) de la Constitución.

Al respecto debo manifestar, que no nos podemos fundamentar en una norma derogada para determinar que órgano es competente para conocer el recurso de apelación, más aun cuando existe voluntad legislativa posterior de derogar la norma contenida en el artículo 24 del Código de la Función Judicial, se podría considerar que el juez se arroga funciones del legislativo creando una instancia no prevista en la ley. Sin embargo aún nos queda lo dispuesto en el artículo 208 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dispone que a las Cortes Provinciales les corresponda conocer, en segunda instancia los recursos de apelación, pero sigue sin respuesta la pregunta ¿Es el Presidente de la Corte Provincial juez de primera instancia en la sustanciación del recurso?

Con lo expuesto, quiero dejar en evidencia que existen suficientes argumentos jurídicos para establecer que bajo nuestro ordenamiento jurídico y constitucional, es procedente el recurso de apelación contra la sentencia que resuelve la acción de nulidad. No hay una respuesta de quien es el órgano competente para conocer el recurso, y con la redacción

⁵² Legislación Histórica Publicada en el Registro Oficial No 636 con fecha 09 de marzo de 2009 - Derogada por el Código Orgánico de la Función Judicial Publicado en el Registro Oficial S 544 con fecha 09 de marzo de 2009.

del artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación⁵³, los jueces tienen amplia discrecionalidad para determinar la sustanciación de la acción de nulidad.

Sin embargo, existen tesis arbitralistas, que se apoyan en que la naturaleza del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, y que por ello es un proceso que se rige por el principio de celeridad, y consecuentemente debe evitarse su "judicialización", pues no es aceptable que las partes que se sometieron voluntariamente a acudir a arbitraje terminen litigando en las cortes estatales. Este argumento es totalmente legítimo, y considero que con la sustanciación de la acción de nulidad se afecta al arbitraje como MASC, pero so pretexto del principio de celeridad, no podemos dejar de aplicar una garantía constitucional como el doble conforme, por lo tanto, mientras no exista norma expresa, que regule los recursos que caben contra la sentencia que resuelve la acción de nulidad, y que garantice que el arbitraje cumpla su finalidad como medio alternativo de solución de conflicto, la discusión seguirá abierta.

2.2.3 Recurso extraordinario de Casación

El inciso primero del artículo 2 de la Ley de Casación⁵⁴, en lo que refiere a la procedencia del recurso, determina:

"Art. 2.- PROCEDENCIA.- El recurso de casación procede **contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento,** dictados por las cortes superiores, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.⁵⁵"

A su vez el artículo 266 del Código Orgánico General de Procesos, dispone:

"**Art. 266.-** Procedencia. El recurso de casación procederá contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes Provinciales de Justicia y por los Tribunales Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo.⁵⁶"

⁵³ Norma consultada 08/04/2016.

⁵⁴ Ley de Casación. Publicada en el Registro Oficial S 229 con fecha 10 de marzo de 2004. Codificación No. 2004-01

⁵⁵ Norma consultada 06/04/2016

⁵⁶ Norma consultada 06/04/2016

Conforme señalé en líneas anteriores, la acción de nulidad constituye un proceso de conocimiento, en cuanto el juez, conoce y resuelve respecto de la existencia de determinados vicios en el procedimiento arbitral, que determinarán la validez o no del laudo arbitral dictado.

En lo que refiere a que las sentencias susceptibles de recurso de casación, son procedentes únicamente las provenientes de las Cortes Provinciales; entonces, para la procedencia del recurso será necesario que se haya interpuesto recurso de apelación de la sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial, y que dicho recurso haya recaído en una de las Salas de la Corte Provincial, de lo contrario el recurso de casación no procedería, en cuanto el Presidente de la Corte Provincial, no es un juez de segunda instancia, y pese a ser parte de este órgano, no es una de sus salas competentes para conocer recursos de apelación.

La posición de la Corte Nacional (ex H. Corte Suprema de Justicia) a lo largo de los años ha sido cambiante y contradictoria en lo que refiere a la procedencia del recurso de casación en contra de la sentencia que decide respecto de la acción de nulidad del laudo arbitral.

En procesos tales como los signados con los números: 546-10, R.O. Suplemento 350, 18 de octubre de 2012, (Municipio de Quito vs. Compañía Constructora GAR S CC), 57-07 R.O. Suplemento 416, 25 de marzo de 2013(Transinvest S. A., Seguranza Cía. Ltda., y Metromedical Cía. Ltda., en contra de GMI Financial Group INC.), 113-06 R.O. Suplemento 542, 6 de marzo de 2009. La Corte Nacional ha admitido los recursos de casación propuestos en contra de las sentencias que resuelven la acción de nulidad del laudo arbitral, tomando en consideración que son procesos de conocimiento, e incluso llegando a sostener que la acción de nulidad se resuelve en la vía ordinaria.

Sin embargo en otros tantos procesos la Corte Nacional, ha decidido que el recurso de casación no es procedente, con fundamento en tres puntos resumidos por el jurista Fausto Albuja:

- i. No podría considerarse a la acción de nulidad del laudo arbitral como un proceso de conocimiento (...) toda vez que nace a partir de un laudo emitido dentro de un proceso arbitral al que las partes se sometieron voluntariamente, es decir, la acción de nulidad es dependiente del proceso arbitral. Esta relación señala la Corte, se refleja inclusive en el hecho de que el laudo arbitral no puede ser objeto de impugnación alguna, lo cual también impediría que la resolución dictada dentro de proceso de nulidad de laudo arbitral pueda ser recurrida.
- ii. La acción de nulidad no es un proceso de conocimiento en tanto en cuanto no resuelve los asuntos de fondo discutidos en el proceso arbitral, aún más, la Corte señala que la declaración de derechos la hicieron los árbitros en el laudo arbitral y que consecuentemente no sería posible que tal declaración se de en la acción de nulidad.
- iii. La acción de nulidad no es un proceso de conocimiento pues es un procedimiento sumarísimo en el que se revisa la legalidad del proceso arbitral. (Albuja Guarderas, 2014)

Estos criterios se desarrollan en las sentencias dictadas por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, dentro del juicio signado con el No. 327-2009, caso Masgas vs. Oilcorp S.A. Sentencia de 01 de septiembre de 2009, y en la sentencia dictada dentro del dentro del juicio de nulidad de laudo arbitral No. 168-2012.

Respecto de las sentencias antes citadas, es muy importante lo sentado por la Corte Constitucional en su sentencia No. 124-15-SEP-CC, dictada dentro de la acción extraordinaria de protección presentada por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, y la Procuraduría General del Estado, en contra del auto que niega el recurso de hecho presentado, en cuanto a la negativa de la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia, de calificar el recurso de casación planteado de la sentencia que resuelve el recurso de apelación de una acción de nulidad.

Dentro del caso en mención, los jueces provinciales señalaron que los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que

establezca dicha ley, y por consecuencia lógica, es que se encuentra negado el recurso de casación y recurso de hecho en contra de la sentencia que resuelve el recurso de nulidad; al respecto la Corte Constitucional reconoce que no existe otro recurso en contra del laudo arbitral, y que el único mecanismo de control judicial ordinario es la denominada acción de nulidad, prevista en el Art. 31 de dicho cuerpo normativo, sin embargo señala:

“Sin embargo no deja de llamar la atención a la Corte Constitucional que los jueces provinciales, en su decisión, hayan formulado una posible relación entre la imposibilidad de recurrir mediante una apelación de un laudo arbitral frente a la posibilidad de presentar un recurso de casación en contra de la sentencia que fue dictada en segunda instancia por la propia Primera Sala el 09 de febrero de 2011, al resolver la acción de nulidad planteada” (Sentencia No.124-15-SEP-CC, 2015)

La Corte Constitucional en el caso en mención, razono que no se puede establecer una relación entre la imposibilidad de recurrir del laudo, y extender los efectos de esta cualidad, a la sentencia que resuelve una acción de nulidad, concluyendo que con la negativa de la Corte Nacional de conceder el recurso de apelación, se vulnero el derecho a la defensa del Ministerio de Transporte y Obras Públicas. (Sentencia No.124-15-SEP-CC, 2015)

Consecuentemente, pese a que no existe una sola postura por parte de la Corte Nacional de Justicia, respecto de la procedencia o no del recurso de casación sobre la sentencia que resuelve la acción de nulidad del laudo arbitral, si bien en la práctica el admitir a trámite este recurso no hace más que demorar la resolución en cuanto a la validez o invalidez del laudo arbitral, bajo nuestra legislación, nuevamente se encuentra abierta la puerta para presentar recurso de casación.

3) Necesidad de Reformar el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación: inapelabilidad e inimpugnabilidad de la sentencia

En relación lo expuesto, hemos visto que los principales inconvenientes en relación a la sustanciación de la acción de nulidad se encuentran en la jurisprudencia contradictoria de las cortes, en cuanto al trámite en que debe sustanciarse, y la determinación de los recursos que proceden en contra de la sentencia que resuelve la acción de nulidad.

Como se puede observar, no nos podemos fiar en que las Cortes con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, resuelvan todos los conflictos de interpretación de la acción de nulidad, debido a la amplia discrecionalidad que la norma contenida en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación⁵⁷, brinda a los jueces para decidir. Por ello lo más sano para el arbitraje, y que permitiría que cumpla con sus objetivos como Medio Alternativo de Solución de Conflictos, sería una reforma al citado artículo.

Con la reforma en 2005 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se terminó definitivamente el problema de determinar si el medio de impugnación del laudo previsto en el artículo 31 de la LAM, era una acción o un recurso, de la misma forma los legisladores deben preocuparse por introducir una reforma que determine que la acción de nulidad se resuelve en instancia única, y que la sentencia dictada por la Presidencia de la Corte Provincial correspondiente, es inimpugnable e inapelable, al igual que el laudo arbitral.

Considero que solo de esta manera se terminarían las discusiones entre los arbitralistas, procesalistas ortodoxos y las contradicciones entre las cortes, dando de esta manera más certeza y seguridad a las personas que se someten arbitraje, y limitando totalmente la discrecionalidad de los jueces en cuanto a la interpretación de la norma, de tal manera que se pueda administrar justicia, estando completamente seguros de que el juzgador no podrá perjudicar o favorecer a una de las partes en contienda, esto lo

⁵⁷ Norma consultada 08/04/2016

señalo en cuanto no es de admirarse que en la actualidad las cortes estatales tienden a favorecer los intereses del Estado cuando es parte de un proceso, y que una norma discrecional únicamente permite inseguridad para las partes en litigio.

CAPÍTULO TERCERO:

LA JUSTICIA ORDINARIA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS: PARALELO CON LA JUSTICIA ARBITRAL

1) El Código Orgánico General de Procesos: Objetivos, Juicio

Una vez analizados los principales problemas con los que se tropieza la sustanciación de la acción de nulidad, como el medio de intervención de las cortes estatales en el arbitraje por antonomasia, procederé a analizar la implementación del nuevo sistema procesal ecuatoriano, que busca transformar la administración en la justicia del país a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Orgánico General de Procesos, este análisis se lo realizara comparativamente con el arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, en aras de determinar las posibles ventajas o desventajas del sistema de justicia ordinario, sobre el sistema arbitral, principalmente desde la perspectiva de la celeridad y efectividad de los procesos.

1.1. Objetivos del COGEP: Transformación de la Justicia

En el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015, fue publicado el Código Orgánico General de Procesos ecuatoriano, código que deroga en su totalidad el Código de Procedimiento Civil, la Ley de Casación, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y determinadas disposiciones del Código Orgánico de la Función Judicial, del Código Orgánico Tributario, del Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia, del Código Civil, de la Ley de Arbitraje y Mediación y de la Ley de Propiedad Intelectual y Notarial, entre otras.

Para la correcta socialización, y por las reformas trascendentes que introduce este cuerpo normativo, el mismo entrará en vigencia el 23 de mayo de 2016, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Final Segunda del Código.

La finalidad del Código Orgánico General de Procesos, es modernizar la administración de justicia, introduciendo un sistema oral de solución de

conflictos, y dejando después de siglo y medio de vigencia, el antiguo sistema formal y escrito de administración de justicia heredado de los españoles en el año de 1855. (Ramírez Romero, 2015) Con este nuevo modelo se busca solucionar los conflictos de la administración de justicia. Por ello el Concejo de la Judicatura ha señalado que con la vigencia de este código se busca una transformación en la administración de justicia positiva, en aras de garantizar a los ciudadanos un pleno acceso a la justicia, en términos más cortos, y permitiendo mucho más dinamismo y relación entre el juez y las partes.

Los principios rectores del Código Orgánico General de Procesos, son fundamentalmente, la oralidad, la intermediación, concentración, y para efectos de este estudio, la celeridad en la administración de justicia es trascendental.

Respecto de la celeridad, este es uno de los principios sustantivos de la administración de justicia, que se introdujo con la entrada en vigencia de la Constitución de Montecristi y que con la vigencia y aplicación del Código Orgánico General de Procesos, busca hacerse efectivo en el sistema de justicia ecuatoriano.

El jurista Carlos Ramírez, resalta que Couture ya decía que "en el proceso, el tiempo es sinónimo de justicia (...) quien dispone de él tiene en la mano las cartas del triunfo, mientras que quien no puede esperar debe saberse de antemano derrotado." (Ramírez Romero, 2015), este principio se concreta y se vuelve real y efectivo a través de la implementación de otros principios rectores garantizados en el COGEP, especialmente la concentración, reducción de términos, simplificación de trámites, y en el establecimiento del principio de preclusión.

En relación a la concentración, el COGEP, en aras de cumplir con este objetivo, supone la reunión de la mayor cantidad de actos procesales en una sola etapa procesal, con la finalidad de acortar lo más posible la duración y desarrollo del proceso, siguiendo el criterio del mismo autor,

Carlos Ramírez, la concentración se puede evidenciar en la introducción de la audiencia preliminar, al respecto el autor sostiene:

(...) este principio se materializa a través de la definición clara de las tres fases del proceso y particularmente con la introducción en nuestro país de la audiencia preliminar. Ésta, aparte de ser instrumento esencial de la institucionalización de la oralidad en el procedimiento ecuatoriano, pretende la unificación de múltiples actos procesales en un solo momento. (...) a través de una única audiencia, deberá promover varios actos procesales simultáneos: la verificación del cumplimiento de los presupuestos procesales; el planteamiento y resolución de excepciones previas; la conciliación entre las partes; el saneamiento del proceso frente a posibles nulidades; el anuncio y calificación de las pruebas que se van a llevar a cabo posteriormente; (...) (Ramírez Romero, 2015)

En relación al principio de preclusión procesal, principio ya vigente con el Código de Procedimiento Civil, es relevante en cuanto a la celeridad del proceso, ya que permite el saneamiento del mismo, una vez precluida la etapa procesal correspondiente.

En relación a la unificación de procedimientos el COGEP permite la supresión de trámites y la eliminación de incidentes; faculta al juez para resolver los que subsistan en la misma etapa procesal. En materia de procedimientos de los casi 80 procesos y procedimientos hoy vigentes se reducen a 5 generales: El ordinario, el sumario, el ejecutivo, el voluntario y el monitorio. (Ramírez Romero, 2015)

1.2. Breve reseña de las reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación

El Código Orgánico General de Procesos introdujo varias reformas importantes a la Ley de Arbitraje y Mediación, entre ellas podemos encontrar las siguientes:

1. La disposición reformativa PRIMERA del COGEP, dispone:

“PRIMERA.- En todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, sustitúyase en lo que diga: 1. “Código de Procedimiento Civil”; “Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” y “Ley de Casación”, por “Código Orgánico General de Procesos”.

La mentada disposición reforma lo dispuesto en los artículos 9, 11, 19, 21 y 37 de la Ley de Arbitraje y mediación. El artículo 9 se refiere al procedimiento para dictar medidas cautelares, mismo que deberá ser el establecido en el Código Orgánico General de Procesos; el artículo 11 determina que la citación con la demanda deberá realizarse de conformidad con lo dispuesto en el citado código, los artículos 19 y 21 se refieren a las inhabilidades para ser árbitro y causales de recusación, que a partir de la vigencia del nuevo código serán las establecidas en el mismo; y, finalmente el artículo 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación determina que el Código Orgánico General de Procesos aplica supletoriamente en todo lo no previsto en la ley.

2. La Reformatoria DÉCIMO SEXTA determina que se sustituya en el artículo 39 de la Ley de Arbitraje y Mediación la frase "la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador" por "el Consejo de la Judicatura".

En consecuencia le corresponde al órgano administrativo de la Función Judicial, la facultad de autorizar el funcionamiento y registro de los Centros de Arbitraje, así como también su cierre, y el control sobre los mismos.

3. El COGEP en su artículo 130 establece como excepción previa, en toda clase de procesos, la existencia de convenio arbitral.
4. En lo que refiere al reconocimiento, homologación, ejecución y efectos probatorios laudos arbitrales y actas de mediación, el COGEP en su Libro II "actividad procesal", Título I "Disposiciones Generales", Capítulo VII regula el reconocimiento, homologación, ejecución y efectos probatorios laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero; asimismo en su Disposición Derogatoria DÉCIMO TERCERA, establece la abolición del inciso final del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que señala:

"Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados

de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.”

Estas reformas determinan que el COGEP establece ciertos procedimientos que sirven de auxilio jurisdiccional a los procedimientos arbitrales (Galindo Cardona & García Larriva, 2014), respecto de estos procedimientos los autores Álvaro Galindo y Hugo García señalan:

“Con respecto a los requisitos que debe contener la demanda, contestación a la demanda, reconvenición y contestación a la misma, la normativa o representa un mayor cambio con respecto a las disposiciones del CPC(...) Por otro lado las causales de excusa y recusación de los árbitros, en términos generales parece ser que la simple y pura adopción de las causales previstas en el COGEO al arbitraje es, en ciertos casos, inadecuada y deben pasar por un proceso de adaptación al proceso arbitral (...)” (Galindo Cardona & García Larriva, 2014)

Los mismos autores determinan que es un avance en materia arbitral el que los jueces ordinarios deban ejecutar de manera directa las medidas cautelares ordenadas por los Tribunales arbitrales, empero señalan que existe un retroceso en lo que refiere al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, en cuanto el nuevo procedimiento establecido no es claro, y le corresponde al solicitante del *exequatur* probar la autoridad de cosa juzgada del laudo, su legalidad y compatibilidad con el ordenamiento jurídico ecuatoriano. (Galindo Cardona & García Larriva, 2014)

2) Juicio ordinario: sustanciación, duración y recursos

En este punto del trabajo, me centrare en el desarrollo y sustanciación del juicio ordinario en el nuevo Código Orgánico General de Procesos, por ser el juicio de conocimiento por excelencia, en cuanto supone los mayores términos procesales, siendo de esta manera el procedimiento que brinda más amplitud a las partes para ejercer su derecho a la defensa, realizando un paralelo de su sustanciación, con la sustanciación del proceso arbitral,

con la finalidad de esbozar qué procedimiento podría ser más ventajoso para partes contendientes, que requieran someterse a un proceso ágil.

El juicio ordinario se encuentra regulado en el Título I sobre los “Procesos de Conocimiento” Capítulo I “Procedimiento Ordinario” en los artículos 289 al 298 del Código Orgánico General de procesos. El COGEP insta un modelo mixto de procedimiento que comprende fundamentalmente tres etapas procesales, que describiré a la luz del juicio ordinario y el procedimiento arbitral:

- i. la primera fase de “proposición” abarca la demanda, la contestación a la misma y eventual reconvenición; en esta fase del proceso que es escrita, se introducen reformas trascendentales en la justicia ordinaria; en cuanto de conformidad con el Art. 142 numeral 7 ⁵⁸se deberán anunciar los medios de prueba, nómina de testigos indicando los hechos sobre los cuales declararán, indicar el objeto de las diligencias entre otras.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 151 del COGEP⁵⁹, se requiere que la contestación a la demanda o reconvenición, contenga un pronunciamiento expreso sobre cada una de las pretensiones de la parte actora, respecto de la veracidad de los hechos alegados y la autenticidad de las pruebas presentadas, indicando categóricamente lo que se admite y lo que se niega; adicionalmente deberán incluirse todas las excepciones contra las pretensiones de la actora, con expresión de su fundamento fáctico.

Esta reforma es muy importante en cuanto permite que con la demanda y contestación se trabaje la *litis* y se determine con claridad los hechos controvertidos, y las pretensiones, mismas que deberán ser fundadas, de esta manera se centra el tema de discusión y se evitan incidentes posteriores respecto de hechos no controvertidos desde el inicio.

⁵⁸ Norma consultada 06/04/216

⁵⁹ Norma consultada 06/04/216

No se puede pasar por alto que en lo que refiere a la demanda y contestación a la demanda, el artículo 11 de la LAM⁶⁰ determina que debe estarse a lo dispuesto en el artículo 151 del COGEP⁶¹, que se remite al artículo 144⁶² del mismo cuerpo normativo, en el que se establecen los requisitos de que deben contener. Por lo que en materia arbitral la fase escrita se regirá por lo que establece el COGEP.

Debe tenerse en consideración que estos cambios no son trascendentales en el sistema arbitral en cuanto, muchos de los requisitos establecidos en el COGEP (Galindo Cardona & García Larriva, 2014), coinciden con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación; pues en arbitraje, el sistema de demanda y anuncio de prueba, contestación y anuncio de prueba regía desde un principio.

- ii. La segunda fase del proceso tiene como objeto fijar los elementos esenciales de la *litis*, y se rige por la oralidad. En el diseño del COGEP esta fase se desarrolla dentro del procedimiento ordinario en la audiencia preliminar y en los procedimientos que tienen una sola audiencia como el monitorio, sumario o el ejecutivo en dicha audiencia única. (Ramírez Romero, 2015)

La audiencia preliminar, característica del procedimiento ordinario, se debe resolver la validez del proceso, y determinar el objeto de la *litis*, en aras de sanear el proceso.

La audiencia preliminar, me recuerda a la audiencia de sustanciación del procedimiento arbitral, en cuanto en la audiencia de sustanciación, los árbitros deciden sobre su competencia, lo que determina la validez del proceso arbitral. En caso de declararse competente el tribunal ordenará que se practiquen en el término señalado, las diligencias probatorias solicitadas, y si las partes se

⁶⁰ Norma consultada 06/04/216

⁶¹ Norma consultada 06/04/216

⁶² Norma consultada 06/04/216

encontraren presentes en la audiencia podrán precisar las pretensiones y los hechos en las que ésta se fundamenta.

Asimismo en el artículo 294 del COGEP⁶³, que determina el desarrollo de la audiencia preliminar, una vez que el juzgador resuelva la validez del proceso, el juez debe resolver a admisibilidad de la prueba "conducente, pertinente y útil" y conjuntamente con las partes señalarán las pruebas que deberán practicarse previo a la audiencia de juicio.

- iii. Tercera etapa, es la etapa de decisión, es la constituida en el juicio ordinario por la audiencia de juicio, en esta etapa las partes presentan sus pruebas y realizan sus alegaciones, finalmente el juez debe suspender la audiencia y dictar su resolución el mismo día, de manera oral.

En el proceso arbitral, una vez practicadas las pruebas, las partes pueden pedir una audiencia en estrados, en la que pueden realizar sus alegaciones verbalmente, en este punto es menester considerar que desde la audiencia de sustanciación, los árbitros tienen 140 días para dictar el laudo.

Ahora bien, una vez determinados las tres etapas principales de la sustanciación del proceso, es necesario realizar un análisis de los términos de sustanciación del juicio ordinario y del arbitral:

- i. La citación con la demanda se rige por lo dispuesto en los artículos 53 al 54 del COGEP⁶⁴, al igual que estas normas se aplican dentro del procedimiento arbitral. Por lo que los términos para cumplir con la citación serán los mismos en ambos procedimientos.

En el juicio ordinario, una vez cumplida con la citación, el demandado tendrá treinta días para presentar su contestación, y en

⁶³ Norma consultada 06/04/216

⁶⁴ Norma consultada 06/04/216

caso que exista una reconvencción la parte demandada tendrá el mismo término para contestarla.⁶⁵

En el procedimiento arbitral, el demandado tiene el término de 10 días para presentar contestar a la demanda, y en caso de que exista reconvencción a la misma, el demandado tendrá 10 días para contestar.⁶⁶

- ii. En el juicio ordinario, con la contestación a la demanda, en el término de tres días posteriores al vencimiento de los términos para la contestación a la demanda y reconvencción a la demanda, el juzgador convocará a audiencia preliminar que deberá realizarse en un término no menor a 10 días ni mayor a 20 días⁶⁷, consecuentemente, en caso de que el juzgador cumpla estrictamente con los términos previstos en el COGEP, se tendrán 23 días más después de la contestación a la demanda, para que se lleve a cabo la audiencia preliminar.

En este punto el arbitraje difiere mucho del juicio ordinario, en cuanto el Director del centro de arbitraje, discrecionalmente debe fijar día y hora a efectos de que se lleve a cabo una audiencia de mediación⁶⁸, en caso de existan acuerdos parciales o imposibilidad de acuerdo, se designan los árbitros⁶⁹, quienes tienen tres días desde la notificación con su designación, para posesionarse⁷⁰.

A su vez, una vez posesionado el tribunal arbitral, se convocará a audiencia de sustanciación, y el tribunal arbitral tiene 140 días para

⁶⁵ Artículo 291 Código Orgánico General de Procesos. Norma consultada 06/04/216

⁶⁶ Artículo 11 Ley de Arbitraje y Mediación. Norma consultada 06/04/216

⁶⁷ Artículo 292 Código Orgánico General de Procesos. Norma consultada 06/04/216

⁶⁸ Artículo 15 Ley de Arbitraje y Mediación. Norma consultada 06/04/216

⁶⁹ Artículo 16 íbidem

⁷⁰ Artículo 17 íbidem

dictar el laudo arbitral⁷¹, debiendo cumplirse con la práctica de pruebas y audiencia en estrados dentro de este término.

- iii. En el juicio ordinario la audiencia de juicio debe realizarse en el término de 30 días a partir de la audiencia preliminar, y el juez dicta sentencia, en el mismo acto.

Finalmente, me referiré a los recursos que proceden una vez dictada la sentencia por el juzgador en la audiencia de juicio.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 252 del COGEP⁷², en el ordenamiento procesal ecuatoriano, se encuentra prohibida la interposición de recursos horizontales y verticales de manera subsidiaria o sucesiva, con excepción de los recursos de aclaración y ampliación.

El jurista Enrique Véscovi, afirma que la naturaleza humana tiene a rechazar lo que está en contra de sus intereses (Véscovi, 1979) esta condición inherente a todo ser humano, se ve reflejada en los instrumentos internacionales de derechos humanos y nuestra legislación como el derecho a recurrir del fallo, conocido en nuestra legislación como el derecho al doble conforme como pilar esencial del derecho a la defensa, parte del debido proceso.

- i. El principio de doble instancia, se materializa y concreta en el recurso de apelación, recurso que con la entrada en vigencia del COGPEP, dejará de ser formal y escrito como lo regula el Código de Procedimiento Civil, pues el COGEP, ha incorporado el principio de oralidad en materia del recurso de apelación, el recurso de apelación se debe interponer en la audiencia de juicio directamente y de manera oral después de que el juez dicte su sentencia, y de conformidad con el artículo 257 del COGEP⁷³, se

⁷¹ Artículo 25 íbidem

⁷² Norma consultada 06/04/216

⁷³ Norma consultada 06/04/216

debe fundamentar por escrito dentro del término de diez días. (Ramírez Romero, 2015)

El recurso de apelación de conformidad con el artículo 260 del COGEP⁷⁴, se sustancia de la siguiente manera: con la fundamentación del recurso se corre traslado a la contraparte, quien tendrá el término de diez días para contestarla. Tanto en la fundamentación como en la contestación deben anunciarse las pruebas que se practicarán en la segunda instancia, que será exclusivamente para acreditar hechos nuevos, solo se puede solicitar prueba sobre los mismos hechos, cuando únicamente haya sido posible obtenerla con posterioridad a la sentencia de primera instancia⁷⁵.

Recibido el expediente por la sala de la Corte Provincial correspondiente, se convocará a audiencia en el término de quince días, conforme a las reglas generales de las audiencias ya mencionadas al inicio del presente trabajo.

- ii. Adicionalmente, de la sentencia que resuelva en segunda instancia el proceso, cabe recurso de extraordinario de casación de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 266 del COGEP⁷⁶, en cuanto la norma determina que el recurso extraordinario de casación cabe en contra de las sentencias y autos definitivos que pongan fin a procesos dictados por las Cortes Provinciales de Justicia.

Asimismo de acuerdo con el artículo 266 del COGEP⁷⁷ en su inciso final, determina que el recurso de casación podrá ser interpuesto en el término de diez días contados desde la ejecutoría de la sentencia

⁷⁴ Norma consultada 06/04/216

⁷⁵ Artículo del Código Orgánico General de Procesos. Norma consultada 06/04/216

⁷⁶ Norma consultada 06/04/216

⁷⁷ Norma consultada 06/04/216

objeto del recurso de casación, o contados desde el auto que resuelva los recursos de aclaración y ampliación de la misma.

El recurso de casación se presenta ante la Sala de la Corte Provincial de Justicia en la que se haya originado la sentencia recurrida, de conformidad con el artículo 269 del COGEP⁷⁸, la sala no califica la procedencia del recurso, si no se limita únicamente a establecer si ha sido presentado en el término previsto en el artículo 266 del COGEP.

En lo que refiere a los términos en los que se resuelve el recurso de casación el artículo 272 del COGEP⁷⁹, determina que la Sala de la Corte Nacional que conoce el recurso debe convocar la audiencia en el plazo máximo de 30 días contados desde la fecha de recepción del expediente.

3) Ventajas y desventajas de la justicia ordinaria frente a la justicia arbitral

Ahora bien, con los rasgos del procedimiento ordinario y el arbitraje esbozados en líneas anteriores, pese a que no se ha aplicado en la práctica el Código Orgánico General de Procesos, realizaré un juicio de valor previo, que refleje reflexiones preliminares respecto de cuáles podrían ser los problemas con los que se tenga que enfrentar la implementación del sistema procesal en la justicia ordinaria, y las ventajas del procedimiento arbitral pese a la vigencia del nuevo código.

En primer lugar debo destacar, que a simple vista los procedimientos previstos en el nuevo código, son muy eficientes, y de ser cumplidos por los administradores de justicia al pie de la letra, permitirían que la justicia ordinaria se convierta en un medio eficaz de solución de conflictos, frente al arbitraje como medio alternativo, pues los términos en los que se resuelve

⁷⁸ Norma consultada 06/04/216.

⁷⁹ Norma consultada 06/04/216.

parecen ser similares, en cuanto si bien el laudo arbitral es inapelable, se alarga su ejecución con la sustanciación de la acción de nulidad, que termina por resolverse en la justicia ordinaria, conforme desarrolle en el capítulo anterior.

También otra ventaja de la justicia ordinaria frente a la arbitral, es la gratuidad de la justicia ordinaria, los jueces, por ser funcionarios públicos tienen una remuneración fija cubierta por el Estado. Por su parte, en relación al arbitraje, se debe tener en consideración que el mismo tiene un costo que se fija dependiendo del centro de arbitraje pactado por las partes en la cláusula, y la cuantía de la controversia; el costo de este servicio puede ser elevado, y servirá para cubrir los gastos en los que incurre el centro, e incluirá el valor de los honorarios de los árbitros que no son servidores públicos, sino privados, cuyos honorarios deben ser cubiertos las partes en contienda.

Ahora bien, el principal obstáculo con el que se tropieza el arbitraje para cumplir sus objetivos como MASC, es la inseguridad que genera la discrecionalidad que brinda al juez lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación⁸⁰, pues bajo la aquiescencia de los jueces, se abusa del proceso en el que se sustancia la acción de nulidad, lo que afecta directamente al sistema arbitral, en términos de eficiencia y celeridad.

La interposición de la acción de nulidad sirve como método para dilatar el cumplimiento de la obligación por parte del perdedor, pues incide en el curso normal del proceso; en este orden merece especial atención el comportamiento permisivo de los jueces, que no hace más que incentivar a la parte que se encuentra abusando del proceso, a utilizar todos los artilugios procesales que posee como estrategia; litigar genera costas procesales, entre más largo es un proceso, es más costoso, estas actuaciones procesales no hacen más que imponer una carga en la parte que litiga con "honestidad", pues una de las partes dilata el proceso, y por

⁸⁰ Norma consultada 06/04/216.

lo tanto incrementa el costo del mismo sin que se le atribuya responsabilidad alguna, lo que también implica una desventaja del sistema arbitral, desventaja que es producida no por el proceso arbitral *per se* si no por la indebida sustanciación de la acción de nulidad.

Pese a lo expuesto, considero que aunque existan inconvenientes que se presentan por la especialmente por sustanciación de la acción de nulidad, e incluso por la admisión de acciones constitucionales contra el laudo, aún existen muchas ventajas del sistema arbitral frente a nuestro sistema de justicia ordinario.

Respecto del posible peligro que puede significar para el Arbitraje la entrada en vigencia del COGEP, el profesor Xavier Andrade sostiene:

“El arbitraje siempre será un método “alternativo” a la justicia ordinaria. Es decir, mientras exista la justicia ordinaria, existirá una opción distinta y alternativa (jurisdicción voluntaria). Lo que sugieres (al menos hipotéticamente) es que el COGEP mejore el sistema de justicia a tal punto de que la sociedad vuelva a confiar en la justicia ordinaria y no tenga un motivo para recurrir a arbitraje. Sin embargo, dudo que un código pueda corregir los problemas estructurales que sufre nuestra justicia. Una nueva ley no curará sus enfermedades.

Adicionalmente, inclusive en los países con los mejores sistemas de justicia ordinaria (ej. Suiza, Francia), el arbitraje ha seguido creciendo debido a las ventajas que supone frente a la justicia ordinaria (ej. neutralidad, especialización, tiempos, etc.)” (Andrade Cadena, comunicación personal, 27 de abril de 2016)

En lo personal, considero que la mayor ventaja del sistema arbitral frente al sistema de justicia ordinario es el principio de especialidad, por cuanto:

- i. Respecto de los términos en los que se sustancia el juicio ordinario y el arbitral, se debe resaltar que en virtud del principio de especialidad en el arbitraje, las partes designan a los árbitros que conforman el tribunal arbitral para ser jueces privados de una **controversia específica**, consecuentemente tienen a su cargo un proceso determinado, esto permite que los mismos cumplan con la sustanciación del proceso en términos cortos, de manera eficiente.

En lo que refiere al procedimiento ordinario, los jueces son funcionarios públicos que tienen a su cargo una ingente cantidad de procesos, por lo que es muy difícil que cumplan a rajatablas con los términos previstos en la ley, con este problema lidiamos los ecuatorianos día a día, en cuanto el Código de Procedimiento Civil, y demás normas procedimentales derogadas, también preveían trámites a simple vista céleres, sin embargo los administradores de justicia nunca cumplen con los términos establecidos en la ley, lo que vuelve a los procesos lentos, con fundamento en la ya conocida congestión de los juzgados.

- ii. Por el principio de especialidad los árbitros pueden conocer mejor el caso específico a su cargo, pues su labor como árbitro se limita a conocer esa única causa, permitiendo una resolución adecuada. En la justicia ordinaria los jueces tienen una gran cantidad de procesos a su cargo, esto les impide el conocimiento pleno de todas sus causas, y también históricamente les ha impedido cumplir con los términos procesales previstos en las normas ahora derogadas por el COGEP. Esto es un inconveniente en cuanto los señores jueces, deberán resolver de manera oral en la audiencia de juicio, lo que desde mi punto de vista, con la cantidad de causas que conocen, no les permite un margen prudencial de tiempo para tomar una decisión del todo adecuada, lo que puede conducir a errores en la administración de justicia.
- iii. La especialidad de los árbitros también ofrece un proceso mucho más neutral, esta ventaja la analizo en relación a los juicios en contra del Estado, pues el hecho de que los árbitros no sean funcionarios públicos cuyo trabajo depende del aparato estatal, ofrece mayor credibilidad a los árbitros en procesos seguidos en contra del Estado. En relación a la neutralidad Eduardo Silva señala que “la premisa cierta o errada, detrás de esta afirmación confía en las cortes y jueces del Estado de su contraparte” (Silva Romero, 2013) esta crítica

la realiza en relación al arbitraje comercial internacional, empero considero que también es aplicable en arbitrajes nacionales cuando existe una contienda de un administrado contra el Estado, por ejemplo en temas de contratación pública, es más seguro ser juzgado por un árbitro privado que por un juez estatal; por obvias razones esta ventaja merece la crítica de que la acción de nulidad del laudo termina por resolverse por las cortes estatales, es decir por funcionarios públicos.

Otra ventaja del arbitraje sobre la justicia ordinaria es la flexibilidad del procedimiento, finalmente las partes al pactar arbitraje en la cláusula arbitral, pueden pactar términos menores para la resolución de la controversia, pues como señala el jurista Eduardo Silva “quién acude al arbitraje escoge, se afirma, ir donde el sastre, quién acude a las cortes, se agrega, escoge comprar su ropa en un supermercado” (Silva Romero, 2013), lo que de ninguna manera ocurrirá en la justicia ordinaria, pues la justicia ordinaria permite restar celeridad en los procesos, con tal de garantizar el renombrado derecho a la defensa y debido proceso de las partes, siendo mucho más formal y ritualista que el arbitraje.

En relación a la celeridad instaurada por el COGEP en los procesos ante las cortes estatales, esto también podría beneficiar mucho al arbitraje, en cuanto de hecho el procedimiento arbitral en sí mismo es celerado y se resuelve en términos cortos, sin embargo se alarga con la sustanciación de la acción de nulidad, que se resuelve en las cortes estatales, consecuentemente de ser más eficiente el sistema, y del criterio de las cortes en relación a la aplicación de los recursos previstos en el COGEP, dentro de la sustanciación de la acción de nulidad, va a depender que esta acción se sustancie de manera más eficiente, lo que beneficiaría mucho al sistema arbitral.

Finalmente otra de las ventajas del procedimiento arbitral que no cambiará de ninguna manera con la vigencia del COGEP, es el carácter confidencial del arbitraje. Los procesos estatales por su naturaleza son públicos; sin

embargo el arbitraje brinda la certeza, en especial a los comerciantes, de que tal vez el socio con el que quiere emprender negocios, no tenga conocimiento, por ejemplo, de que no ha realizado ciertos pagos, debiendo resaltar adicionalmente el hecho de que cualquier contienda puede agravarse, y aumentar la hostilidad entre partes, por ser ventilada públicamente. (Silva Romero, 2013)

CAPÍTULO CUARTO:

ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS

En este capítulo me referiré a dos casos definen con claridad las dos tesis existentes respecto de la sustanciación de la acción de nulidad del laudo arbitral, como principal interacción del arbitraje con la justicia ordinaria, y como medio de judicialización de arbitraje.

En el primer caso que analizaré, Consorcio Plainco Vs. Municipio de Azogues, se podrá evidenciar con claridad la visión del juzgador procesalista, y en este caso tengo la oportunidad de demostrar el tiempo que se en ejecutarse el laudo, y los inconvenientes que tuvo en ejecutarse el laudo arbitral.

En el segundo caso se podrá comprender la visión de los operadores de justicia pro arbitraje, y realizare un análisis de sus argumentos en relación a la sustanciación de la acción de nulidad.

1) Tendencia a la judicialización: Análisis del Caso Consorcio Plainco Vs. Municipio de Azogues

- i. **El proceso arbitral:** Los señores Gabriel Efrain Ledesma Vásquez, Olga Almeida Pita García y Pablo Astudillo Sinche, como integrantes del Consorcio PLAINCO, demandan en arbitraje al Gobierno Autónomo Descentralizado de Azogues (entonces I. Municipalidad de Azogues) i) la terminación de contrato que los vincula, ii) el pago de las cantidades adeudadas por la entidad demandante por concepto de planillas pagadas parcialmente, de los valores correspondientes por reliquidación planillas costo más porcentaje, iv) el pago de los perjuicios provocados por la terminación anticipada del contrato.

La demanda (ANEXO I) se presenta ante el Director del Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay, con fecha 06 de octubre de 2014.

El tribunal arbitral se integró por los Doctores Miguel Cordero Palacios, Antonio Martínez Borrero y Nicolás Muñoz Chaves.

El laudo arbitral (ANEXO II) que resuelve la contienda, se dictó un año, tres meses después de recibida la demanda, esto es el 18 de enero de 2006, aceptando en su totalidad la demanda planteada por el Consorcio PLAINCO.

De lo expuesto se puede evidenciar que el proceso arbitral fue muy rápido, en cuanto duro poco más de un años su sustanciación; generalmente los juicios seguidos en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo son juicios muy lentos por más que se resuelvan en una sola instancia, generalmente un proceso contencioso administrativo de esta naturaleza tarda en resolverse alrededor de tres años, lo que demuestra que el proceso arbitral es mucho más célere y eficaz.

- ii. El GADM de azogues interpuso acción de nulidad del laudo arbitral dictado, la Presidencia de la Corte Provincial de Cuenca, mediante sentencia de fecha 06 de abril de 2006, a las 09h00, desestimó la acción de nulidad interpuesta, señalando que no se configuraba ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

El Presidente de la entonces Corte Superior de Justicia, resolvió rápidamente el recurso, en un mes diez y siete días.

- iii. El GADM de Azogues ahora entidad demandante, interpone recurso horizontal de aclaración y ampliación concedido a trámite mediante providencia de fecha 17 de abril de 2006, a las 09h00, corriéndose traslado a la contraparte en el término de setenta y dos horas.

Agotado el trámite del recurso, el Presidente de la Corte Superior lo inadmite mediante providencia de fecha 05 de mayo de 2006, a las 10h30.

- iv. Ante la sentencia contraria de la acción de nulidad, el GADM de Azogues, interpone recurso vertical de apelación de la sentencia con fecha 09 de mayo de 2006, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, que dispone "Siempre que la ley no deniegue expresamente un recurso se entenderá que lo concede".

El recurso se interpone para ante una de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Cuenca.

- v. Mediante auto de fecha 19 de mayo de 2006 a las 10h40, el Presidente de la Corte Superior, niega a trámite el recurso estableciendo que el arbitraje pertenece a jurisdicción voluntaria, y que el artículo 321 se refiere a asuntos de jurisdicción contenciosa, por lo que no es procedente el recurso, ante lo que la entidad demandante interpone recurso extraordinario de casación de la sentencia, mismo que es negado a trámite por extemporáneo.

Ante lo cual, con fecha 20 de junio de 2006 10h50, el GADM de Azogues interpone recurso de hecho para ante la entonces H. Corte Suprema de Justicia.

- vi. Mediante auto de fecha 15 de mayo de 2007, a las 16h30, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia (ANEXO III), realiza el siguiente análisis:

"El presidente de la Corte Superior de Cuenca, previo a negar la apelación presentada, establece de manera errónea que las causas sometidas al arbitraje pertenecen a la jurisdicción voluntaria, para afirmar que el Art. 321 del Código de Procedimiento Civil no sería aplicable toda vez que este se refería a asuntos de jurisdicción ordinaria en materia

contenciosa. Sin perjuicio de que la causa llegó a la Presidencia de la Corte Superior de Cuenca para su resolución, no se encuentra sometida a arbitraje ya que se trata de una acción de nulidad del laudo emitido en aquel (...) la jurisdicción voluntaria (...) es la que se ejerce en asuntos que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas se resuelven sin contradicción, mientras que el arbitraje siendo un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual la partes pueden someter de mutuo acuerdo las controversias (...) evidentemente no puede resolverse sin contradicción (...)"

Con este análisis, y con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, y al debido proceso, decide declarar la nulidad de lo actuado desde el auto de fecha 19 de mayo de 2006, que niega el recurso de apelación, por lo que se ordena la devolución de proceso y la concesión del recurso de apelación negado, mediante la providencia antes mencionada.

En este punto se puede evidenciar lo dañino que es para la sustanciación de la acción de nulidad, la discrecionalidad que permite a los jueces la redacción de la norma contenida en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en cuanto a no saber con certeza que criterio tener respecto de los recursos que caben contra la sentencia que resuelve respecto de la acción de nulidad.

La discrepancia entre el criterio de la Presidencia de la Corte Provincial y los señores jueces de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema, implicó que por un año, dos meses, se discuta la procedencia o no de un recurso contra la sentencia.

También de esta providencia de la Corte Suprema, es muy importante la diferencia que claramente realizan los señores jueces del procedimiento arbitral, y del procedimiento propio de la acción de nulidad, lo que apoya el hecho de que la acción de nulidad ya no se rige por los principios de la justicia arbitral en nuestro ordenamiento jurídico, sino por los principios de la justicia ordinaria.

- vii. Con la tardanza que implicó la resolución de la Corte Suprema, se devolvió el expediente a una de las Salas de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, quién finalmente mediante sentencia de fecha 26 de mayo de 2008, desechó el recurso de apelación planteado, confirmando la sentencia del Presidente de la H. Corte Superior de Cuenca, dictada, vale resaltar, con fecha 06 de abril de 2006, a las 09h00.

- viii. Asimismo, el GADM de Azogues, inconforme con la resolución, interpone recurso extraordinario de casación de la sentencia, mismo que es resuelto por la Sala de lo Civil y Mercantil de la ya Corte Nacional de Justicia, con fecha 05 de noviembre de 2009, a las 08h40, mediante la que la Corte Nacional no casa la sentencia, confirmando la sentencia dictada en primera instancia.

Hasta este punto, resolver la acción de nulidad, tomó tres años, siete meses a la justicia ordinaria.

- ix. Finalmente pese a que se confirmó la validez tanto por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial y por la Corte Nacional de Justicia, el GADM de azogues interpuso acción extraordinaria de protección en contra del fallo dictado por la Corte Nacional de Justicia, acción que se inadmite a trámite por considerar que no existen derechos constitucionales vulnerados, mediante auto resolutivo de fecha 07 de abril de 2010.

Hasta esta fecha, ha tomado cuatro años, que la sentencia que resuelve la acción de nulidad quede finalmente ejecutoriada.

De lo antes expuesto podemos evidenciar, que la parte perjudicada con el laudo arbitral, bajo nuestro ordenamiento jurídico, puede utilizar la acción de nulidad del laudo como un método para dilatar el cumplimiento de lo ordenado mediante el laudo arbitral, en el presente caso se interpuso

acción de nulidad, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Presidente de la Corte Superior de Cuenca, recurso extraordinario de casación para ante la Corte Nacional de Justicia, y en las dos instancias, y el recurso de casación, se confirmó la validez del laudo arbitral; no contentos con el resultado, incluso se interpuso una acción extraordinaria de protección, que pese a ser inadmitida, retardo la ejecución del laudo arbitral, válidamente dictado.

Con el análisis de este caso, se puede evidenciar lo dañino que es para las partes que se han sometido a arbitraje, el no tener claras las reglas del juego que rigen la sustanciación de la acción de nulidad, más aun cuando el arbitraje se ha llevado a cabo legítimamente y cumpliendo con las normas del debido proceso, en cuanto la parte perjudicada con el laudo, puede aprovecharse de las normas para retardar el cumplimiento del mismo. A su vez los criterios contradictorios de las cortes no hacen más que provocar inseguridad jurídica a las partes que se someten a arbitraje en cuanto va a depender del juez de turno la forma de sustanciación de la acción de nulidad.

Existe una línea muy corta entre la discrecionalidad y la arbitrariedad. Los seres humanos, por nuestra condición de seres sociales, nos encontramos sujetos a determinados aspectos psicológicos. El juez tiene el deber de administrar justicia, es decir dar a cada quien lo que –en derecho- le corresponde, esta tarea se concreta a través de la interpretación y aplicación de las normas en cada caso. Sin embargo cuando el juez se encuentra frente a una norma ambigua –como lo es el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación-, que le brinda amplia discrecionalidad en relación a su interpretación, su tarea como administrador de justicia, se puede ver opacada por ciertos sesgos psicológicos inherentes a su condición de ser humano, tales como: la ley de la reciprocidad, el sesgo de autocomplacencia y el sesgo confirmatorio; dejando la puerta abierta para que se beneficie o perjudique a una de las partes contendientes a su arbitrio.

Para el Dr. Patricio Cordero Ordoñez, abogado defensor del Consorcio Plainco en el caso objeto del presente análisis, la diversidad de criterios de

los jueces en relación a la sustanciación de la acción de nulidad fue el mayor problema durante el proceso, pues existió una demora excesiva en el cumplimiento del laudo, debiendo considerar que el Consorcio, ganó el arbitraje, y en la acción de nulidad y sus instancias se confirmó la validez del laudo. También hace notar, que actualmente la diversidad de criterios de los jueces en la aplicación de una norma tan abierta puede significar un problema, pues históricamente han existido casos en los que los que ciertos administradores de justicia, lejos de ser independientes, tienden a dar la interpretación que más favorezca al Estado, cuando se trata de controversias en materia de contratación pública, por lo que para brindar mayor seguridad, si debería reformarse la LAM, de tal forma de brindar mayor certeza a las partes que se someten a arbitraje, de que su controversia sea resuelta definitivamente en arbitraje, y de que la única forma de control de legalidad del laudo será sustanciada en una vía expedita, en la que las partes y los jueces, no puedan imponer trabas al cumplimiento del laudo. (Cordero Ordoñez, comunicación personal, 21 de abril de 2016)

En este mismo orden, el jurista Xavier Andrade, hace notar que en toda legislación existen causales de nulidad de laudos, y que el control que realizan los jueces es legítimo, empero señala que si existen casos de parcialidad o de extralimitación, estamos frente a otro tipo de problema. La redacción del art. 31 no es ideal, pero permite realizar un examen de la regularidad procesal de los laudos, siempre y cuando los jueces aplican la norma correcta y limitadamente -no extensivamente-. (Andrade Cadena, comunicación personal, 27 de abril de 2016)

2) Tesis arbitralista: Sentencia Caso Asec Vs. Ministerio de Turismo

En lo que refiere al Caso Asec vs. Ministerio de Turismo, únicamente analizare el criterio de la Corte Nacional, en lo que refiere a la sustanciación de la acción de nulidad:

- i. La Asociación Ecuatoriana de Ecoturismo ASEC, siguió un arbitraje en la Cámara de Comercio de Quito, en contra del Ministerio de Turismo, caso signado con el No. 58-05.
- ii. El laudo arbitral dentro del proceso fue dictado con fecha 10 de octubre de 2006.
- iii. ASEC interpuso recurso de casación en contra de la Sentencia dictada por el Señor Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito, dentro de la acción de nulidad del referido laudo, para ante la Sala lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia
- iv. La sentencia que resuelve el recurso extraordinario de casación fue dictada con fecha 02 marzo de 2010. Podemos evidenciar que tomo tres años cuatro meses la resolución del recurso de nulidad, tiempo similar al tiempo de duración de la sustanciación de la acción de nulidad en el caso antes analizado.
- v. En la sentencia en mención se realiza el siguiente análisis:

En el considerando TERCERO de la sentencia, los señores jueces establecieron que los filtros para determinar la procedencia se habían superado en cuanto, los señores jueces principales de la sala (que fueron recusados, constituyéndose el tribunal por la sala de conjuces) admitieron a trámite el recurso con fundamento en el caso *MASGAS vs. OLICORP*, en el que se determinó que la sustanciación de la acción de nulidad debe cumplir con dos instancias, una primera instancia ante el Presidente de la Corte Provincial, y una segunda instancia ante una de las Salas de la Corte Provincial, en garantía del derecho al doble conforme de las partes, consagrado en el Art. 76 numeral 7) literal m) de la Constitución de la República, respecto de este fallo, la sala de conjuces realiza el siguiente análisis:

“De la lectura de los artículos 30 y 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación no existe señal alguna de que se establezca la posibilidad de que se pueda interponer recurso de apelación respecto de la sentencia que dicte el Presidente de la Corte Provincial. Este criterio está reforzado por el hecho de que revisando la historia legislativa de la Ley de Arbitraje y Mediación tampoco se percibe que la posibilidad de que se interponga recurso de apelación hubiese sido cierta. En la original Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997, el procedimiento que se estableció para la acción de nulidad de laudo arbitral tampoco contemplaba la posibilidad de interponer recurso de apelación de la sentencia que dictaba una de las Salas de la Corte Superior (hoy Corte Provincial). Luego mediante la Ley No. 48 publicada en el Registro Oficial No. 532 de 25 de febrero de 2005, se estableció el nuevo procedimiento para la acción de nulidad de laudo arbitral (artículo 3 de la ley reformativa), reforma en la que tampoco se hace mención alguna a la posibilidad de que se pueda interponer apelación de la sentencia que, debido a la reforma, debía dictar el Presidente de la Corte Provincial. (...) Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006, instrumento en el cual tampoco se menciona la posibilidad de se pueda interponer recurso de apelación. Por lo tanto, esta Sala de Conjuces no ve elemento alguno a través del cual se pueda interpretar el artículo 31 de la ley de Arbitraje y Mediación en el sentido de que era -o es- posible interponer recurso de apelación respecto de la sentencia dictada por el Presidente de la Corte Provincial.”

Respecto de esta afirmación de la Corte Nacional, debo manifestar que no se está tomando en consideración que para determinar la inapelabilidad del laudo arbitral existe una norma expresa: el artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Por qué el legislador, si su voluntad era que la sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial sea inapelable, no introdujo, como expresamente lo hizo con la inapelabilidad del laudo arbitral, una norma que determine la inapelabilidad de la sentencia que resuelve la acción de nulidad. Como bien señalan los señores jueces de la Corte Nacional en sentencia, no existe rastro alguno de que el recurso de apelación proceda en contra de la sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial, pero tampoco existe norma alguna que determine que no lo es, más aún existe un reenvío normativo directo, contenido en el artículo 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que nos remite al Código de Procedimiento

Civil, norma que impone la regla general "siempre que la ley no deniege expresamente un recurso se entenderá que lo concede."

Asimismo, la en este caso los señores jueces de la Corte Nacional, para determinar la inaplicabilidad del artículo 321 del Código de procedimiento civil, señalan:

"es importante analizar esta problemática desde los principios que inspiran al arbitraje como método alternativo de solución de conflictos. En primer lugar debe quedar claro que el Arbitraje es una de las excepciones, constitucionalmente admitidas, al denominado principio de unidad jurisdiccional (...) así como el principio de in dubio pro arbitraje. Los principios antes establecidos tienen plena coherencia con los fines del arbitraje, que en definitiva buscan hacer realidad el debido proceso y una justicia sin dilaciones innecesarias (...) así como al derecho constitucional a una tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de las personas (artículo 75 de la actual Constitución). Intenciones y fines que se plasman en el acuerdo voluntario de dos partes de someter sus divergencias a un Tribunal Arbitral y no a las instancias judiciales oficiales. Es por esta razón que los casos en que el arbitraje deriva en la Función Judicial son de excepción y deben estar expresamente establecidos en la ley especial de la materia; y, justamente, uno de esos casos de excepción es la acción de nulidad de laudo arbitral. Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que la interpretación de las normas que regulan dicha acción debe ser de tipo restrictiva, sin dar paso a la aplicación supletoria de normas ni analogías y teniendo siempre como horizonte uno de los principales objetivos del arbitraje, como método alternativo de solución de conflictos, que es la celeridad en la solución de los conflictos. Es decir, si admitiéramos como válido que se puede interponer recurso de apelación respecto del fallo del Presidente de la Corte Provincial, estaríamos atentando contra dicho principio que inspira al arbitraje, y estaríamos llevando la "judicialización" del arbitraje a niveles que en realidad riñen con los principios que inspiran dicho método alternativo de solución de conflictos."

En lo que refiere a este análisis, si bien considero que no se puede colisionar la celeridad como principio que rige la justicia alternativa, con un derecho fundamental como es el derecho al doble conforme. Los señores jueces señalan "los casos en que el arbitraje deriva en la Función Judicial son de excepción y deben estar expresamente establecidos en la ley

especial de la materia; y, justamente, uno de esos casos de excepción es la acción de nulidad de laudo arbitral", tomando en consideración que con el laudo arbitral, se terminó la sustanciación del procedimiento arbitral, las normas que rigen la sustanciación de la acción de nulidad parecerían ser las normas que rigen a la justicia ordinaria, sin embargo la acción de nulidad del laudo, es una institución del arbitraje, y debe ser sustanciada a la luz de sus principios rectores.

Finalmente la corte termina señalando que la acción de nulidad es uno de esos procedimientos de instancia única, permitiéndome citar lo que señalan los señores jueces:

"(...) proceso de nulidad de laudo arbitral es uno de los procesos de conocimiento, de única instancia, establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. Pero incluso, partiendo de la premisa de que el proceso de nulidad de laudo arbitral es de instancia única, la Sala de jueces principales también dejó sentado que en el Ecuador, forma parte del derecho al debido proceso constitucional la garantía de la doble instancia –criterio que evidentemente compartimos-, e incluso cita la norma del Pacto de San José de Costa Rica, instrumento que estableció este derecho, mucho antes que nuestra actual Constitución. En definitiva, la cuestión que ahora debe resolver esta Sala de Resolución: 154-2010 Juicio No. 124-2008 ER Actor: ASEC Demandado: MINISTERIO DE TURISMO Y OTROS Conjueces es si en los procesos de instancia única dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano (nulidad de laudo arbitral, contencioso administrativo, contencioso tributario, etc.), se cumple esta garantía de la doble instancia, tomando en cuenta que el único recurso que cabe frente a la sentencia de la única instancia, es el recurso de casación."

En relación a esta afirmación considero que los señores jueces tienen el argumento más favorable para el arbitraje, en efecto la sustanciación de la acción de nulidad debería ser considerado uno de los procedimientos de instancia única, pero esto debe determinarse mediante una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, los jueces no pueden arrogarse funciones del legislativo, y determinar qué procedimientos son o no son de única instancia, pues es competencia del legislador determinar que la acción de nulidad es un proceso de única instancia, no es competencia de los jueces.

Finalmente la Sala consideró que con el recurso de casación se cumplen las exigencias de la doble instancia, de conformidad con lo sentado por la Comisión Interamericana de derechos humanos en el Caso Juan Carlos Abella vs. Argentina (Caso 11.137, Informe No. 55/97, 1997, párrafos 259, 260 y 261). En relación a lo sentado, concuerdo en el criterio de la corte en que el recurso de casación podría ser considerado como segunda instancia en la acción de nulidad, como en los procesos contencioso administrativo y tributario, en cuanto la Corte Nacional realiza un análisis de la legalidad de la sentencia, y en cuanto en la acción de nulidad se resuelven aspectos de mera legalidad de proceso, empero para brindar seguridad jurídica a las partes que se someten a arbitraje, lo correcto sería que la ley sea quién lo establezca.

Considero que el mejor argumento para proponer una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación, es el que mantienen los jueces en este caso, en relación a que la acción de nulidad debería ser un proceso de única instancia, y que se garantice el doble conforme únicamente a través del recurso extraordinario de casación, que pese a no ser una instancia adicional, permite que un juez superior, revise la legalidad de la sentencia dictada.

Ahora bien para concluir el análisis de la sentencia, considero que los jueces tienen herramientas suficientes para argumentar en relación a si el Presidente de la Corte Provincial puede considerarse un juez de primera instancia, y discutir los distintos vacíos procesales con los que se tropieza la norma, pues que el argumento de fondo sea que se debe proteger la celeridad en el arbitraje, no puede ser el único argumento, ya que si bien es legítimo y lo mejor para que el arbitraje cumpla con su finalidad como método alternativo de solución de conflictos que la acción de nulidad se resuelva en única instancia, no me parece sostenible en derecho, que la celeridad pueda anular derechos como el derecho a la tutela judicial efectiva, y el derecho al doble conforme, más aún con el modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia que adopto el Ecuador con la Constitución de Montecristi.

CONCLUSIONES

1. El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de controversias, mediante el que las partes renuncian a su derecho al juez natural, sometiendo su controversia al conocimiento y resolución de particulares que no forman parte de la estructura del poder judicial del Estado, excluyendo de esta manera la intervención de las Cortes Estatales, en aras de encontrar celeridad, economía en tiempo y dinero, flexibilidad, especialidad de los árbitros y confidencialidad del procedimiento, principios que nuestro sistema de justicia ordinario no puede garantizar a las partes en la actualidad.
2. El laudo arbitral pone fin al procedimiento arbitral, tanto por su contenido formal como sustancial constituye una verdadera sentencia, teniendo los mismos efectos y alcance, que son: i) efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada ii) sentencia de última instancia, nuestra Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 30 determina la inapelabilidad e impugnabilidad del laudo arbitral de manera expresa.
3. Nuestra Constitución de la República en su Art. 190 reconoce al arbitraje como método alternativo de solución de conflictos, sin embargo la regulación constitucional actual del arbitraje tiene a restringir esta institución jurídica en determinados aspectos, finalmente el desarrollo del arbitraje se encuentra en manos de los administradores de justicia, quienes son los encargados de interpretar y aplicar las normas.
4. Las partes que se someten a arbitraje, renuncian a la justicia ordinaria, y a su vez dejan de lado las reglas de procedimiento comunes a esos procedimientos, obligándose a acatar las reglas específicas del procedimiento arbitral, en aras de que la justicia

alternativa, cumpla con su función de dar solución rápida y eficaz a la controversia surgida.

5. la intervención de las cortes en el arbitraje debe ocurrir únicamente en lo que refiere a la ejecución de medidas cautelares y del laudo, así como en la sustanciación de la acción de nulidad.
6. La judicialización del arbitraje se refiere a la intervención judicial y revisión de laudos por parte los Tribunales Estatales, de tal manera que impide que el arbitraje como método alternativo de solución de controversias, cumpla su finalidad.
7. La tendencia mayoritaria de las legislaciones recogida en la Ley Modelo UNITRAL, reconocen una forma legítima de revisión judicial del laudo arbitral: La acción de nulidad o acción de anulación del laudo arbitral.
8. La acción de nulidad se encuentra regulada en el Art. 31 de la LAM, garantizando de esta manera, a las partes que se someten a arbitraje, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el Art. 75 de la Constitución de la República.
9. La acción de nulidad del laudo arbitral no es un recurso, el Presidente de la Corte Provincial de Justicia no es jerárquicamente superior al tribunal arbitral, por lo que en este proceso el juzgador se encuentra impedido de revisar el fondo de controversia y modificar el laudo dictado.
10. La acción de nulidad del laudo arbitral no es una instancia para acceder a una revisión íntegra del laudo, sino únicamente tiene como objetivo el determinar la existencia o no de determinados

vicios en el procedimiento arbitral, lo que impide a los órganos jurisdiccionales que conocen la acción, resolver sobre el fondo del asunto sometido a arbitraje, ya que lo resuelto en el laudo, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada.

11. Las causales de nulidad son taxativas, las causales de nulidad se refieren a vicios *in procedendo*, ocurridos durante el procedimiento arbitral, que limiten o vulneren el derecho a la defensa de las partes, viciando de nulidad el resultado del arbitraje: el laudo arbitral.
12. El trámite de la acción de nulidad es especial, y se encuentra establecido en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.
13. La acción de nulidad si bien tiene un trámite especial, se ventila en un proceso de conocimiento, por ser un procedimiento declarativo de derechos, en el que se determina la existencia o no de uno de los vicios taxativamente establecidos en la ley para anular el laudo arbitral.
14. El hecho de que las partes se sometan a arbitraje, justamente impide que los jueces conozcan y resuelvan las cuestiones litigiosas resueltas por los árbitros mediante el laudo arbitral, pero a su vez les otorga la facultad a las partes de que la justicia ordinaria sea quien resuelva respecto de la validez del laudo arbitral dictado.
15. En la acción de nulidad, los jueces resuelven una pretensión diametralmente distinta a lo que resuelven los árbitros en el arbitraje, los jueces resuelven **la validez del laudo arbitral dictado**, no conocen "las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje" puesto que se encuentran vedados de conocer el fondo de la controversia.

16. Las Cortes han dictado fallos contradictorios respecto de los recursos que caben en contra de la sentencia que resuelve la acción de nulidad.
17. En el modelo de Estado Constitucional de Derechos y Justicia, no se requiere de voluntad legislativa alguna, para aplicar los derechos garantizados en la Constitución, que es de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor público, por lo que el derecho al doble conforme debería garantizarse en la sustanciación de la acción de nulidad, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 76 numeral 7 literal m) de la Constitución y de los artículos 28 y 29 del Código Orgánico de la Función Judicial.
18. Con la aplicación de nuestra antigua legislación, específicamente el artículo 321 Código de Procedimiento Civil y el artículo 24 la Ley de la Función Judicial, permitían la aplicación del derecho al doble conforme normativamente, al determinar que siempre que la ley no deniegue expresamente un recurso se entenderá que lo concede, y al determinar la existencia procesos cuya primera instancia estaba a cargo del Presidente de la Corte Provincial de Justicia.
19. El problema en la actualidad radica en que nuestra ley no determina qué órgano de la Función Judicial es competente para conocer el recurso de apelación, más aun cuando existe voluntad legislativa posterior de derogar la norma contenida en el artículo 24 del Código de la Función Judicial, se podría considerar que el juez se arroga funciones del legislativo creando una instancia no prevista en la ley.
20. Pese a que a lo largo de la historia la postura de la Corte Nacional ha sido contradictoria en relación a la procedencia del recurso extraordinario de casación sobre la sentencia que resuelve la acción de nulidad del laudo arbitral, en la actualidad el Art. 226 del Código

Orgánico General de Proceso determina que el recurso extraordinario de casación cabe en contra de sentencias que ponen fin a los procesos de conocimiento, por lo que, a simple vista, este recurso debería ser aceptado por las cortes, en cuanto efectivamente la acción de nulidad se ventila en un proceso de conocimiento.

21. Empero, para la procedencia del recurso extraordinario de casación será de vital importancia que se haya dado paso al recurso de apelación, pues cabe casación únicamente sobre sentencias dictadas por las Salas de la Corte Provincial de justicia, y el Presidente de la Corte Provincial no es una sala de este órgano.

22. Los diversos criterios de las cortes se deben a la discrecionalidad que brinda al juez la falta de claridad en la redacción del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, situación que merece la siguiente reflexión:

El juez tiene el deber de administrar justicia, es decir dar a cada quien lo que –en derecho- le corresponde, esta tarea se concreta a través de la interpretación y aplicación de las normas en cada caso. Sin embargo cuando el juez se encuentra frente a una norma ambigua – como lo es el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación-, que le brinda amplia discrecionalidad en relación a su interpretación, su tarea como administrador de justicia, se puede ver opacada por ciertos sesgos psicológicos inherentes a su condición de ser humano.

Hago esta reflexión en cuanto en la actualidad es común escuchar que los operadores de justicia “no fallan en contra del Estado”, y esto tiene que ver con la llamada ley psicológica de la reciprocidad, Robert Cialdini, renombrado psicólogo americano, señala que es común en todo ser humano favorecer a los intereses de quien te nombra para un cargo, por lo que determinados operadores de justicia parcializados a favor del Estado en la actualidad, pueden encontrar fácilmente en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación,

una herramienta para favorecer los intereses del Estado cuando este se haya sometido a arbitraje.

23. La incorrecta sustanciación de la acción de nulidad puede servir como herramienta a la parte perdedora del arbitraje, para dilatar el cumplimiento de la obligación, frustrando de esta manera las expectativas de la parte ganadora quien esperaba pronta resolución del conflicto al someterse a arbitraje.
24. Es para cerrar la incertidumbre que nos deja la falta de claridad de la ley en establecer reglas claras para la sustanciación de la acción de nulidad del laudo arbitral, la que determina que debe existir una reforma de manera urgente al Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en cuanto es necesario para que el arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos cumpla con su finalidad de ser un proceso célere, eficiente y económico en tiempo.
25. La reforma al artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación es simple, esta norma debe establecer que la acción de nulidad se resuelve en única instancia, y que la sentencia dictada por la Presidencia de la Corte Provincial correspondiente, es inimpugnable e inapelable, al igual que el laudo arbitral.
26. El Código Orgánico General de Proceso moderniza el sistema de administración de justicia actual, garantizando los principios de oralidad, inmediación, concentración, y pretendiendo la celeridad y eficacia en la administración de justicia ordinaria.
27. A simple vista los procedimientos previstos en el nuevo código, son muy eficientes, pero deben ser cumplidos por los administradores de justicia al pie de la letra para que la justicia ordinaria se convierta en

un medio eficiente de solución de conflictos, empero una nueva ley no arreglara los problemas que aquejan a toda la administración de justicia.

28. Existen principios que siempre van a poner en ventaja al sistema de justicia arbitral frente al sistema de justicia ordinaria, pues en efecto la flexibilidad del procedimiento arbitral, la especialidad de los árbitros respecto del caso, y la confidencialidad del arbitraje, son principios que no se van a encontrar en la justicia ordinaria. Adicionalmente me atrevo a manifestar la imparcialidad del procedimiento arbitral es importante, en cuanto en procesos de contratación pública seguidos en contra del Estado, para el contratista sería importante contar con un tribunal que no forme parte del poder judicial del Estado.

29. Finalmente en este trabajo se pudo evidenciar las diferentes posturas de los Tribunales de Justicia, plasmadas en dos procedimientos arbitrales, el caso Consorcio Plainco vs. Municipio de Azogues, y el Caso ASEC vs. Ministerio de Turismo, en ambos casos solo la sustanciación de la acción de nulidad se demoró alrededor de cuatro años, lo que demuestra que efectivamente la acción de nulidad es un método de judicialización del arbitraje, que impide que la controversia se resuelva definitivamente de manera rápida y eficaz.

30. Los argumentos sentados en caso ASEC vs. Ministerio de Turismo, son importantes en relación a una posible reforma al artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, pues señalar que la acción de nulidad del laudo arbitral es un trámite única instancia, corresponde al legislativo.

REFERENCIAS

Glosario

Código de Procedimiento Civil (CPC)

Código Orgánico General de Procesos (COGEP)

Constitución de la República (CRP)

CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones)

CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)

Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)

MASC (Método Alternativo de Solución de Conflictos)

Bibliografía

Caso No. 1037-10-EP, Caso No. 1037-10-EP (Corte Constitucional Ecuatoriana 17 de abril de 2012).

(Latin American Telecom vs. Pacifictel S.A., No. 242-2007 (H. Corte Suprema de Justicia hoy Corte Nacional de Justicia 11 de julio de 2007).

ACLARACIÓN Y AMPLIACIÓN, Resolución No.298-2013 (Corte Nacional de Justicia Sala de lo Civil y Mercantil 22 de noviembre de 2013).

Albónico, P. (2005). *Arbitraje Comercial Internacional* (Vol. Tomo I). Santiago: Editorial Jurídica Chile.

Albuja Guarderas, F. (2014). La acción de nulidad de un laudo arbitral ¿Un proceso de conocimiento? *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 271-284.

Álvarez Sánchez de Movellan, P. (1996). *La anulación del laudo arbitral*. Granada: Comares.

Álvarez Sánchez de Movellán, P. (1996). *La anulación del laudo arbitral*. Granada: comares.

Andrade Cadena, X. (2001). La nulidad de laudos arbitrales. *Revista Ruptura de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE*.

Andrade Cevallos, M. (2011). Ley de Arbitraje y Mediación Transigible y Arbitraje en Equidad. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 204-221.

- Andrade Veloz Abogados. (01 de mayo de 2016). *Andrade Veloz Abogados*. Obtenido de Blog AV:
<http://andradeveloz.com/blog.php?idio=esp&idSubCap=174>
- Ávila Santamaría, R. (2008). *La Constitución del 2008 en el contexto andino - análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Serie Justicia y Derechos Humanos - Neoconstitucionalismo y sociedad.
- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Cabanillas Sánchez, A. (1991). "Título VII" en *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Tecnos.
- Caivano, R. (2000). *El Arbitraje*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.
- Caivano, R. (2008). *La cláusula arbitral evolución histórica y comparada*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario .
- Carnelutti, F. (2000). *Derecho Procesal Civil y Penal*. México D.F.: Oxford.
- Chiriboga, V. (noviembre de 2012). La problemática actual de la acción de nulidad en contra de los laudos arbitrales. *Tesina de grado presentada como requisito para la obtención del título de abogada*. Quito, Ecuador: Universidad San Francisco de Quito.
- Coello García, H. (1995). *Epítome del Título Preliminar del Código Civil . y sus principales relaciones con la Legislación Ecuatoriana*. Cuenca: Universidad del Azuay- serie: textos universitarios.
- Decap Fernández, M. (2014). El juicio oral y los principios de inmediación y contradicción. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 57-76.
- Devís Echandía, H. (2012). *Compendio de Derecho Procesal (Vols. Tomo I - Teoría General del Proceso)*. Bogotá: Temis.
- Galindo Cardona, Á., & García Larriva, H. (2014). Relación entre el Código Orgánico General de Procesos y el procedimiento arbitral. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* , 51-81.
- Gascón Abellán, M., & García Figueroa, A. (2005). *La argumentación en el Derecho* . Lima: Palestra.
- González de Cossio , F. (2014). Procesos constitucionales y procesos arbitrales ¿agua y aceite? *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 229-248.
- González de Cossio, F. (2007). La naturaleza jurídica del arbitraje: un ejercicio de balanceo químico. *Lima Arbitration*, 200-214.

- Jarrosso, C. (1987). LA NOTION D'ARBITRAGE. *Bibliothèque de Droit Privé*, París.
- Jr. Security Cía. Ltda. vs. Productos Avon del Ecuador S.A. (Corte Provincial de Pichincha 30 de junio de 2010).
- Lacruz Berdejo , J. L. (1986). *Elementos de Derecho Civil* (Vol. 3). Barcelona: Librería Bosch.
- Lacruz Mantecón, M. L. (2011). *La Impugnación del Arbitraje*. Madrid: Reus S.A.
- Márchan , J. M., & Andrade, X. (2009). El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial. En C. Conejero, & A. Hierro, *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica*. La Ley: Grupo Wolters Kluwer.
- Marchán, J. M. (2011). La aplicación de la acción de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* , 30.
- Merino Merchán, J. (07 de febrero de 2016). *Confidencialidad y Arbitraje*. Obtenido de *Judice arbitration*: http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/confidentiality/Confidencialidad_y_Arbitraje_-_Jose_Fernando_Merino.pdf
- Neira Orellana, E. (2011). 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 interpretación. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 34-63.
- Prieto Sanchís, L. (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra.
- Prieto Sanchís, L. (2007). *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. Lima: Palestra.
- Proceso No. 04-2010, Proceso No. 04-2010 (Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha 05 de junio de 2012).
- Quasar Nautica Expeditions S.A vs. Ocean Adventures S.A (Presidencia de la Corte Provincial del Pichincha 25 de noviembre de 2009).
- Ramírez Romero, C. (2015). *Principales Cuestiones del Código Orgánico General de Procesos en preguntas y respuestas*. Quito: Corte Nacional de Justicia.
- Reglero Ramos , F. (1991). *El Arbitraje*. Madrid: Montecorvo.

- Robalino Orellana, D. (2011). Arbitraje Comercial Internacional: Intervención Jurisdiccional en el Arbitraje. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 224-242.
- Salcedo Verduga, D. (2007). *EL ARBITRAJE - La Justicia Alternativa* (Segunda Edición Actualizada ed.). Guayaquil, Ecuador: DISTRILIB.
- Sentencia No. 242-2007, 242-2007 (Latin American Telecom vs. Pacifictel S.A.) (H. Corte Suprema de Justicia hoy Corte Nacional de Justicia 11 de julio de 2007).
- Sentencia No.124-15-SEP-CC, 1279-11-EP ;180-11-EP ACUMULADOS (Corte Constitucional Ecuatoriana abril de 22 de 2015).
- Silva Romero, E. (2013). De la obligación de confidencialidad en el arbitraje internacional y materias aledañas. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 133-157.
- Véscovi, E. (1979). *La Casación Civil*. Montevideo: Ediciones Idea.
- Zabala Egas, J. (2009). *Apuntes sobre Neoconstitucionalismo - Acciones de Protección y Ponderación- Acción de Inconstitucionalidad- Proceso Constitucional*. Guayaquil.

SENTENCIAS

- Caso No. 1037-10-EP, Caso No. 1037-10-EP (Corte Constitucional Ecuatoriana 17 de abril de 2012).
- Latin American Telecom vs. Pacifictel S.A., No. 242-2007 (H. Corte Suprema de Justicia hoy Corte Nacional de Justicia 11 de julio de 2007).
- Resolución No.298-2013 (Corte Nacional de Justicia Sala de lo Civil y Mercantil 22 de noviembre de 2013)
- Sentencia de fecha 05 de junio de 2012 (Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, proceso signado con el No. 04-2010)
- Proceso No. 04-2010, (Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha 05 de junio de 2012).
- Quasar Nautica Expeditions S.A vs. Ocean Adventures S.A (Presidencia de la Corte Provincial del Pichincha 25 de noviembre de 2009).
- Sentencia No. 242-2007, 242-2007 (Latin American Telecom vs. Pacifictel S.A.) (H. Corte Suprema de Justicia hoy Corte Nacional de Justicia 11 de julio de 2007).

Sentencia No.124-15-SEP-CC, 1279-11-EP ;180-11-EP (Corte Constitucional Ecuatoriana abril de 22 de 2015).

Sentencia No. 242-2007 , publicada en el R.O Suplemento 542, 6 de marzo de 2009 (H. Corte de Justicia, hoy Corte Nacional)

Sentencia de la Presidencia, 31 de marzo de 2010 (Corte Provincial de Pichincha - caso Taminternacional Cia Ltda. vs. Fernando Albornoz)

Corte Constitucional para el periodo de Transición No. 8, Sentencia publicada en el Registro Oficial, Suplemento 605 de 4 de junio de 2009.

Sentencia 546-10, R.O. Suplemento 350, 18 de octubre de 2012, (Municipio de Quito vs. Compañía Constructora GAR S CC).

Sentencia 57-07 R.O. Suplemento 416, 25 de marzo de 2013(Transinvest S. A., Seguridad Cía. Ltda., y Metromedical Cía. Ltda., en contra de GMI Financial Group INC.),

Sentencia 113-06 R.O. Suplemento 542, 6 de marzo de 2009

sentencias No. 327-2009 (Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia - caso Masgas vs. Oilcorp S.A.)

Sentencia 01 de septiembre de 2009 (Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia)

Sentencia No. 168-2012 (Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Nacional de Justicia)

Sentencia No. 124-15-SEP-CC (Corte Constitucional)

PLEXO NORMATIVO

Código Civil. Publicado en el Registro Oficial S 46 de fecha 25 de junio de 2005.Codificación No. 2005-010

Código Orgánico de la Función Judicial Publicado en el Registro Oficial S 544 con fecha 09 de marzo de 2009.

Código Orgánico General de Procesos. Publicado en el Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015.

Constitución de la República. Publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 octubre de 2008.

Ley de Casación. Publicada en el Registro Oficial S 229 con fecha 10 de marzo de 2004. Codificación No. 2004-0.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.
Publicado en el Registro Oficial 2do S 52 con fecha 22 de octubre de 2009.

Ley Orgánica de la Función Judicial. Publicada en el Registro Oficial No 636 con fecha 09 de marzo de 2009 - Derogada por el Código Orgánico de la Función Judicial Publicado en el Registro Oficial S 544 con fecha 09 de marzo de 2009.

ANEXOS



ANEXO I

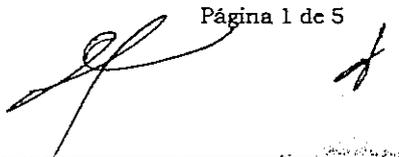


Causa No. 1362-13-EP

Jueza constitucional ponente: Dra. María del Carmen Maldonado Sánchez.

CORTE CONSTITUCIONAL.- SALA DE ADMISIÓN.- Quito D. M., 16 de enero de 2014, las 09:30. **Vistos:** De conformidad con lo dispuesto en los artículos 432 de la Constitución de la República y 197 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y, en virtud del sorteo realizado por el Pleno de la Corte Constitucional, en sesión extraordinaria del miércoles 23 de octubre de 2013, esta Sala de Admisión conformada por los jueces constitucionales María del Carmen Maldonado Sánchez, Ruth Seni Pinoargote y Antonio Gagliardo Loor, en ejercicio de su competencia **AVOCA** conocimiento de la **causa No. 1362-13-EP, acción extraordinaria de protección** presentada con fecha 14 de enero de 2011, por MIGUEL ÁNGEL VALDIVIESO VALENCIA, quien comparece por sus propios y personales derechos. **Antecedentes.-** La presente acción extraordinaria de protección, deviene de una demanda de arbitraje, interpuesta por Miguel Ángel Valdivieso Valencia en contra de CONTASIS S.A., representada por su gerente general, señor Gonzalo Páez Parral, por la existencia de un incumplimiento de contrato de promesa de permuta por parte de dicha compañía. El Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de la Construcción de Quito avocó conocimiento de la demanda arbitral y procedió a la admisión y posterior sustanciación de la misma. Dentro del proceso de sustanciación de la demanda arbitral, por haber encontrado elementos que podían aportar de forma valiosa al proceso y por considerarlos necesarios para el esclarecimiento de los hechos, el señor Miguel Ángel Valdivieso Valencia, en su calidad de parte procesal, solicitó mediante escrito de 18 de noviembre de 2010, la práctica de varias pruebas, mismas que fueron negadas por el Tribunal Arbitral del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito, mediante providencia de fecha 23 de noviembre de 2010, fecha para la cual fuera convocada la diligencia de lectura del laudo arbitral, cuya revocatoria oportunamente fuera solicitada por el señor Miguel Ángel Valdivieso Valencia. El Tribunal Arbitral del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito, emite su laudo arbitral de fecha 24 de noviembre de 2010 en el que resuelve aceptar parcialmente la demanda propuesta por el actor. No conforme con dicha decisión, el actor solicita aclaración del laudo arbitral y

Página 1 de 5



corrección de cálculo de la cantidad ordenada a pagar al demandado contenida en el laudo arbitral. Mediante providencia el 13 de diciembre de 2010, el Tribunal Arbitral del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito resuelve negar dicho pedido. No conforme con dicha decisión, el actor presenta acción extraordinaria de protección. **Decisión judicial impugnada.**- La parte accionante presenta acción extraordinaria de protección en contra de del laudo arbitral de fecha de fecha 24 de noviembre de 2010, a las 10:00, dictado por el Tribunal Arbitral del Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción de Quito. **Término para accionar.**- La presente acción fue presentada dentro del término establecido en el artículo 60 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con el artículo 35 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, reformado mediante la Resolución No. 001-2013-CC., emitida por el Pleno de la Corte Constitucional, el 05 de marzo de 2013 y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 906 del 06 de marzo de 2013. **Derechos constitucionales presuntamente vulnerados.**- El legitimado activo estima que la decisión judicial impugnada, vulnera derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa, contenido en el artículo 76 numeral 7 literales a), b), c), h) y l) de la Constitución de la República del Ecuador. **Argumentación sobre la presunta vulneración de los derechos.**- El accionante, en lo principal, manifiesta que *"El Tribunal Arbitral, SIN MÁS MOTIVACIÓN QUE SU SOLA APRECIACIÓN SUBJETIVA de que ya no necesitaba más pruebas para resolver, decide negar la diligencia de práctica de pruebas dentro del proceso arbitral. Como dejó indicado, el 24 de noviembre de 2010, en la misma Cámara de la Construcción de Quito, recibí la notificación extemporánea de la negativa consignada en la providencia de 23 de noviembre de 2010, en la que se pretendió esbozar una "motivación" que no es tal y que jamás alcanzó a justificar su ilegal e inconstitucional posición"*. **Pretensión.**- El accionante solicita que: *"Que se resuelva y disponga el resarcimiento de la vulneración de mi derecho constitucional que, además, ha derivado en graves perjuicios económicos que también afectan a la propiedad consignado en el artículo 321 de la Norma Suprema"*. Con estos antecedentes, la Sala realiza las



Causa No. 1362-13-EP

siguientes **CONSIDERACIONES: PRIMERO.**- De conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo, del artículo cuarto innumerado, agregado a continuación del artículo 8, del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, la Secretaría General de la Corte Constitucional, con fecha 09 de agosto de 2013, certificó que respecto del caso No. 1362-13-EP, no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción. **SEGUNDO.**- Esta Sala se fundamenta en las siguientes normas: El artículo 10, inciso primero de la Constitución establece: "*Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales*". El artículo 86, numeral 1 ibídem señala: "*Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución*". **TERCERO.**- Respecto de la presente acción, el artículo 94 de la Constitución de la República, establece: "*La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución*"; adicionalmente, el artículo 437 del texto constitucional determina: "*Los ciudadanos en forma individual o colectiva podrán proponer 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 concordancia con el artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que indica: "*La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución*". En la misma línea, los artículos 61 y 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Causa No. 1362-13-EP

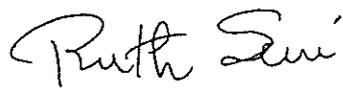
prevén los requisitos formales y de admisibilidad de la acción extraordinaria de protección. **CUARTO.-** De la revisión y análisis de la presente acción extraordinaria de protección, esta Sala considera que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en sus artículos 61 y 62, establece los requisitos de admisibilidad para la acción extraordinaria de protección. De la revisión de la demanda, y de los documentos que se acompañan a la misma, se encuentra que en el presente caso, el accionante presenta acción extraordinaria de protección contra el laudo arbitral sobre el cual se encontraba facultado legalmente para presentar la correspondiente acción de nulidad del laudo arbitral, tal como lo establece la Ley de Arbitraje y Mediación. La falta de requerimiento del accionante, configura la causal tercera del artículo 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional referente a la demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios, además que no cumple con lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución de la República, que dispone que la acción extraordinaria de protección procederá cuando se hayan agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios disponibles dentro del término legal para el efecto; por lo que, de conformidad con el artículo 12 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, esta Sala **INADMITE** a trámite la causa No. 1362-13-EP. De esta decisión no cabe recurso alguno y la misma causará ejecutoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 440 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 12, penúltimo inciso, del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional.- Remítase el caso a Secretaría General para el archivo de la causa y la devolución del expediente a la judicatura de origen. **NOTIFÍQUESE.-**

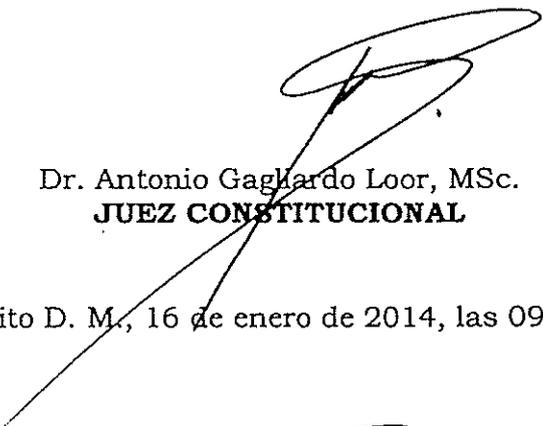


**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

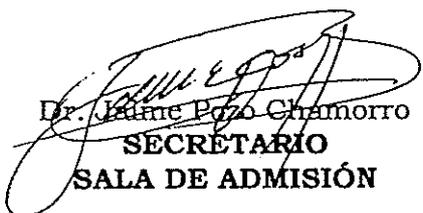
Causa No. 1362-13-EP


Dra. Ma. del Carmen Maldonado Sánchez
JUEZA CONSTITUCIONAL


Dra. Ruth Seni Pinoargote
JUEZA CONSTITUCIONAL


Dr. Antonio Gagliardo Loor, MSc.
JUEZ CONSTITUCIONAL

LO CERTIFICO.- Quito D. M., 16 de enero de 2014, las 09:30.

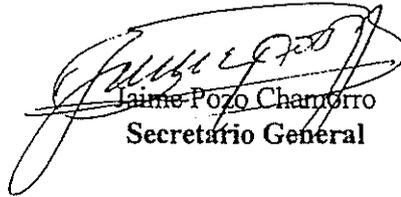

Dr. Jaime Pozo Chamorro
**SECRETARIO
SALA DE ADMISIÓN**



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

CASO NRO. 1362-13-EP

RAZÓN.- Siento por tal que, en la ciudad de Quito, a los veintitrés días del mes de enero del dos mil catorce, se notificó con copia certificada del auto de 16 de enero de 2014, al señor Miguel Ángel Valdivieso Valencia, en la casilla judicial 4730, conforme constan de los documentos adjuntos.- Lo certifico.-


Jaime Pozo Chamorro
Secretario General

JPCH/mfj



ANEXO II

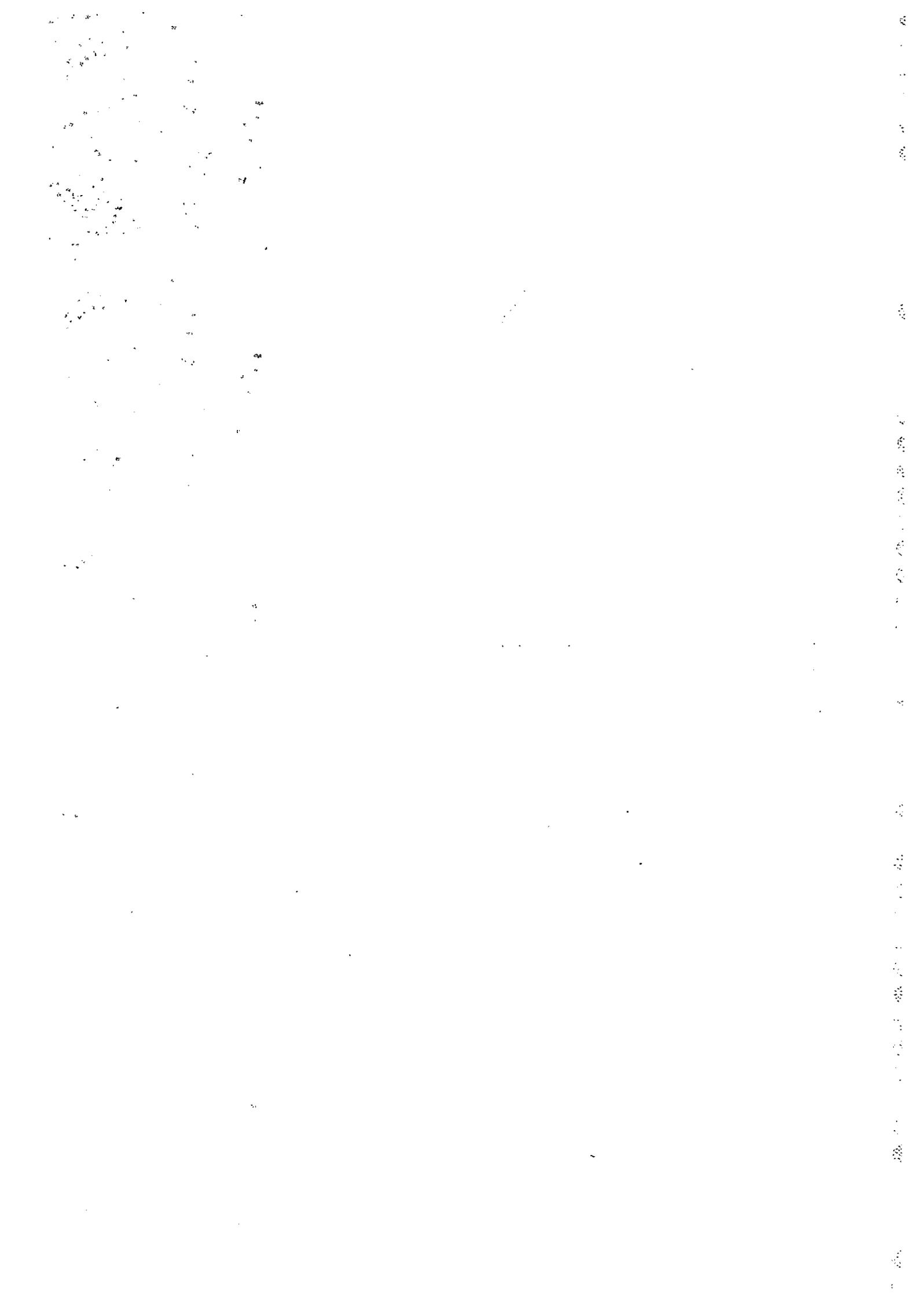




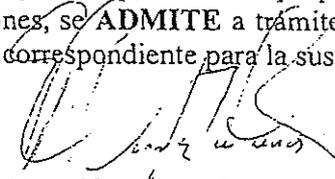
CORTE
CONSTITUCIONAL

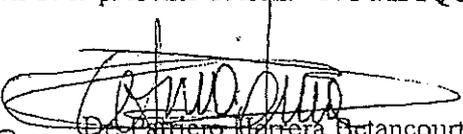
Juez Ponente: Patricio Pazmiño Freire

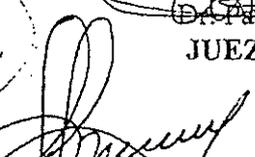
CORTE CONSTITUCIONAL, PARA EL PERIODO DE TRANSICION.- SALA DE ADMISION.- Quito D.M., 30 de noviembre del 2010, las 16H32.-Vistos.- De conformidad con las normas de la Constitución de la República aplicables al caso, el Art. 197 y la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 52 de 22 de octubre de 2009 y del sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión ordinaria de 19 de agosto de 2010, la Sala de Admisión conformada por los señores doctores: Alfonso Luz Yunes, Patricio Herrera Betancourt y Patricio Pazmiño Freire, jueces constitucionales, en ejercicio de su competencia AVOCA conocimiento de la causa N.º 1037-10-EP, *acción extraordinaria de protección* presentada por 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 derechos que representa de la Compañía ROS & LO CIA: LTDA; y, Jorge Rosillo Claudet, por sus propios derechos, en contra de la "providencia" expedida el 21 de junio e 2010, las 15h40, por el Tribunal Arbitral y de Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, por la cual se le niega la "acción de nulidad presentada en este proceso". Sostiene que la acción extraordinaria de protección se ha instituido para garantizar la "constitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales" y que, aunque los árbitros no forman parte de la función pública, ejercen potestad jurisdiccional conforme al Art. 90 de la Constitución. Consideran que la providencia impugnada vulnera "...el derecho a la tutela efectiva, garantizado en el art. 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 que existe siempre que se incumple el deber de motivación y se incumple el derecho a recurrir una resolución". La demanda se centra en gran parte ha realizar un análisis doctrinario de los derechos invocados, apoyado en los criterios de ciertos tratadistas y las sentencias constitucionales emitidas por Tribunales y Cortes Constitucionales. Señalan de manera concreta que en el procedimiento arbitral se omitió practicar la declaración de testigos, solicitada oportunamente, lo cual condujo a una valoración probatoria que no garantizó a las partes procesales la protección de sus intereses. Manifiestan, así mismos, que se ha colocado a los recurrentes en un estado de incertidumbre e indefensión, al haberse inadmitido la "Acción de Nulidad" presentada para ante el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil, por supuestamente haberse presentado fuera del término legal, basándose el Tribunal en una supuesta jurisprudencia que no tiene ninguna relación con el contenido del auto recurrido, lo cual constituye denegación de justicia y falta de motivación. Solicitan, en consecuencia "...declarar la inconstitucionalidad del auto que inadmite la acción de nulidad dictado el 21 de junio de 2010 a las 15h41 (...) 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". Al respecto, se considera: PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el Art. 17 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, la Secretaría General de la Corte Constitucional ha certificado que no se ha presentado otra demanda con identidad de objeto y acción. SEGUNDO.-El Art. 10 de la Constitución establece que "las personas,



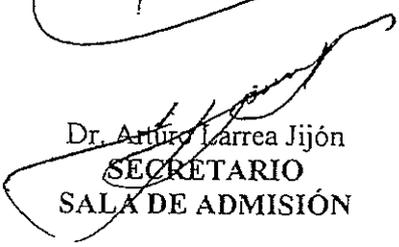
comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales". El numeral 1 del Art. 86 ibídem señala que "Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución", adicionalmente, en el Art. 437 del texto constitucional se determina que la acción extraordinaria de protección podrá presentarse "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". **TERCERO.**- El Art. 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con el Art. 94 de Constitución, establece que: "La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución". **CUARTO.**- Los Arts. 61 y 62 ibídem, prevén los requisitos formales y de admisibilidad de la acción extraordinaria de protección. Esta Sala considera que en aplicación de las normas referidas en los considerandos anteriores, la presente demanda de acción extraordinaria de protección reúne los requisitos de procedibilidad establecidos en la Constitución de la República, así como los requisitos formales exigidos para la presentación de la demanda previstos en el Art. 61 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Por lo expuesto y sin que esto implique un pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones, se **ADMITE** a trámite la acción de protección No. 1037-10-EP. Procédase al sorteo correspondiente para la sustanciación de la presente acción.- **NOTIFÍQUESE.**


Dr. Alfonso Luz Yunes
JUEZ CONSTITUCIONAL


Dr. Patricio Herrera Betancourt
JUEZ CONSTITUCIONAL

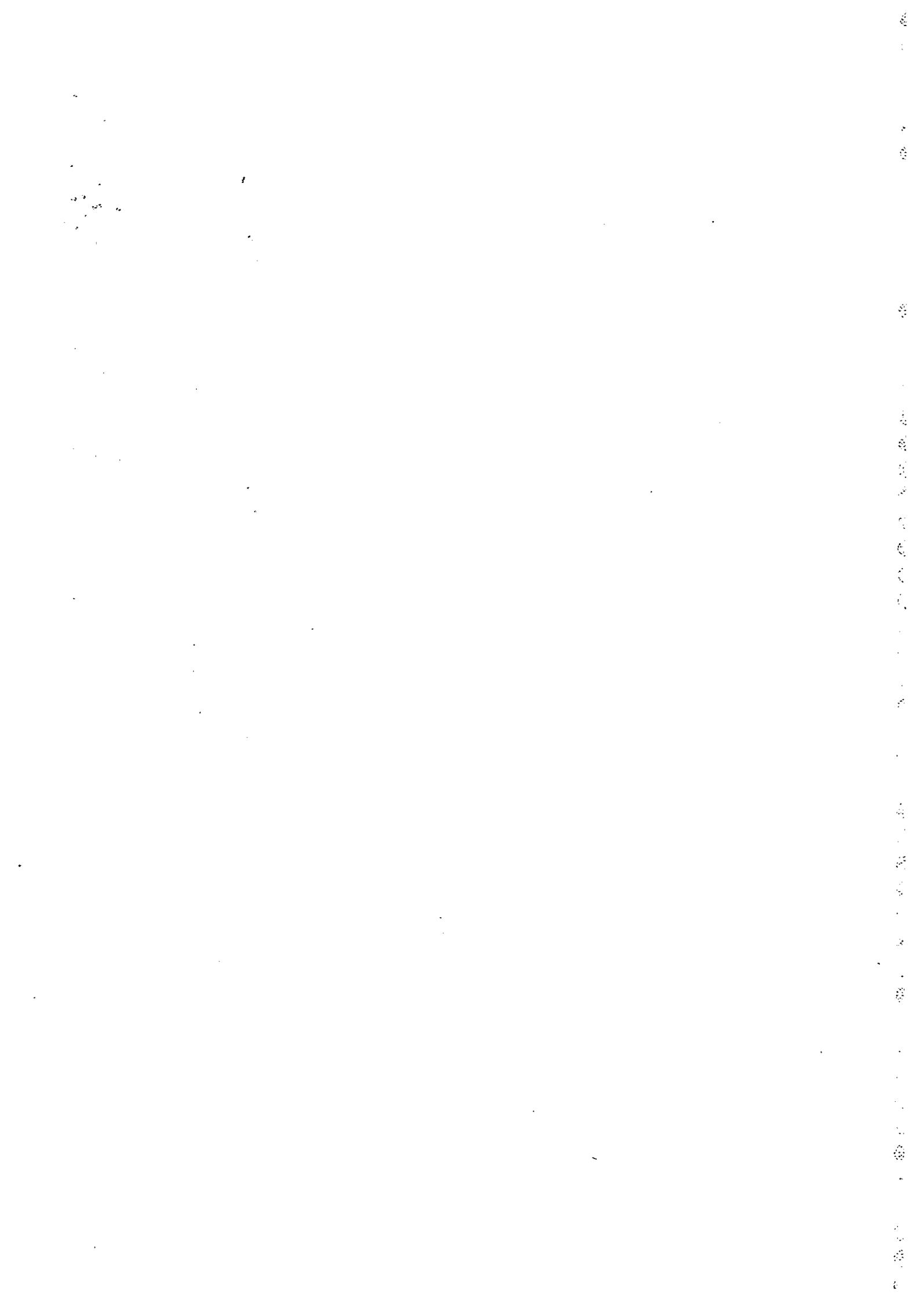

Dr. Patricio Pazmiño Freire
JUEZ CONSTITUCIONAL

LO CERTIFICO.- Quito D.M., 30 de noviembre del 2010, las 16H32

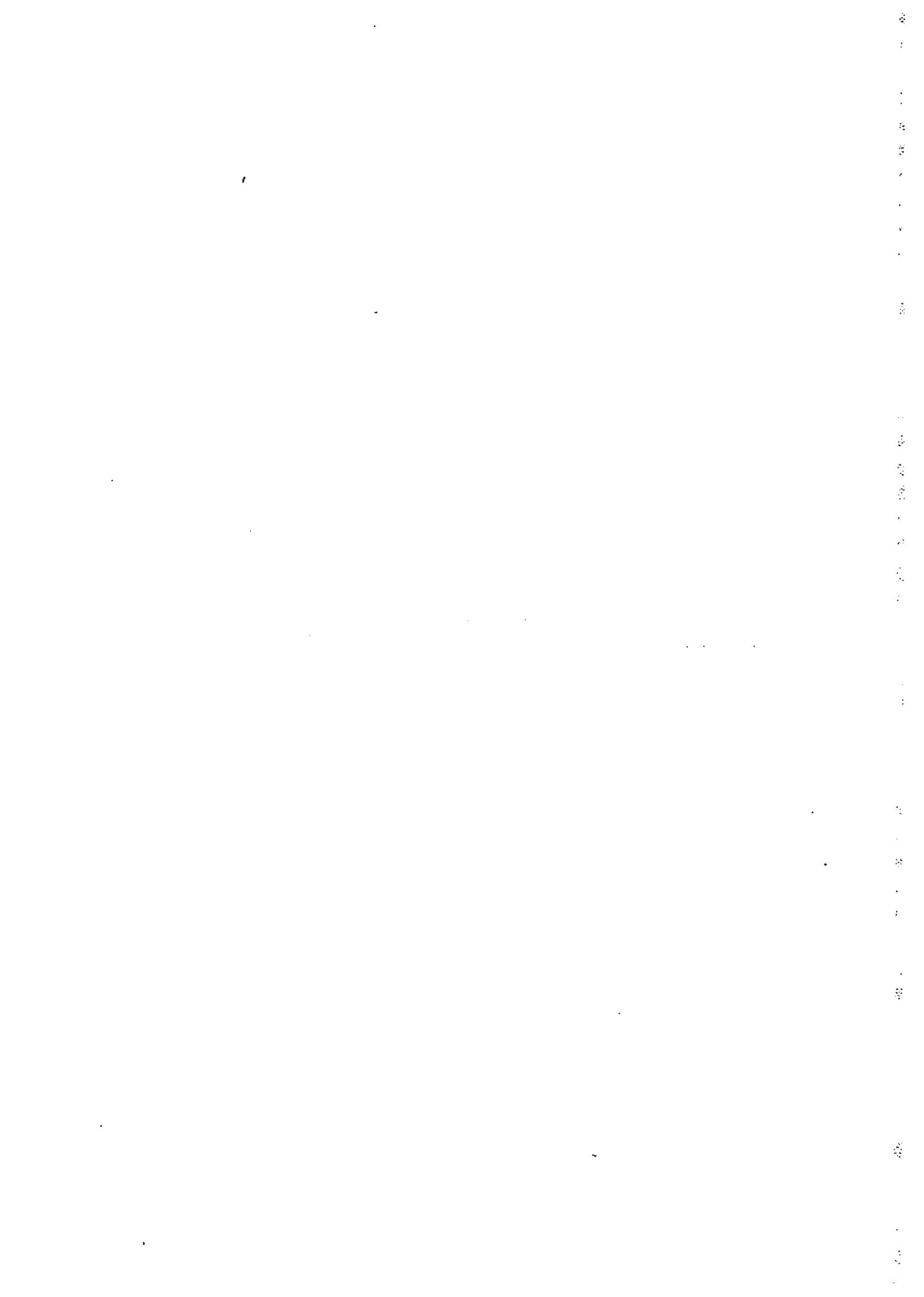

Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO
SALA DE ADMISIÓN

JP.

23 # 26



ANEXO III





CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

Quito, D. M., 22 de abril del 2015

SENTENCIA N.º 124-15-SEP-CC

CASO N.º 1279-11-EP y 1280-11-EP ACUMULADOS

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

I. ANTECEDENTES

Resumen de admisibilidad

Caso N.º 1279-11-EP

El 12 de julio de 2011, ante los jueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, compareció el abogado Marcos Iván Caamaño Guerrero, en su calidad de coordinador general jurídico y delegado de la ministra de Transporte y Obras Públicas y del procurador general del Estado, y presentó acción extraordinaria de protección en contra del auto definitivo emitido el 16 de junio de 2011. Para el efecto, expresa en su demanda:

Impugno dentro del término legal que para el efecto tengo, con la presente acción extraordinaria de protección, la providencia dictada el 16 de junio de 2011 (...) por los señores jueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, providencia de la que con la misma fecha y hora, consta el pronunciamiento del doctor Juan Toscano Garzón, quien igualmente emitiera voto salvado respecto del auto dictado por la Sala el día lunes 26 de abril de 2011 (...) y con el que se negó al Ministerio y a la Procuraduría General del Estado el recurso de casación propuesto legítimamente y en defensa de los intereses del Estado.

De conformidad con lo establecido en el segundo inciso del artículo 17 del 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 de 2010, la Secretaría General de la Corte Constitucional, para el período de transición, certificó que la acción 1279-11-EP, acción extraordinaria de protección presentada por Marcos Iván Caamaño Guerrero, coordinador general jurídico del Ministerio de Transporte y Obras Públicas en contra de la providencia de 16 de junio de 2011, tiene relación con el caso N.º 1280-11-EP, que se encuentra en trámite

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, conformada por los jueces constitucionales Ruth Seni Pinoargote, Hernando Morales Vinueza y Édgar Zárate Zárate, mediante auto del 22 de mayo de 2012, admitió a trámite las acciones extraordinarias de protección acumuladas N.º 1279-11-EP y 1280-11-EP.

Mediante memorando N.º 133-CC-SA-SG del 03 de septiembre de 2012, el secretario general encargado de la Corte Constitucional, para el período de transición, remitió a la ex jueza constitucional, Nina Pacari Vega, los casos sorteados por el Pleno del Organismo en sesión extraordinaria del 30 de agosto de 2012, entre los cuales se encontraban las causas acumuladas 1279-11-EP y 1280-11-EP, a fin de que proceda con la correspondiente sustanciación de las mismas.

El 06 de noviembre de 2012 se posesionaron ante el Pleno de la Asamblea Nacional los jueces de la Primera Corte Constitucional, integrada conforme lo dispuesto en los artículos 432 y 434 de la Constitución de la República.

De conformidad con el sorteo realizado por el Pleno de la Corte Constitucional en sesión extraordinaria del jueves 03 de enero de 2013, el secretario general de la Corte Constitucional remitió a la jueza constitucional, Ruth Seni Pinoargote, las causas para la correspondiente sustanciación, entre las cuales se encuentra la causa N.º 1279-11-EP.

El 04 de septiembre de 2014, la jueza constitucional, Ruth Seni Pinoargote, avocó conocimiento de la acción extraordinaria de protección signada con el número 1279-11-EP, formulada por el abogado Marcos Iván Caamaño Guerrero, coordinador general jurídico del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, y de la acción extraordinaria de protección N.º 1280-11-EP, formulada por el doctor Francisco Grijalva Muñoz, director nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje de la Procuraduría General del Estado, disponiendo en lo principal la acumulación al caso N.º 1279-11-EP de la causa N.º 1280-11-EP. De igual manera, dispuso la notificación de dicha providencia a los jueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, así como a los representantes del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, así como a la Procuraduría General del Estado a través de titular, el procurador general del Estado, así como a sus directores nacionales de patrocinio y de asuntos internacionales y arbitraje. Finalmente, se dispuso la notificación de dicho auto al gerente general y/o representante legal de la compañía Fiduciaria Ecuador Fiduecuador S. A., administradora de fondos y fideicomisos, antes compañía Stanford Trust Company, Administradora de Fondos y Fideicomisos S. A., y al señor representante de la compañía VIAL FABARA y



ASOCIADOS CÍA. LTDA.

Caso N.º 1280-11-EP

El 13 de julio de 2011, ante la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, compareció el doctor Francisco Grijalva M., en calidad de director nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje de la Procuraduría General del Estado y presentó acción extraordinaria de protección en contra del auto definitivo expedido el 16 de junio de 2011, mediante el cual se negó los recursos de hecho planteados a la negativa de atender los recursos de casación presentados por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y la Procuraduría General del Estado.

A fs. 23 del expediente constitucional correspondiente a la causa N.º 1280-11-EP, consta la certificación expedida por la Secretaría General de la Corte Constitucional, para el período de transición, del 27 de julio de 2011, mediante la cual certifica que la causa N.º 1280-11-EP tiene relación con el caso N.º 1279-11-EP, mismo que se encuentra en trámite.

La Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, conformada por los jueces constitucionales Ruth Seni Pinoargote, Roberto Bhrunis Lemarie y Hernando Morales Vinueza, avocó conocimiento de la causa N.º 1280-11-EP y luego de señalar que “el caso en cuestión ha sido iniciado a trámite en la Secretaría General con copias simples de la demanda, y que existe el caso N.º 1279-11-EP, mismo que contiene los documentos originales referentes a dicha acción”, dispuso devolver el caso 1280-11-EP a la Secretaría General, a fin de que sea acumulado y se unifique en el expediente 1279-11-EP toda la documentación que reposa en la Corte respecto de la acción presentada por Francisco Grijalva Muñoz, en calidad de director nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje de la Procuraduría General del Estado.

El 17 de enero de 2012, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, para el período de transición, conformada por los jueces constitucionales Ruth Seni Pinoargote, Roberto Bhrunis Lemarie y Hernando Morales Vinueza, avocó conocimiento de la causa N.º 1280-11-EP y dispuso:

PRIMERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, la Secretaría General de la Corte Constitucional ha certificado que el presente caso tiene relación con el caso N.º 1279-11-EP, mismo que se encuentra en trámite. **SEGUNDO.-** Considerando que el caso en cuestión ha sido iniciado a trámite en la Secretaría General con copias simples de la demanda, y, que existe el caso N.º 1279-11-EP, mismo que contiene los documentos originales referentes a dicha acción, se devuelve el caso 1280-

11-EP a la Secretaría General a fin que sea acumulado y se unifique en el expediente 1279-11-EP, toda la documentación que reposa en esta Corte respecto de la acción presentada por Francisco Grijalva Muñoz, en calidad de director nacional de asuntos internacionales y arbitraje de la Procuraduría General del Estado, especialmente la que se remite por tratarse de la misma acción.

El 22 de mayo de 2012, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, conformada por los jueces constitucionales Ruth Seni Pinoargote, Édgar Zárate Zárate y Hernando Morales Vinuesa, avocó conocimiento de las causas 1279-11-EP y 1280-11-EP y admitió a trámite las acciones extraordinarias de protección acumuladas.

A fs. 22 y vuelta del expediente correspondiente a la causa N.º 1280-11-EP, consta una copia simple de la providencia expedida el 04 de septiembre de 2014, mediante la cual la jueza constitucional, Ruth Seni Pinoargote, avocó conocimiento de la acción extraordinaria de protección signada con el número 1279-11-EP formulada por el abogado Marcos Iván Caamaño Guerrero, coordinador general jurídico del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, y de la acción extraordinaria de protección N.º 1280-11-EP formulada por el doctor Francisco Grijalva Muñoz, director nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje de la Procuraduría General del Estado, disponiendo en lo principal la acumulación al caso N.º 1279-11-EP de la causa N.º 1280-11-EP.

De la solicitud y sus argumentos

Causa N.º 1279-11-EP

El abogado Marcos Iván Caamaño Guerrero, coordinador general jurídico y delegado de la ex ministra de Transporte y Obras Públicas, María de los Ángeles Duarte, y del procurador general del Estado, expresa en lo principal que el 09 de febrero de 2011, la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha dictó sentencia dentro del juicio de nulidad de laudo arbitral, mediante la cual se desestimó las pretensiones del Ministerio de Transporte y Obras Públicas y Procuraduría General del Estado y se confirmó la decisión expedida por la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que a su vez negó la acción de nulidad presentada en contra del laudo arbitral.

Explica que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, dentro del término legal, solicitó aclaración y ampliación de la sentencia expedida por la Sala, misma que fue negada mediante auto dictado el 14 de marzo de 2011. Posteriormente, dicha Cartera de Estado interpuso recurso de casación, al igual que lo hizo el director



nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje de la Procuraduría General del Estado; sin embargo, mediante auto del 26 de abril de 2011, mediante voto de mayoría, la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales rechazó los recursos de casación presentados y posteriormente, mediante providencia del 16 de junio de 2011, negó las peticiones de ampliación y aclaración, encontrándose esta última providencia ejecutoriada.

Manifiesta que lo actuado por la mayoría de la Sala para negar la interposición del recurso de casación “carece de motivación y no analiza ni someramente los principios y normas que sustentan el recurso indicado, omitiendo la obligada valoración de lo que implica el juicio de nulidad de un laudo arbitral dictado en oposición a expresas disposiciones de una ley especial y tratándolo como un recurso contra un laudo arbitral cuando el proceso incoado es el de un juicio de nulidad arbitral, por lo que se han violentado las garantías constitucionales que otorgan a los litigantes el derecho a ejercer la legítima defensa de sus intereses”.

Expresa que los jueces provinciales, en forma equívoca y forzada, fundamentan su decisión señalando que el arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada y cuya existencia impide a la Función Judicial conocer cuestiones litigiosas sometidas al arbitraje, insistiendo finalmente el abogado Marcos Iván Caamaño, en el caso concreto, que no existió convenio arbitral ni autorización del procurador general del Estado para suscribir el convenio arbitral y, por lo tanto, procedía la acción de nulidad de la cual, además, cabe el recurso de casación, a fin de que la Corte Nacional de Justicia se pronuncie sobre el asunto en mención.

Causa N.º 1280-11-EP

Por su parte, el doctor Francisco Grijalva Muñoz, inicia su exposición señalando que la vulneración de los derechos constitucionales que motivan la acción extraordinaria de protección “se traduce en el hecho que la Primera Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Pichincha niega los recursos de casación y de hecho presentados por el MOP (Ministerio de Transporte y Obras Públicas) y la Procuraduría General del Estado bajo el argumento de que, por una parte la sentencia objeto del recurso de casación no proviene de un juicio de conocimiento y por otra parte los laudos arbitrales no son susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la Ley de Arbitraje y Mediación”.

Explica que con la interposición del recurso de casación a la sentencia dictada el 09 de febrero de 2011, por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Pichincha, la Procuraduría General del Estado pretendió que se efectúe el control de la legalidad de la sentencia que

fue recurrida, considerando como premisa que “la finalidad del recurso de casación, es el control de la legalidad y la realización del derecho objetivo en cada proceso”.

Manifiesta que en el presente caso, la decisión de mayoría de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha vulnera el derecho al debido proceso del Estado ecuatoriano al haberse colocado a una de las partes en indefensión, al negarse los recursos de casación interpuestos, así como el recurso de hecho. Añade que en el sistema interamericano de derechos humanos, el debido proceso legal “abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos y obligaciones están bajo consideración judicial” y que “el debido proceso es una piedra angular del sistema de protección de los derechos humanos; es por excelencia la garantía de todos los derechos humanos y un requisito sine qua non para la existencia de un Estado de Derecho”.

Expresa el representante de la Procuraduría General del Estado que en el presente caso, los requisitos del recurso de casación para el ejercicio del derecho a la defensa y en particular el derecho a ser oído, están en la Ley de Casación y, sin embargo, con la decisión de la Sala de rechazar los recursos de casación y sobre todo los recursos de hecho, se vulnera el derecho al debido proceso y en particular el derecho a la defensa y el derecho a ser oído.

Señala además que tanto la Corte Nacional de Justicia como la ex Corte Suprema de Justicia han aceptado a trámite recursos de casación tales como los procesos: 546-10 (Municipio de Quito en contra de la Compañía Constructora GAR S.C.C.); 292-07 (Senatel en contra de Otecel S. A., y Conecel S. A.); 57-07 (Transinvest S. A., Seguranza Cía. Ltda., y Metromedical Cía. Ltda., en contra de GMI Financial Group INC.); 106-2007 (Pacifictel contra Nedertel).

Finalmente, expresa que en el presente caso se busca que al amparo de lo dispuesto en la Constitución de la República se garanticen los derechos al debido proceso, tutela jurídica, seguridad jurídica, invocando para el efecto la facultad de la Corte Constitucional para revisar decisiones judiciales que garanticen un verdadero avance en la protección a favor de la víctima de violación de derechos constitucionales.



Identificación de los derechos presuntamente vulnerados por la decisión judicial

Caso N.º 1279-11-EP

El abogado Marcos Iván Caamaño, manifiesta que la negativa de ampliación y aclaración solicitadas por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y Procuraduría General del Estado, dejando en firme el auto del 26 de abril de 2011 y por el cual se negó al Estado ecuatoriano el recurso de casación, vulneró el derecho a la seguridad jurídica establecido en el artículo 82 de la Constitución de la República y que se refiere a la seguridad jurídica, al haberse “dejado al Ministerio de Transporte y Obras Públicas en estado de indefensión absoluta”.

Añade que se han inobservado los artículos 424 y 426 de la Constitución de la República, señalando para el efecto que las normas y actos del poder público deben guardar sintonía con las disposiciones constitucionales y que las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Caso 1280-11-EP

El doctor Francisco Javier Grijalva, identifica como derechos constitucionales aquellos contenidos en las siguientes disposiciones constitucionales: Principio de aplicación de los derechos (artículo 11 numerales 3, 4 y 5); seguridad jurídica (artículo 82); debido proceso en la garantía de cumplimiento de normas y procedimientos, así como la garantía de defensa (artículo 76, números 1 y 7); motivación y doble conforme (artículo 76, numeral 7 literales **l** y **m**), finalidades del sistema procesal (artículo 169); aplicación directa de la Constitución (artículo 426); y artículo 8 numeral 2 literal **h** de la Convención Americana de Derechos Humanos que se refiere a la posibilidad de recurrir el fallo a un tribunal superior.

Pretensión concreta

Caso N.º 1279-11-EP

El abogado Marcos Caamaño, coordinador general jurídico del Ministerio de Transporte y Obras Públicas, expresa como pretensión lo siguiente:

Con los fundamentos de hecho y derecho que consigno, así como por cuanto se ha justificado la relevancia constitucional de la presente demanda, solicito de vosotros, señores ministros de la Corte Constitucional, acoger favorablemente la presente acción extraordinaria de protección y con la declaración de la existencia de transgresión de los derechos constitucionales del ministerio de Transporte y Obras Públicas y de la Procuraduría General del Estado, y que se deje sin efecto la actuación constante del auto

dictado por los señores jueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil e Inquilinato de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha emitida dentro de la causa signada con el número 17111-2009-0003 dictada el 26 de abril de 2011 (...) y sobre la que se negó ampliación y aclaración en providencia dictada el jueves 16 de junio de 2011 (...) providencia ésta que se encuentra ejecutoriada y ha puesto ilegalmente fin a la causa al negárenos un derecho constitucional y al haberse violentado los procedimientos legales para beneficiar a la contraparte en desmedro de los sagrados intereses del Estado Ecuatoriano.

Consecuentemente se declarará con lugar la interposición del recurso de casación presentado por el ministerio de Transporte y obras Públicas con la debida delegación conferida para el efecto por el señor Procurador General del Estado y del recurso de casación presentado por la Procuraduría General del Estado a través del director nacional de asuntos internacionales y arbitraje.

Caso N.º 1280-11-EP

La pretensión concreta del accionante, Francisco Grijalva Muñoz, director nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje de la Procuraduría General del Estado, es que "se deje sin efecto el auto de 16 de junio de 2011, expedido por la Primera Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia, donde negó el pedido de revocatoria presentada por el MOP al auto de 30 de mayo de 2011, que niega los recursos de hecho presentados, dentro del juicio N.º 2009-0003 y por lo tanto se disponga la calificación y trámite de los recursos de casación presentados".

Resolución judicial impugnada

El abogado Marcos Iván Caamaño y el doctor Francisco Javier Grijalva Muñoz, en sus respectivas demandas de acción extraordinaria de protección en las causas 1279-11-EP y 1280-11-EP, identifican como decisión judicial impugnada la providencia expedida el jueves 16 de junio de 2011, por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha (voto de mayoría), dentro del juicio N.º 17111-2009-0003.

La decisión judicial referida señala lo siguiente:

CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA, PRIMERA SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL, INQUILINATO Y MATERIAS RESIDUALES.- Quito, jueves 16 de junio de 2011, las 11h04.- Agréguese al proceso el escrito mediante el cual Lilian María Dayana Hernández Villalobos, gerente general – representante legal de la compañía fiduciaria Ecuador Fideucuator S.A. Administradora de fondos y fideicomisos, antes compañía Stanford Trust Company Administradora de Fondos y fideicomisos S.A., contesta oportunamente el traslado realizado en providencia inmediata anterior. Por no haber variado los fundamentos jurídicos expuestos en auto de mayoría dictado el 30 de mayo del año en curso, a las 11h09, no procede y se niega



la revocatoria formulada por el abogado Marcos Iván Caamaño Guerrero, coordinador general jurídico, delegado de la arquitecta María de los Ángeles Duarte Pesantes, ministra de transporte y obras públicas – Delegado del señor Procurador General del Estado, a la vez que se previene a la doctora Nadia Páez de Escobar, con matrícula profesional n.º 2482 del Colegio de Abogados de Pichincha que de continuar presentando solicitudes tendientes a retardar el progreso de la litis, será sancionada por el Código Orgánico de la Función Judicial.- Notifíquese.- f). Dr. Alberto Palacios D., juez presidente, f).- Dra. Beatriz Suárez Armijos, jueza, f).- Dr. Juan Toscano Garzón, juez, voto salvado.

De la contestación y sus argumentos

A fs. treinta y seis del expediente correspondiente a la causa N.º 1279-11-EP consta el oficio N.º 1396-14-CC-JCRSP del 04 de septiembre de 2014, suscrito por el abogado Christian Espinosa Bravo, actuario del despacho de la jueza constitucional sustanciadora, Ruth Seni Pinoargote, mediante el cual pone en conocimiento de los jueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, el contenido de la providencia expedida el 04 de septiembre de 2014 y mediante el cual se dispuso que en el término de cinco días presenten un informe debidamente motivado de descargo sobre los argumentos que fundamentan la demanda.

Sin embargo, de la revisión del expediente constitucional no se advierte que los jueces provinciales hayan dado cumplimiento a lo dispuesto mediante providencia del 04 de septiembre de 2014.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia de la Corte

Las normas contenidas en los artículos 94, 429 y 437 de la Constitución de la República, en consonancia con el artículo 191 numeral 2 literal d de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, y artículo 3 numeral 8 literal b del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, señalan que este Organismo es competente para conocer y resolver la presente causa.

Por cuanto en la tramitación de esta acción han sido observadas las normas previstas en el ordenamiento jurídico constitucional y legal aplicables al caso, se declara su validez.

Naturaleza jurídica de la acción extraordinaria de protección

La Corte Constitucional, al ser el máximo órgano de control, interpretación y administración de justicia en la materia, se encuentra investida de la facultad de preservar la garantía de los derechos constitucionales y así evitar o corregir su vulneración. En este sentido, la Constitución de 2008 plantea la posibilidad de tutelar derechos constitucionales que pudieren ser vulnerados durante la emisión de una sentencia o auto definitivo, resultado de un proceso judicial.

De acuerdo con el artículo 437 de la Constitución de la República, la acción extraordinaria de protección procede cuando se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados, en los que el accionante demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución, una vez agotados 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.

Así, la acción extraordinaria de protección constituye una garantía jurisdiccional creada por el constituyente para proteger los derechos constitucionales de las personas en contra de cualquier vulneración que se produzca mediante determinados actos jurisdiccionales. Por consiguiente, tiene como fin proteger, precautelar, tutelar y amparar los derechos de las personas que, por acción u omisión, sean violados o afectados en las decisiones judiciales.

Determinación del problema jurídico

En el presente caso se ha presentado acción extraordinaria de protección en contra del auto expedido el 16 de junio de 2011, por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, dentro del juicio de acción de nulidad de laudo arbitral signado con el número 2009-0003.

En este contexto, al Pleno de la Corte Constitucional le corresponde examinar si dicho auto produjo vulneración de derechos constitucionales, para lo cual la Corte Constitucional, luego de revisar de modo contextualizado las alegaciones formuladas por las entidades accionantes, ha considerado pertinente formular un problema jurídico que abarque de modo unívoco dichas alegaciones y para el efecto se plantea lo siguiente:

El auto expedido el 16 de junio de 2011, por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha,



¿vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de defensa, específicamente no ser privados del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, establecida en el artículo 76, numeral 7 literal a) de la Constitución de la República?

Resolución del problema jurídico

El auto expedido el 16 de junio de 2011, por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, ¿vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de defensa, específicamente no ser privados del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, establecida en el artículo 76, numeral 7 literal a) de la Constitución de la República?

De acuerdo a la Constitución de la República, el derecho al debido proceso constituye uno de los denominados derechos de protección, y tal como lo ha expresado este Organismo, “[E]s un derecho primordial que les asiste a las partes que se encuentran sometidas a un proceso judicial o administrativo; por tanto existen garantías que deben ser observadas y aplicadas, con el objeto de que el proceso constituya un medio para la realización de la justicia¹”.

En esta misma resolución, la Corte expresó que:

Con el debido proceso no se trata de cumplir un trámite cualquier o dar la apariencia ordenada y simplista de procedimientos reglados (donde importa más la forma que el contenido), sino de garantizar que no se prive a ningún individuo de la oportuna tutela de sus derechos fundamentales y que la sentencia que se dicte, en base a un proceso, sea fundada y en fiel cumplimiento de los principios supremos que se exigen en un Estado de Derecho.

El derecho al debido proceso, entonces, constituye uno de los medios más importantes previstos en el Estado constitucional de derechos y justicia, cuyo propósito principal es dotar a las personas, pueblos, colectivos y comunidades que las acciones, procesos y procedimientos se desarrollen a la luz de estándares de protección efectiva de sus derechos ante los tribunales de justicia, entidades administrativas o de cualquier otra índole en donde se decidan y resuelvan controversias. De allí que debe recordarse el derecho al debido proceso, “se instituye como la garantía constitucional destinada a evitar la acción ilegítima de los poderes públicos, es decir, su función está orientada a impedir que los derechos de la personas sean vulnerados por el ejercicio arbitrario del poder²”.

¹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 001-14-SEP-CC, caso N.º 0830-09-EP

² Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 015-14-SEP-CC, caso N.º 0732-12-EP

En el mismo sentido, se debe tener en cuenta que en el artículo 8 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sobre el debido proceso, se pronuncia de manera amplia y se señala de modo principal que “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Ahora bien, en virtud de su naturaleza compleja, debe recordarse que el debido proceso es un derecho constitucional en sí mismo, que a su vez permite garantizar la tutela efectiva de otros derechos constitucionales cuando las personas activan los mecanismos de protección de tutela de los derechos para que las autoridades judiciales o administrativas inicien, desarrollen y resuelvan las controversias. Pero además de su naturaleza compleja, el derecho al debido proceso tiene una naturaleza compuesta en tanto se estructura sobre la base de una serie de garantías que tienen como propósito garantizar la efectividad del debido proceso. Así, las garantías del debido proceso componen e integran el debido proceso y por lo tanto, para la Corte Constitucional resulta importante que frente a alegaciones y argumentos vinculados a una posible afectación al derecho constitucional al debido proceso, se determine y especifique a cuál de sus garantías se hace mención y en qué medida la inobservancia de dicha garantía ha provocado afectación o vulneración al derecho constitucional principal.

De allí que en el caso *sub examine*, la Corte Constitucional advierte que el doctor Francisco Javier Grijalva Muñoz, director nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje de la Procuraduría General del Estado ha expresado como parte de sus alegaciones que “En el presente caso, la decisión de mayoría de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y materias residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha vulnera el derecho al debido proceso del Estado Ecuatoriano toda vez que se coloca a una de las partes en indefensión, cuando se niega sin más los recursos de casación interpuestos y sobre todo cuando se niega también los recursos de hecho, ignorando lo dispuesto en el inciso primero del artículo 9 de la Ley de Casación y sobre todo actuando contrario a norma expresa”³.

Con este antecedente, la Corte Constitucional, luego de haber identificado que la garantía del debido proceso alegada por el representante de la Procuraduría General del Estado ha sido especificada en la garantía de defensa, procederá a

³ Demanda de acción extraordinaria de protección formulada por el doctor Francisco Javier Grijalva Muñoz, constante en la página 115 del expediente procesal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.



continuación a analizar, tal como ha sido planteado el problema jurídico a ser resuelto, si el auto objeto de impugnación vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de defensa, específicamente no ser privados del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, establecida en el artículo 76 numeral 7, literal a de la Constitución de la República.

Mediante sentencia N.º 008-13-SCN-CC, la Corte Constitucional expresó como parte de su *obiter dictum* que:

Un pilar fundamental del debido proceso se encuentra configurado por el derecho a la defensa: Una de las principales garantías del debido proceso es precisamente el derecho a la defensa entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga.

Recuérdese además que mediante sentencia N.º 026-14-SEP-CC, la Corte Constitucional hizo mención al derecho a la defensa, expresando para el efecto lo siguiente:

La Constitución consigna que nadie podrá ser privado del derecho a un debido proceso y al de defensa; derechos humanos que vinculan directamente los poderes públicos, tanto a la administración y a los tribunales que juzgan; instancias que deben limitar y ceñir sus actuaciones, aún las discrecionales, a la norma. Las partes en un proceso tienen derecho a proponer toda clase de pruebas e intervenir en la práctica de las mismas, las que deben ser tomadas en cuenta y ser valoradas por la instancia juzgadora a la hora de tomar la decisión para desterrar cualquier tipo de indefensión y asegurar la mayor imparcialidad posible⁴.

Ahora bien, de acuerdo a la Constitución de la República, la garantía de defensa establecida en el artículo 76 numeral 7 de la Norma Suprema se manifiesta a su vez por varias garantías específicas, tales como la prohibición de ser privada una persona del derecho a la defensa en cualquier etapa o grado del procedimiento, la publicidad de los procedimientos, la garantía de no ser juzgados más de una vez por la misma causa y materia, la competencia, independencia e imparcialidad del juzgador, la motivación en las resoluciones judiciales, el doble conforme, entre otras.

En el caso que nos ocupa y tal como quedó manifestado *ut supra*, la Procuraduría General del Estado identificó como vulnerada la garantía establecida en el artículo 76 numeral 7, literal a, es decir, aquella que establece que "Nadie podrá ser

⁴ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia N.º 026-14-SEP-CC, caso N.º 1884-12-EP.

privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento”, para efecto de lo cual la Corte Constitucional plantea el siguiente análisis:

El ejercicio del derecho a la defensa se ejerce de modo adecuado en las respectivas etapas y grados de los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico y de acuerdo al esquema de derecho procesal orgánico desarrollado por el legislador en cada una de las materias e instancias. De acuerdo a la Teoría General del Proceso formulada por Eduardo Couture, el vocablo *instancia* se refiere a “cada una de las etapas o grados del proceso y que va desde la promoción del juicio hasta la primera sentencia definitiva; o desde la interposición del recurso de apelación hasta la sentencia que sobre él se dicte. Se habla, entonces, de sentencia de primera o de segunda instancia; de jueces de primera o de segunda instancia; de pruebas de primera o de segunda instancia”⁵.

De esta manera, las partes, en una controversia, tienen la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa de acuerdo a la estructura orgánica procesal o de acuerdo a las instancias establecidas en cada ordenamiento jurídico, debiendo recordarse además y en todo momento que el legislador ha establecido los mecanismos de impugnación que permiten ingresar o activar la jurisdicción correspondiente a jueces superiores. Dicho en otras palabras, los mecanismos de impugnación o denominados *recursos procesales* son los instrumentos que permiten acceder a las otras instancias o etapas procesales y su propósito es garantizar que las partes controvertidas puedan ejercer plenamente su derecho a la defensa ante otras instancias o etapas.

Mediante la sentencia N.º 008-13-SCN-CC citada previamente, la Corte Constitucional expresó sobre este argumento que:

La facultad de impugnar un fallo mediante un recurso procesal habilita a las partes litigantes para que, en el marco del principio de la tutela judicial efectiva, puedan solicitar que su proceso y sobre todo la sentencia derivada del proceso sea sometida a conocimiento de juzgadores de mayor jerarquía, quienes en ejercicio de sus potestades jurisdiccionales están en capacidad de controlar y modificar las decisiones judiciales impartidas por los juzgadores inferiores. Estas impugnaciones, vía recursos, se interponen cuando una parte estima que el juzgador en su sentencia ha infringido normas legales o contenidos doctrinarios; es por ello que el derecho de las partes procesales a recurrir una resolución o fallo, constituyente una garantía que configura su derecho constitucional a un proceso justo.

Desde esta óptica, cuando un tribunal o juez impide de forma ilegítima, injustificada o irrazonable a las partes procesales, acceder a los órganos

⁵ Eduardo Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, Editorial B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2010, p. 139.



CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

Caso N.º 1279-11-EP y 1280-11-EP (acumulados)

Página 15 de 20

jurisdiccionales superiores a través de los recursos previstos en el ordenamiento jurídico, significa una inobservancia al derecho al debido proceso en la garantía de defensa en cuanto a ejercer sus derechos ante otras instancias o etapas orgánicas. No obstante, la Corte Constitucional debe aclarar que el acceso a instancias superiores o etapas de apelación o casación, no constituye per se un derecho absoluto aplicable a todo tipo de procesos y materias, ni mucho menos a la voluntad de las partes, pues como lo ha expresado esta Corte, existe un ámbito sobre regulación de los recursos procesales que queda bajo competencia y determinación del legislador en tanto debe recordarse que el derecho procesal contiene reglas específicas de orden público que tienen como propósito garantizar la igualdad procesal en los procesos contenciosos.

Dicho en otras palabras, la Corte Constitucional debe aclarar que no todo tipo de restricción a instancias o etapas procesales superiores (mediante recursos de apelación, casación o revisión) constituye per se una afectación al derecho al debido proceso en la garantía de defensa; la vulneración se produce cuando existiendo la posibilidad de acceder a una etapa o instancia superior a través de un recurso previsto en el ordenamiento jurídico, la autoridad judicial impide conceder a alguna de las partes procesales dicha impugnación por decisiones injustificadas o irrazonables.

En el caso bajo examen, la providencia objeto de impugnación es aquella dictada el 16 de junio de 2011, y al revisar su contenido se advierte que el razonamiento principal de los jueces provinciales radica en señalar que no han variado “los fundamentos jurídicos expuestos en auto de mayoría dictado el 30 de mayo del año en curso (...), no procede y se niega la revocatoria formulada por el abogado Marcos Iván Caamaño Guerrero”.

Como se puede advertir, el auto objeto de impugnación hace mención a un auto anterior y a través de este último, se decidió ratificar lo decidido en el auto del 30 de mayo de 2011; por esta razón, la Corte Constitucional debe proceder a verificar el contenido del auto expedido en tal fecha a fin de identificar si se ha vulnerado el derecho constitucional al debido proceso en la garantía identificada.

El auto del 30 de mayo de 2011 que contiene la decisión de mayoría de los jueces de la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que en lo principal niega el recurso de hecho presentado por las entidades accionantes, estableció que “En lo que respecta a la técnica procesal, el recurso de hecho debe ser denegado de oficio, cuando la ley niegue expresamente este recurso o el recurso de apelación, conforme dispone el numeral primero del artículo 367 del Código de Procedimiento Civil, así mismo el artículo 2 de la Ley de Casación expresamente manda que ‘El recurso de

casación procede contra las sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento dictados por las Cortes superiores”.

Además, en este auto, los jueces provinciales citan jurisprudencia publicada en la Gaceta Judicial mediante la cual se estableció que:

la impugnación de un laudo arbitral no es un asunto de conocimiento, en atención a lo prescrito en el artículo 32 de la Ley de Mediación y Arbitraje. El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada por terceras personas, que no tienen la calidad e investidura de los jueces de la jurisdicción común por no ser designados por el poder público, sustrayéndolos de la jurisdicción común, previo sometimiento voluntario de las partes en tal decisión y cuya existencia impide a la Función Judicial conocer de las cuestiones litigiosas sometidas al arbitraje. Así la disposición del artículo 31 de la Ley de Mediación y Arbitraje estatuye la inapelabilidad del laudo arbitral, por lo que la decisión arbitral se torna irrevocable y podrá obtenerse su ejecución forzada del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio.

Como consecuencia de aquello, los jueces provinciales señalan que los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca dicha ley y por consecuencia lógica, al encontrarse excluidos de la procedencia del recurso de casación este tipo de juicios, la consecuencia inmediata es que se encuentra negada la posibilidad de acceder al recurso de hecho. Bajo este análisis, los jueces provinciales resuelven, mediante auto del 30 de mayo de 2011, negar el recurso de hecho.

La Corte Constitucional, en efecto, tiene pleno conocimiento y así se ratifica mediante el presente fallo, que de acuerdo a las características propias del sistema arbitral y a la normativa procesal establecida por el legislador mediante la Ley de Arbitraje y Mediación a esta materia, no existe posibilidad de formular recurso de apelación en contra de laudos arbitrales, quedando como único mecanismo de control judicial ordinario la denominada acción de nulidad⁶, prevista en el artículo 31 de dicho cuerpo normativo.

⁶ La Corte Constitucional debe recordar que si bien existe en la jurisdicción ordinaria la posibilidad de efectuar control judicial de los laudos arbitrales mediante acción de nulidad, a través de la sentencia n.º 0123-13-SEP-CC, de fecha 19 de diciembre de 2013, aclaró que “[D]esde la perspectiva de la supremacía de la Constitución y de la tutela de los derechos reconocidos en ella, la acción extraordinaria de protección no debería tener ningún límite al momento de verificar posibles vulneraciones a la Norma Suprema y a sus derechos cuando aquellas se producen como efecto de una resolución con fuerza de sentencia, que en este caso es el laudo arbitral, en el marco de lo previsto en el artículo 94 de la Constitución de la República y del artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional”. Adicionalmente, mediante sentencia n.º 0169-12-SEP-CC, la Corte constitucional expresó: “[...] los métodos *heterocompositivos* de resolución de controversias. La característica común de ambos es la designación de un ente externo a la disputa, o "tercero imparcial", que resuelva el conflicto y cuya decisión debe ser aceptada por las partes, a diferencia de la "autodefensa", o la "autocomposición", en que de una u otra manera la resolución del conflicto se la hace por una sola de las partes. Lo que diferencia a ambos métodos *heterocompositivos* es la fuente inmediata de dicha designación y de la vinculación de las partes a la decisión. En el caso de los jueces, dicha designación tiene como



Sin embargo, no deja de llamar la atención de la Corte Constitucional que los jueces provinciales, en su decisión, hayan formulado una posible relación entre la imposibilidad de recurrir mediante apelación de un laudo arbitral frente a la posibilidad de presentar un recurso de casación en contra de la sentencia que fue dictada en segunda instancia por la propia Primera Sala el 09 de febrero de 2011, al resolver la acción de nulidad planteada.

Por ello, debe tomarse en cuenta, como antecedente, que el 13 de julio de 2007, el Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de la Construcción de Quito expidió el laudo arbitral que resolvió la controversia principal, y que el director de asesoramiento legal del Ministerio de Transporte y Obras Públicas y delegado del procurador general del Estado, presentó la acción de nulidad del laudo arbitral, ante el presidente de la Corte Superior de Justicia de Pichincha.

La sentencia que resolvió en primera instancia la acción de nulidad fue expedida por la presidenta de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, María de los Ángeles Montalvo Escobar, el 19 de noviembre de 2008; dicha sentencia fue recurrida mediante recurso de apelación formulado por las entidades accionantes y como consecuencia de aquello, la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, en su calidad de órgano de segunda instancia, resolvió mediante sentencia del 09 de febrero de 2011, el recurso de apelación y confirmó la sentencia subida en grado.

Posterior a aquello, tanto el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, como la Procuraduría General del Estado formularon recurso de casación en contra de la sentencia expedida en segunda instancia; así, mediante auto del 26 de abril de 2011, la Sala de lo Civil, mediante voto de mayoría, negó los recursos de casación presentados; luego, el 30 de mayo de 2011, la Sala negó el recurso de hecho planteado ante la negativa de concesión de recurso de casación, y el 06 de junio de 2011, (providencia impugnada), la Sala negó finalmente la revocatoria a dicho auto, solicitada por las entidades accionantes.

Como se puede advertir, ni el Ministerio de Transporte y Obras Públicas ni la Procuraduría General del Estado han tenido como pretensión formular un recurso de casación en contra del laudo arbitral, en tanto como ha quedado debidamente explicado, la única acción procesal de control judicial ordinaria, prevista en el ordenamiento jurídico ecuatoriano para los laudos arbitrales, es la acción de

 fuente inmediata la norma constitucional y legal, mientras que para quienes ejercen el arbitraje, la fuente es convencional, pues consta en un convenio sujeto a la voluntad de las partes". 

nulidad establecida en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Las constancias procesales demuestran que el recurso de casación fue planteado en contra de la sentencia dictada en segunda instancia por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y materias residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que a su vez resolvió el recurso de apelación planteado en contra de la sentencia expedida en primera instancia por la presidenta de dicha Corte Provincial de Justicia.

De allí que el argumento expresado por dichos jueces provinciales en el auto del 30 de mayo de 2011, al señalar que “la impugnación de un laudo arbitral no es un asunto de conocimiento, en atención a lo prescrito en el artículo 32 de la Ley de Mediación y Arbitraje. El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada por terceras personas...” y que “...la disposición del artículo 31 de la Ley de Mediación y Arbitraje estatuye la inapelabilidad del laudo arbitral, por lo que la decisión arbitral se torna irrevocable y podrá obtenerse su ejecución forzada del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio”, deviene en irrazonable, porque ha quedado demostrado que la pretensión de las entidades accionantes no tiene relación con la argumentación expresada por dichos jueces provinciales.

Por esta razón, a criterio de la Corte Constitucional, los autos expedidos el 26 de abril, 30 de mayo y 06 de junio de 2011, han denegado injustificadamente los recursos de casación solicitados por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y la Procuraduría General del Estado, más aún cuando las partes intentaron activar el recurso de hecho o recurso de queja para que tal petitorio sea atendido; de allí que como consecuencia ha quedado evidenciado que los jueces impidieron que las entidades accionantes con la garantía de acceder al órgano jurisdiccional de casación para que este efectúe el correspondiente control de legalidad de la sentencia dictada en segunda instancia.

No existe por tanto justificación para que los jueces provinciales hayan pretendido argumentar la inapelabilidad del laudo arbitral como razón suficiente para negar el recurso de casación planteado en contra de una providencia judicial expedida por una Sala de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha; además, tampoco se evidencia razón suficiente para que los jueces provinciales señalen que de acuerdo a la jurisprudencia constante en la gaceta judicial N.º 07, año CII, serie XVII, página 1909, debe tenerse en cuenta la impugnación de un laudo arbitral no es un asunto de conocimiento, en atención a lo prescrito en el artículo 32 de la Ley de Mediación y Arbitraje, porque justamente ha de reiterarse que ni el Ministerio de Transporte y Obras Públicas ni la Procuraduría General del Estado han intentado plantear un recurso de casación en contra del laudo arbitral, en tanto aquello no está permitido en nuestro sistema procesal.



Por todas estas consideraciones, la Corte Constitucional ha llegado a la conclusión de que los jueces provinciales negaron de modo reiterado, irrazonable e injustificado los recursos de casación a través de la expedición de las providencias del 26 de abril, 30 de mayo y 06 de junio de 2011, restringiendo así el derecho de las partes a la garantía de hacer valer sus derechos ante el órgano de casación, es decir, la Corte Nacional de Justicia. Así, se establece que dichas resoluciones deben ser dejadas sin efecto a fin de salvaguardar la protección del derecho constitucional al debido proceso en la garantía invocada por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y la Procuraduría General del Estado.

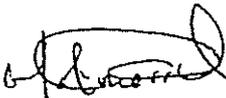
III. DECISIÓN

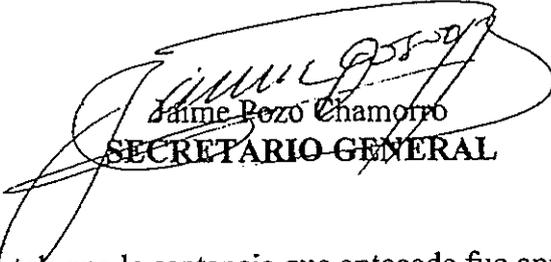
Por lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional expide la siguiente:

SENTENCIA

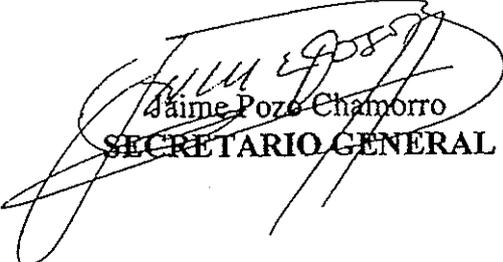
1. Declarar que existió vulneración del derecho constitucional al debido proceso en la garantía de defensa, específicamente no ser privados del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, establecida en el artículo 76, numeral 7 literal a de la Constitución de la República
2. Aceptar la acción extraordinaria de protección planteada.
3. Como medidas de reparación se dispone lo siguiente:
 - 3.1. Dejar sin efecto el auto expedido el 16 de junio de 2011, por la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, así como los autos del 26 de abril y 30 de mayo de 2011.
 - 3.2. Disponer que la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha remita las causas correspondientes a la Corte Nacional de Justicia, en virtud de los recursos de casación constantes en aquellas, a fin de que el tribunal de casación resuelva lo que en derecho corresponda.

4. Notifíquese, publíquese y cúmplase.


Wendy Molina Andrade
PRESIDENTA (e)


Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

Razón: Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional, con siete votos de las señoras juezas y señores jueces: Antonio Gagliardo Loor, Marcelo Jaramillo Villa, Tatiana Ordeñana Sierra, Alfredo Ruiz Guzmán, Ruth Seni Pinoargote, Manuel Viteri Olvera y Wendy Molina Andrade, sin contar con la presencia de los jueces María del Carmen Maldonado Sánchez y Patricio Pazmiño Freire, en sesión del 22 de abril del 2015. Lo certifico.


Jaime Pozo Chamorro
SECRETARIO GENERAL

JPCH/mbm/ccp

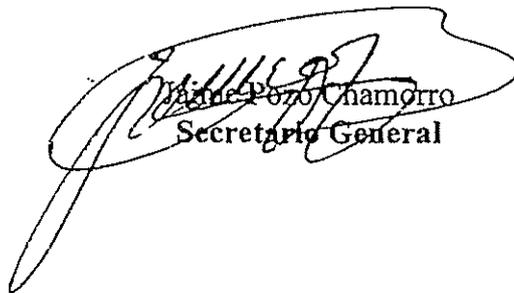




CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

CASOS Nros. 1279-11-EP y 1280-11-EP ACUMULADOS

RAZÓN.- Siento por tal, que la jueza Wendy Molina Andrade, suscribió la presente sentencia el día miércoles 20 de mayo del 2015, en calidad de presidenta (e) de la Corte Constitucional, al momento de expedirse la misma.- Lo certifico.


Jaime Pozo Chamorro
Secretario General

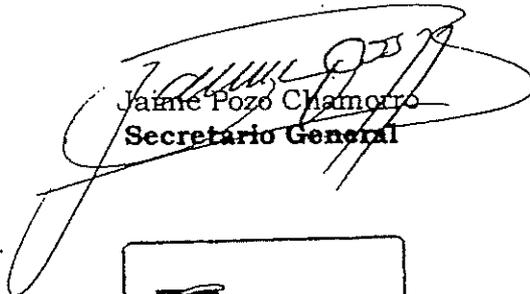
JPCH/LFJ



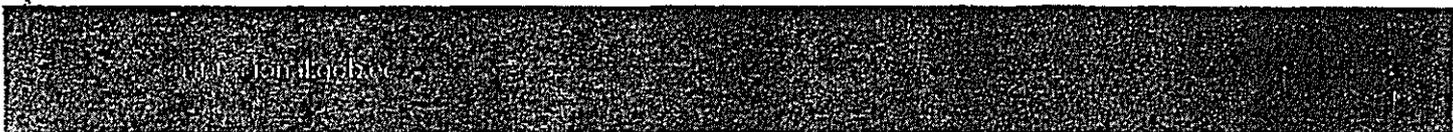
CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

CASO Nro. 1279-11-EP Y 1280-11-EP ACUMULADOS

RAZÓN.- Siento por tal que, en la ciudad de Quito, a los dieciocho, veinte y veintiún días del mes de mayo del dos mil quince, se notificó con copia certificada de la sentencia 124-15-SEP-CC de 22 de abril de 2015, a los señores: Coordinador General Jurídico, delegado del Ministro de Transporte y Obras Públicas en la casilla constitucional 035 y en los correos electrónicos npaez@mtop.gob.ec; amoreta@mtop.gob.ec ; Lilian María Dayana Hernández Villalobos, Gerente General de la Compañía Fiduciaria Ecuador, FIDUECUADOR S.A. en la casilla constitucional 137, judicial 239; Christel Gaibor Flor, Directora Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje, delegada del Procurador General del Estado en la casilla constitucional 018 y en los correos electrónicos falbuja@pge.gob.ec; ifmartinez@pge.gob.ec; cgaibor@pge.gob.ec; fgrijalva@pge.gob.ec; tbalarezo@pge.gob.ec; Procurador General del Estado en la casilla constitucional 18, jueces de la Sala Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, mediante oficio 2339-CCE-SG-NOT-2015, a quienes además se devolvieron los expedientes 104-2008 y 104-2.008-BL; conforme consta de los documentos adjuntos.- Lo certifico.-


Jaime Pozo Chamorro
Secretario General

JPCH/mmm





**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

GUIA DE CASILLEROS CONSTITUCIONALES No. 257

ACTOR	CASILLA CONSTITUCIONAL	DEMANDADO/TERCER INTERESADO	CASILLA CONSTITUCIONAL	NRO. DE CASO	FECHA DE RESO. SENT. DICT. PROV. O AUTOS
		GERENTE HOSPITALARIO DEL HOSPITAL "DR. GUSTAVO DOMINGUEZ Z"	042	0070-11-IS	SENTENCIA DE 08 DE ABRIL DE 2015
		MINISTRA DE SALUD PÚBLICA	042		
		PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO	018		
		RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE GUAYAQUIL	579	0028-12-IS	SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 2015
		PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO	018		
COORDINADOR GENERAL JURÍDICO, DELEGADO DEL MINISTRO DE TRANSPORTE Y OBRAS PÚBLICAS	035	LILIAN MARÍA DAYANA HERNÁNDEZ VILLOBOS, GERENTE GENERAL DE LA COMPAÑÍA FIDUCIARIA ECUADOR, FIDUECUADOR S.A.	137	1279-11-EP Y 1280-11-EP AUMULADOS	SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 2015
		CHRISTEL GAIBOR FLOR, DIRECTORA NACIONAL DE ASUNTOS INTERNACIONALES Y ARBITRAJE, DELEGADA DEL PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO	018		
		PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO	018		
		PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO	018	0004-13-IS	PROVIDENCIA DE 18 DE MAYO DE 2015

Total de Boletas: (10) Diez

Quito, D.M., mayo 20 del 2015

Marlene Mendieta M.
ASISTENTE CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA GENERAL

CASILLEROS CONSTITUCIONALES
20 MAYO 2015
Fecha: 15:20
Hora:
Total Boletas: [Handwritten Signature]



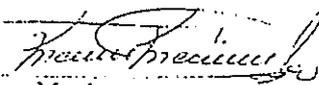
CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR

GUIA DE CASILLEROS JUDICIALES No. 268

ACTOR	CASILLA JUDICIAL	DEMANDADO/ TERCER INTERESADO	CASILLA JUDICIAL	Nro. DE CASO	FECHA DE RESO. SENT. DICT. PROV. O AUTOS
NANCY DEL ROCÍO PINOS GOYES VIUDA DE BRAVO FLECHER, MARIANA DE JESÚS GALÁRRAGA Y OTRAS	517			0070-11-IS	SENTENCIA DE 08 DE ABRIL DE 2015
		JOSÉ ANTONIO SANTOS DITTO	1774	0028-12-IS	SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 2015
		LILIAN MARÍA DAYANA HERNÁNDEZ VILLALOBOS, GERENTE GENERAL DE LA COMPAÑÍA FIDUCIARIA ECUADOR, FIDUECUADOR S.A.	239	1279-11-EP Y 1280-11-EP AUMULADOS	SENTENCIA DE 22 DE ABRIL DE 2015
NANCY ANTONIETA VÉLEZ MERA	1863			0004-13-IS	PROVIDENCIA DE 18 DE MAYO DE 2015

Total de Boletas: (04) Cuatro

Quito, D.M., mayo 20 del 2015


Marlene Mendieta M.
ASISTENTE CONSTITUCIONAL
SECRETARÍA GENERAL

04 BOLETAS
25 horas 1015
7 C.M.I.

Notificador3

De: Notificador3
Enviado el: miércoles, 20 de mayo de 2015 15:12
Para: 'npaez@mtop.gob.ec'; 'amoreta@mtop.gob.ec'; 'fgrijalva@pge.gob.ec';
'falbuja@pge.gob.ec'; 'cgaibor@pge.gob.ec'; 'jfmartinez@pge.gob.ec';
'tbalarezo@pge.gob.ec'
Asunto: Notificación con la sentencia de 22 de abril de 2015
Datos adjuntos: , 1279-11-EP y 1280-11-EP-acumulados-sen.pdf



**CORTE
CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

Quito D. M., mayo 20 del 2015
Oficio 2339-CCE-SG-NOT-2015

Señores jueces
**SALA DE LO CIVIL DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE
PICHINCHA (PRIMERA SALA)**
Ciudad

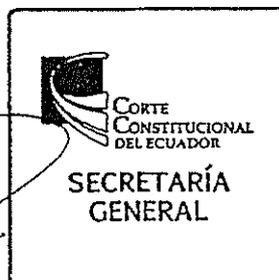
De mi consideración:

Para los fines legales pertinentes, remito copia certificada de la sentencia 124-15-SEP-CC de 22 de abril de 2015, emitida dentro de la acción extraordinaria de protección 1279-11-EP y 1280-11-EP acumuladas, presentada por Marcos Iván Caamaño Guerrero, coordinador jurídico del Ministerio de Transporte y Obras Públicas y por Francisco Grijalva Muñoz, Director Nacional de la Procuraduría General del Estado, referente al juicio 104-2008, de igual manera devuelvo el expediente constante en 123 fojas útiles de su instancia. A fin de que se dé cumplimiento a lo dispuesto en los subnumerales 3.1 y 3.2 de la parte resolutive de la sentencia, remito en expediente 104-2.008-BL de las actuaciones de la Cámara de la Construcción de Quito (6 cuerpos) y (1 cuerpo) de la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, constante en 2.806 fojas útiles, particular que deberá ser informado a dicha judicatura.

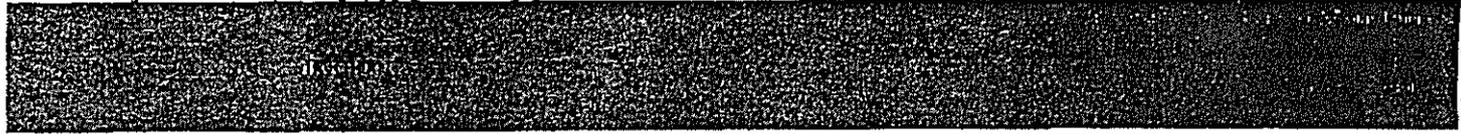
Atentamente,

Jaimé Pozo Chamorro
Secretario General

Anexo: 10
JPCH/mms



*Recibido
20 Mayo
16h*



ANEXO IV



SEÑOR DIRECTOR DEL CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE LAS CÁMARAS DE LA PRODUCCIÓN DEL AZUAY

Nosotros, Gabriel Efraín Ledesma Vázquez, Olga Amelia Pita García y Pablo Fernando Astudillo Sinche, ecuatorianos, de 48, 43 y 33 años de edad respectivamente, de profesión Ingenieros Civiles, de estado civil casados, domiciliados en las ciudades de Cuenca, Machala y Paute, respectivamente, por nuestros propios derechos como integrantes del Consorcio "PLAÍNCO", conforme se justifica con el documento que adjuntamos, (Anexo 1), consorcio que tiene su domicilio en la ciudad de Cuenca, como se desprende igualmente del documento incorporado, ante Usted, con el debido comedimiento comparecemos y deducimos la siguiente DEMANDA ARBITRAL.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación, consignamos los siguientes datos.

IDENTIFICACIÓN DE LOS ACTORES

Nuestros nombres, apellidos, domicilio y más generales de ley, así como la calidad en la que comparecemos quedaron ya indicados.

NOTIFICACIONES Y AUTORIZACIÓN

Notificaciones que nos correspondan en este trámite las recibiremos en la casilla judicial N° 36 o vía fax al N° 072242331.

Autorizamos al Doctor Patricio Cordero Ordóñez profesional que suscribe con nosotros esta demanda,, para que en lo posterior y con tan sólo su firma, presente cuanto escrito considere necesario en defensa de nuestros intereses en este trámite.

IDENTIFICACIÓN DE LA DEMANDADA

La presente demanda está dirigida en contra de la I. MUNICIPALIDAD DE AZOGUES, en las personas de sus Representantes Legales Alcalde y Procurador Sindico Municipal, a la fecha señores Economista Manuel Merchán Izquierdo y Dr. Jorge Urgilés Macancela, respectivamente, quienes deberán ser citados en sus oficinas situadas en las calles Matovelle 6-01 y Solano de la ciudad de Azogues.

Para los efectos establecidos en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, deberá contarse, en este trámite, con el señor Procurador General del Estado, para lo cual se procederá de acuerdo a lo prescrito en dicha Ley.

COMPETENCIA DE ESTE CENTRO DE ARBITRAJE

La cláusula "VIGÉSIMO TERCERA" del contrato, al que nos referiremos luego, que tiene que ver con las Divergencias y Controversias, estipula el sometimiento de las controversias que no sean solucionadas en la Mediación, a "Arbitraje administrado por



el Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay y su Reglamento de Arbitraje”.

En el presente caso, y conforme se desprende del Acta de imposibilidad de Mediación que se acompaña (Anexo 2), no fue posible encontrar un acuerdo que solucione las Controversias en Mediación..

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

Los hechos:

- Conforme consta del documento que en fotocopia certificada adjunto, (Anexo 3), con fecha seis de enero del año dos mil tres, ante el Notario Segundo del Cantón Azogues Dr. Rolando Ruiz Vázquez, entre la I. Municipalidad del Cantón Azogues y el Consorcio PLAINCO, se celebró un contrato para la ejecución, terminación en todos sus detalles y entrega debidamente funcionando, el Moderno Mercado Central Bartolomé Serrano, Parqueadero Público y Plazoleta Gonzalo Córdova de la ciudad de Azogues, en los términos y más condiciones que en dicho instrumento se especifican.
- Es el caso, que durante el proceso de ejecución del referido contrato, se han presentado una serie de discrepancias y controversias ocasionadas por el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Entidad demandada, lo que nos obligó a que en defensa de nuestros legítimos intereses, con fecha Diecisiete de Marzo de dos mil cuatro, recurramos a este Centro de Arbitraje y Mediación, solicitando se convoque a una Audiencia de Mediación, con el fin de tratar de encontrar una solución a las controversias que los mencionados incumplimientos habían producido.
- En el trámite de mediación antes referido, y luego de algunas reuniones con la participación del Mediador designado para el efecto, con fecha catorce de mayo de dos mil cuatro, se celebra una Acta de Mediación.
- A pesar de los acuerdos constantes del Acta de Mediación, a la que hacemos mención en líneas anteriores, hasta la presente fecha, la entidad demandada, no cumple con algunos de dichos acuerdos, lo que nos obliga a recurrir ante los jueces competentes, para solicitar la ejecución de las transacciones o acuerdos mencionados, trámite que lo iniciaremos oportunamente.
- Con fecha 9 de septiembre de 2004, y en vista de que la I. Municipalidad de Azogues, persiste en el incumplimiento de sus obligaciones contractualmente adquiridas, recurrimos nuevamente a este Centro de Arbitraje y Mediación, solicitando inicie un procedimiento de Mediación para buscar acuerdos que solucionen las nuevas controversias surgidas, los que a pesar de la intervención del Mediador que fue designado para el efecto, no fueron posibles, conforme consta del Acta de Imposibilidad de Mediación, que se ha incorporado.
- Los permanentes y reiterados incumplimientos de la demandada, ocasionaron que tengamos que suspender los trabajos a partir del 26 de julio de 2004, al haberse presentado circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que nos

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

impiden continuar con la ejecución de los mismos, no otra cosa constituye la falta, de pago de las planillas mensuales, del reajuste definitivo de precios, de los valores por la ejecución de rubros nuevos, entre otros.

- Los incumplimientos continúan a pesar de los reiterados reclamos que hemos formulado a la entidad demandada, conforme consta de los oficios que adjuntamos (Anexo 4).

Incumplimientos de la I. MUNICIPALIDAD DE AZOGUES

- A pesar de que la sección cuatro "Condiciones Generales", capítulo uno, numeral 1.2.- Obligaciones del Contratante, de Los Documentos Precontractuales, que forman parte integrante del contrato, establece la obligación de la Contratista de entregar oportunamente, los planos dibujos, diseños, autorizaciones y más documentos necesarios para la construcción de las obras, dicha obligación, no ha sido cumplida con la celeridad que se requería, lo que ha determinado que los trabajos no puedan ejecutarse dentro del respectivo cronograma. Se acompañan oficios en los cuales se deja constancia de estos incumplimientos. (Anexo 5).
- Igualmente, a pesar de que hemos realizado trabajos contemplados en el Contrato respectivo, así como no contractuales, los que constan en el libro de obra y en otros documentos, la entidad demandada se niega al pago de los mismos.
- La fiscalización, en flagrante violación de lo dispuesto en el numeral 1.4.- Facturación y Pagos, 1.4.1.- Medición.-, de las citadas condiciones generales del contrato, pretende unilateralmente proceder a realizar las mediciones de los rubros ejecutados y elaborar en base de aquellas, insistimos, unilateralmente, las respectivas planillas de obra y de costo más porcentaje, a pesar de que , las disposiciones mencionadas claramente mandan que dichas mediciones se efectuaran conjuntamente, situación que ha generado las discrepancias sobre este problema.
- La entidad demandada no ha dado cumplimiento con lo prescrito por la Ley de Contratación Pública y por la precitadas condiciones generales del contrato numeral 1.4.2.- Facturación y Reajuste.-, en lo relacionado con la liquidación del Reajuste Definitivo de Precios, que mandan a que el fiscalizador realice el reajuste definitivo tan pronto se publiquen los índices del INEC, sucede que ha pesar de contarse con aquellos, hasta la presente no se procede a practicar dicha liquidación, y, consecuentemente, tampoco se procede a cancelarnos los valores correspondientes por dicho concepto.
- La demandada, contraviniendo lo estipulado en la cláusula SEPTIMA.: FORMA DE PAGO., en 7.01; 2, del contrato que dispone que el pago debe realizarse contra la presentación de planillas mensuales, y que los mismos deben efectuarse por las cantidades reales de trabajo realizado como lo manda dicha cláusula en 7.04, ha excluido en las planillas de pago, por ella preparadas, rubros ejecutados y cantidades de otros rubros, perjudicando nuestros legítimos intereses, situación que se ha mantenido a pesar de los múltiples reclamos que se le han presentado.



- En cuanto al pago de las planillas mensuales de obra, es necesario precisar lo siguiente: recientemente, esto es el 15 de septiembre de 2004, se procede a cancelarnos la planilla N°. 15, correspondiente al mes de mayo de 2004 y el 27 de septiembre de 2004 se paga las planillas Nrs.16 y 17, correspondientes a los meses de junio y julio del mismo año 2004, las mismas que en acatamiento del contrato debían ser canceladas en junio, julio y agosto de 2004, respectivamente, y lo que es más se nos cancela valores inferiores a los reales, contraviniendo estipulaciones contractuales y legales, por lo que esta cancelación resulta ser parcial, subsistiendo el incumplimiento y la mora por parte de la demandada. Lo afirmado con relación a la fecha de cancelación de las planillas mencionadas, se justifica con los oficios Nrs. 86 y 89 – DF-ST- 2003, suscritos por el Tesorero Municipal y que en copia certificada adjuntamos (Anexo 6).
- En lo que tiene que ver con el pago de las planillas de obra Nrs. 12, 13 y 14, correspondientes a los meses de Febrero, Marzo y Abril de 2004, ellas son canceladas el 28 de Julio de 2004, de igual manera, en forma parcial, por cuanto, se lo hace con valores inferiores a los reales, al considerar para su elaboración cantidades inferiores a las realmente ejecutadas y al eliminar rubros ejecutados y que arbitrariamente, pretenden ser no pagados. La mora subsiste.
- Cosa similar sucede con las planillas de obra de la número 1 a la 11 que corresponden a los meses de marzo de 2003 a enero de 2004, planillas que si bien es cierto se pagaron oportunamente, sin embargo, son canceladas y elaboradas, disminuyendo injustamente cantidades de los rubros ejecutados y eliminando otros rubros ejecutados y no aceptados arbitrariamente por la demandada; por lo tanto, con relación a estas planillas debe precisarse que han sido pagadas parcialmente, y que debe procederse al igual que con las otras planillas mencionadas en líneas anteriores a su reliquidación. y que, mientras ello no suceda la demandada se encuentra en mora en el cumplimiento de sus obligaciones.
- En lo relacionado con el pago de las planillas, bajo la modalidad de costo más porcentaje, concretamente de la 1 a la 7, y las Nrs. 10 y 11 debemos manifestar que la cancelación se lo ha hecho con valores inferiores, como consecuencia de que no se han considerado en las mismas todos los rubros nuevos ejecutados y en aquellos rubros que han sido tomados en cuenta no se los ha valorado en sus cantidades reales, en razón de que no han sido elaboradas de manera conjunta sino unilateral, lo que determina que debe practicarse una reliquidación, que responda a la verdad y dé cumplimiento a estipulaciones contractuales y a normas legales aplicables. Es necesario precisar que las planillas de costo mas porcentaje N°s 10 y 11 correspondientes a los meses de mayo y junio de 2004 fueron canceladas el 15 y 27 de Septiembre de 2004, respectivamente, por lo tanto, existe mora con relación a este pago por parte de la I. Municipalidad de Azogues.
- La planilla Nro, 12 correspondiente al mes de julio de 2004, y bajo el sistema de costo más porcentaje, hasta la presente fecha no se a elaborado, y, consecuentemente, no ha sido pagada.
- A más de los incumplimientos que se han detallado, y que entre otros, se han producido por parte de la demandada, insistimos, hasta la presente fecha ella no da cumplimiento con el Acta de Mediación celebrada el 14 de mayo de 2004 documento al que se ha hecho referencia anteriormente, debiendo aclarar que con relación a la misma, y al amparo de lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y



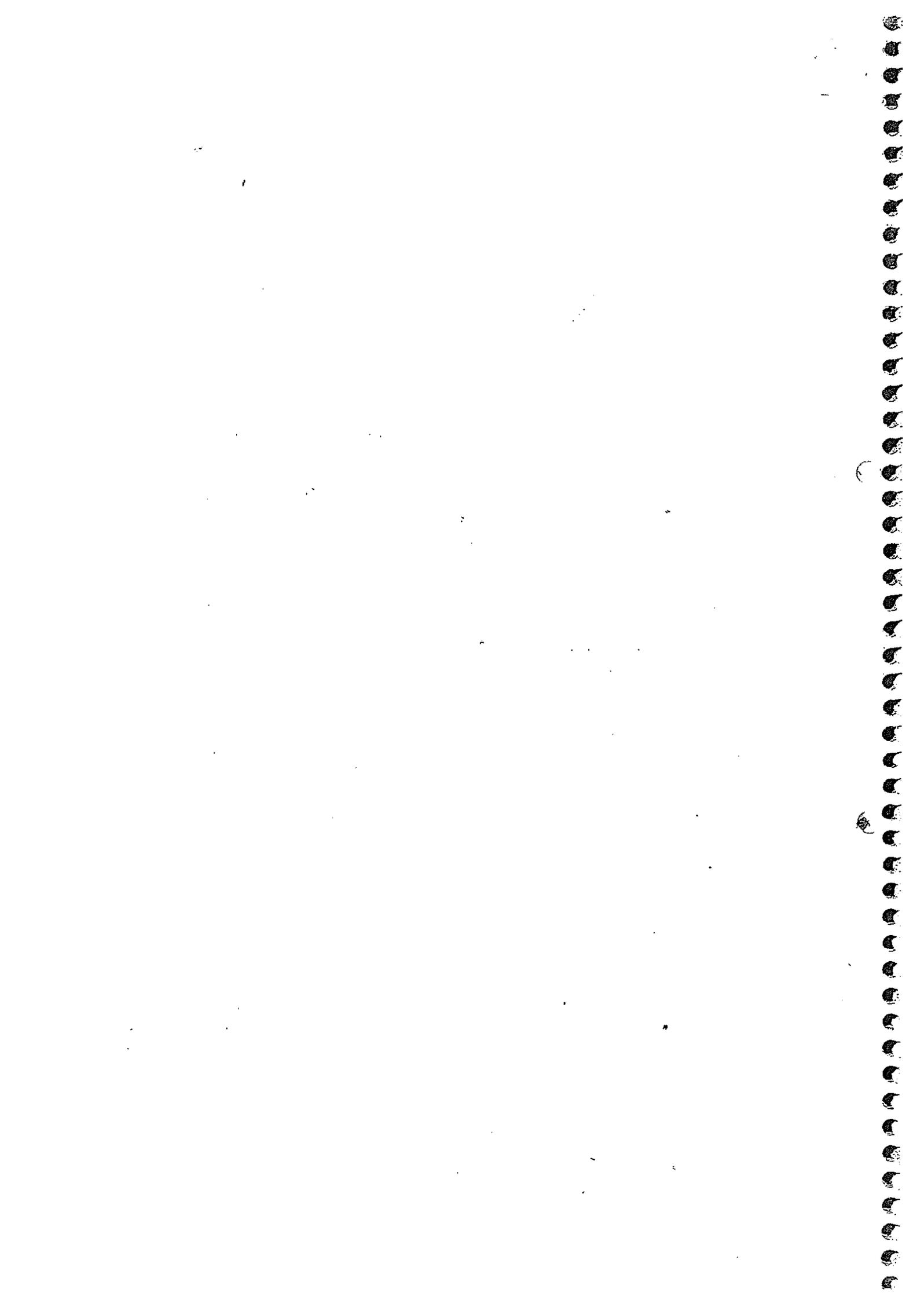
Mediación, oportunamente concurrirémos ante el Juez competente solicitando su ejecución..

Para los fines legales pertinente, es necesario puntualizar que los incumplimientos detallados anteriormente, persisten por más de sesenta días, a partir de la fecha en que debían ser cumplidos por parte de la entidad demandada.

Aceptación de la I. Municipalidad de Azogues de sus incumplimientos.

Resulta de suma importancia dejar constancia que la propia demandada, ha aceptado la mora en la que se encuentra en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones, conforme lo demostramos a continuación:

- ✓ -En oficio Nro. SUP-MA-UTG-050-04, de fecha 22 de Abril de 2004, dirigido al Director de Fiscalización, por parte de la Supervisión Municipal, se acepta el hecho de que existen rubros nuevos ejecutados y que no han sido ni reconocidos ni pagados, se acompaña copia certificada del oficio mencionado. (Anexo 7).
- ✓ - En oficio N° 396-FMBS.A-04 de Junio 25 de 2004, dirigido por el Director de Fiscalización, mismo que en copia certificada se adjunta , (Anexo 8), se deja constancia de que hasta esa fecha no se ha cancelado los valores correspondientes al Reajuste Definitivo, situación que se mantiene hasta hoy.
- ✓ - Del oficio N°. SUP-MA-UTG-092 -04, de Julio 13 de 2004, suscrito por la Supervisión y dirigido al Director de Fiscalización y al Representante Legal de PLAINCO, claramente se desprende que hasta esa fecha, las planillas mensuales 12, 13 y 14, correspondientes a los meses de febrero, marzo y abril de 2004, no habían sido tramitadas ni canceladas. Se acompaña copia certificada del oficio en mención, (Anexo 9).
- ✓ - Del oficio N° 427 FMBS A-04 de Julio de 2004, se desprende que recién en esa fecha, han sido legalizadas las planillas de obra Nrs. 12, 13 y 14, correspondientes a los meses de febrero, marzo y abril de 2004, se incorpora copia certificada del oficio referido,(Anexo 10).
- ✓ - La Supervisión, en oficio N° SUP-MA_ UTG-116-04 de 26 de Julio de 2004, deja constancia de que esa fecha ha tramitado las planillas 12,13 y 14, correspondientes a los meses de febrero, marzo y abril de 2004.(Anexo 11).
- Con fecha 03 de Agosto de 2004, el señor Alcalde de Azogues, mediante oficio AA-3478-2004, nos remite copia del oficio UAI-157-2004, de fecha 28 de Julio de 2004, suscrito por los señores Auditor General y Procurador Síndico Municipal, del cual entre otras cosas se desprende, que a esa fecha no se han elaborado las planillas correspondientes a los meses de mayo, junio y julio 2004(Nrs. 15, 16 y 17, respectivamente) las mismas que debían elaborarse conjuntamente entre fiscalización y contratista. Se incorpora copia de los oficios citados, (Anexo 12).
- ✓ - La Fiscalización, en oficio N°. 457, FMBS.A-04, del 16 de agosto de 2004, acepta el hecho de que debe procederse a realizar las reliquidaciones de las planillas mensuales de la 1 a la 17, con sus respectivas planillas de costo más porcentaje del período comprendido entre marzo del 2003 a julio de 2004, aceptación que significa además un reconocimiento de que las indicadas planillas fueron originalmente elaboradas con errores que perjudican nuestros intereses, y que, los mismos deben ser corregidos en la reliquidación que tiene que practicarse. Se anexa copia certificada del oficio mencionado. (Anexo 13).



Los oficios Nrs. 462, 469 y 471, FMBS.A-04, fechas 18, 26 y 27 de Agosto de 2004, respectivamente, suscritos por el Director de Fiscalización y que en copia certificada se adjuntan, (Anexo 14), dejan constancia de que las planillas 15, 16 y 17 de obra, correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 2004, así como las planillas de costo más porcentaje, 8,9,10 y 11, correspondientes a los meses de marzo, abril, mayo y junio de 2004, han sido realizadas unilateralmente por la fiscalización, y posteriormente pagadas, sin que, en dicho proceso hayamos intervenido, violándose estipulaciones contractuales.

El Derecho

1. El Art. 1532 del Código Civil manda: *"En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios"*.

2. El Art. 1599 del Código Civil prescribe: *"La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento"*.

3. El Art. 107 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública manda: *"El contratista podrá demandar la resolución del contrato, por las siguientes causas imputables a la entidad contratante: a) Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta días; ..."*.

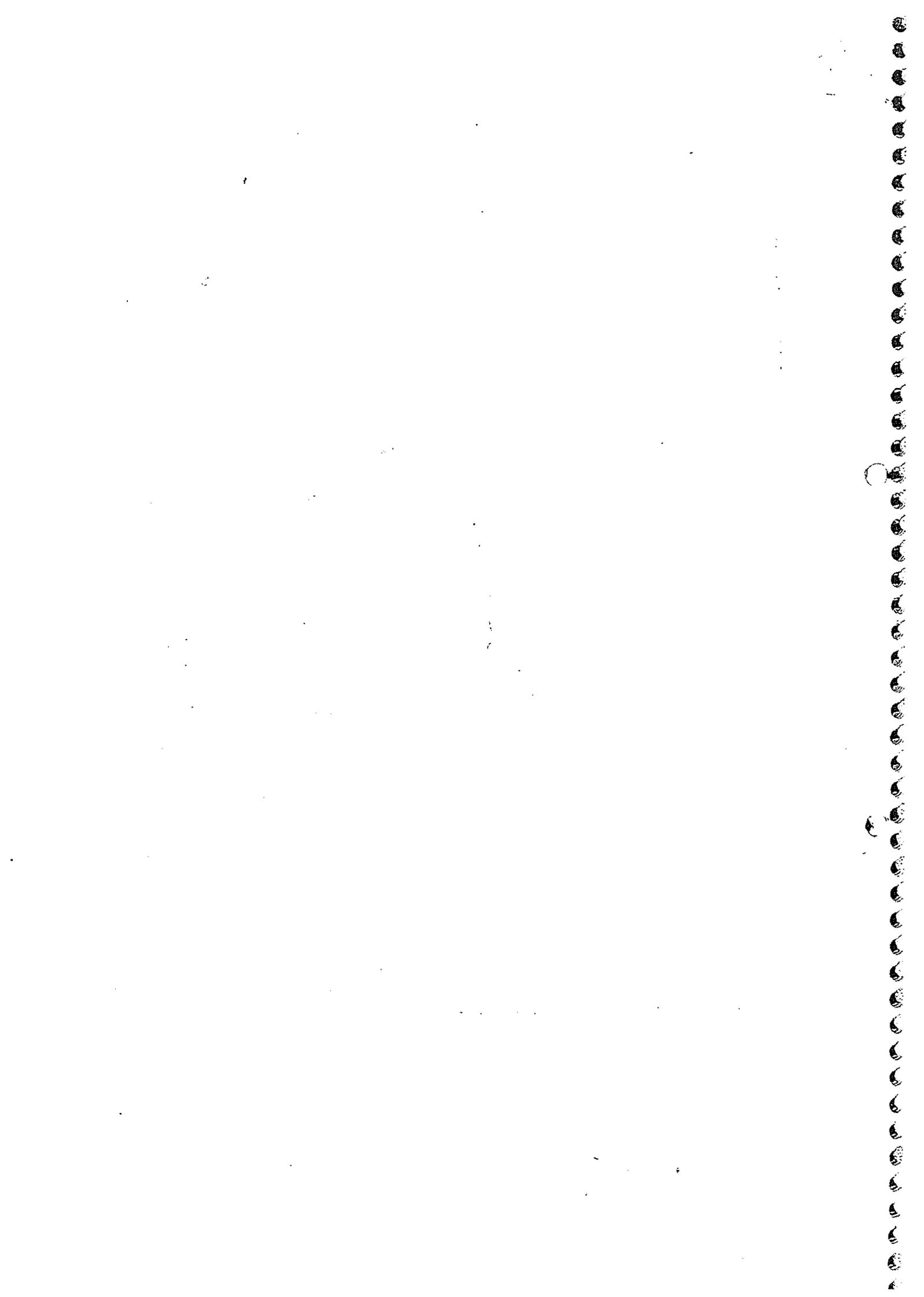
4. La falta de pago tanto de las planillas cuanto de los valores correspondientes a la liquidación final del Reajuste de Precios, en los términos señalados en los antecedentes de hecho de esta acción, contraviene lo estipulado en las cláusulas Séptima y Duodécima del Contrato, por cuanto, las planillas mensuales no han sido pagadas dentro del plazo establecido en la cláusula Séptima en 7.03; y en lo relativo al pago de la liquidación final del reajuste de precios, los valores correspondientes no han sido cancelados a pesar de disponerse de los índices definitivos de precios, conforme se estipula en la cláusula Duodécima en 12.2. .

5. La cláusula Vigésimo Segunda del Contrato, en 22.04 estipula la terminación del contrato por causas imputables a la Entidad Contratante, y, entre ellas considera "1.- Por incumplimiento de las obligaciones contractuales, por más de 60 días".

6. El artículo 107 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública en su literal a), prescribe que el Contratista podrá demandar la resolución del contrato por: "a) Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta días".

DEMANDA.

En base a los fundamentos de hecho y de derecho que quedan expuestos, deducimos la presente demanda arbitral en contra de la I. MUNICIPALIDAD DE AZOGUES, en las



personas de su Alcalde y Procurador Síndico Municipal, señores Economista Manuel Merchán Izquierdo y Dr. Jorge Urgiles Macancela, respectivamente, representantes legales de dicha entidad, exigiendo que en sentencia se resuelva:

- 1.- Que, en vista de los incumplimientos de las obligaciones contractuales, por parte de la entidad demandada, en los términos precisados en los antecedentes de esta demanda, se declare terminado el contrato celebrado entre la I. Municipalidad de Azogues y el Consorcio PLAINCO, el que lo integran los comparecientes, contrato que dada su naturaleza es de tracto sucesivo.
- 2.- Que, se condene a la Entidad demandada, al pago de los valores a lo que alcancen la reliquidación de las planillas mensuales Nrs. 1 a la 17, correspondientes al período comprendido entre los meses de marzo de 2003 y julio de 2004, las que han sido tramitadas y pagadas con valores parciales en los términos mencionados en los antecedentes de esta demanda y que alcanzan a la suma aproximada de CINCUENTA MIL SETECIENTOS CINCUENTA DOLARES AMERICANOS.
- 3.- Que, se condene a la entidad demandada, al pago de los valores correspondientes a la liquidación final del reajuste de precios, de las planillas mensuales de obra de la 1 a la 17, correspondientes al período comprendido entre los meses de marzo de 2003 a julio de 2004, y alcanzan a la suma aproximada de QUINCE MIL CUATROCIENTOS SETENTA DOLARES AMERICANOS.
- 4.- Que se condene a la entidad demandada, al pago de los valores correspondiente a la reliquidación de las planillas de costo más porcentaje, de la 1 a la 7 , así como las números 10 y 11, las que han sido tramitadas y pagadas con valores parciales, en los términos referidos en los antecedentes de esta acción y cuyo aproximado es de SETENTA MIL NOVECIENTOS CINCUENTA DOLARES AMERICANOS.
- 5.- Que se condene a la entidad demandada, al pago de la planilla número 12 de costo más porcentaje, correspondiente al mes de julio de 2004, la que hasta la presente fecha no ha sido cancelada, cuyo valor aproximado es el de DIEZ MIL SETECIENTOS DOLARES AMERICANOS.
- 6.- Que, en vista de que por causas imputables a la demandada, detalladas en los antecedentes de esta demanda, nos hemos visto obligados a demandar como en efecto lo estamos haciendo, se declare en sentencia terminado anticipadamente el contrato celebrado entre la I. Municipalidad de Azogues y el Consorcio PLAINCO, integrado por los comparecientes, se condene a la Entidad demandada la I. Municipalidad de Azogues, al pago de los perjuicios, constituidos por el daño emergente y el lucro cesante, que dicha terminación nos ocasiona, perjuicios que serán demostrados en la etapa pertinente y que alcanzan al monto aproximado de DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO TREINTA DOLARES AMERICANOS
- 7.- Que, se condene a la Entidad demandada, al pago de las costas procesales en las cuales se incluirán los honorarios profesionales de nuestros abogados defensores.

PRUEBAS



Adjuntamos como pruebas a favor de la Asociación todas aquellas que se mencionan y se incorporan. Adicionalmente, en la etapa procesal pertinente aportaremos como pruebas a favor de la misma, las permitidas por la ley y que las consideremos procedentes.

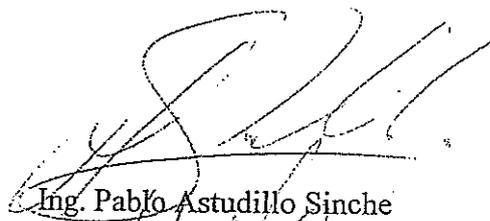
CUANTÍA

La cuantía de la presente acción, es de aproximadamente CUATROCIENTOS MIL DÓLARES AMERICANOS.

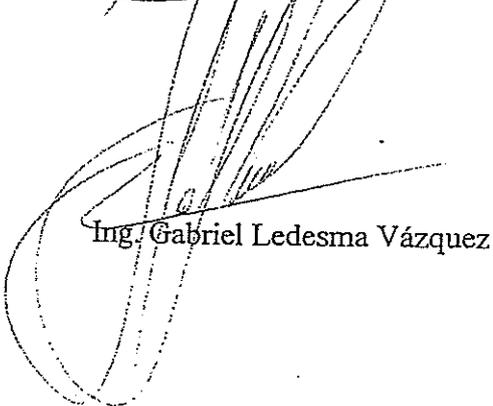
Atentamente,



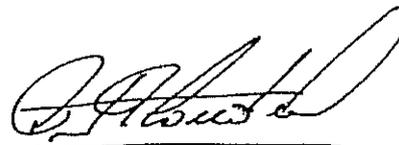
Ing. Olga Pita Garcia



Ing. Pablo Astudillo Sinche

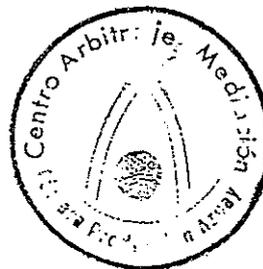


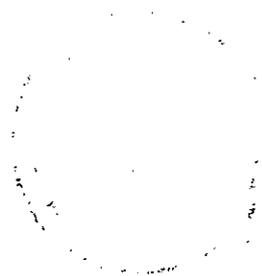
Ing. Gabriel Ledesma Vázquez



Dr. Patricio Cordero Ordóñez
ABOGADO MAT.350 C.A.A.

RECIBIDO 6 - OCT. 2004 .

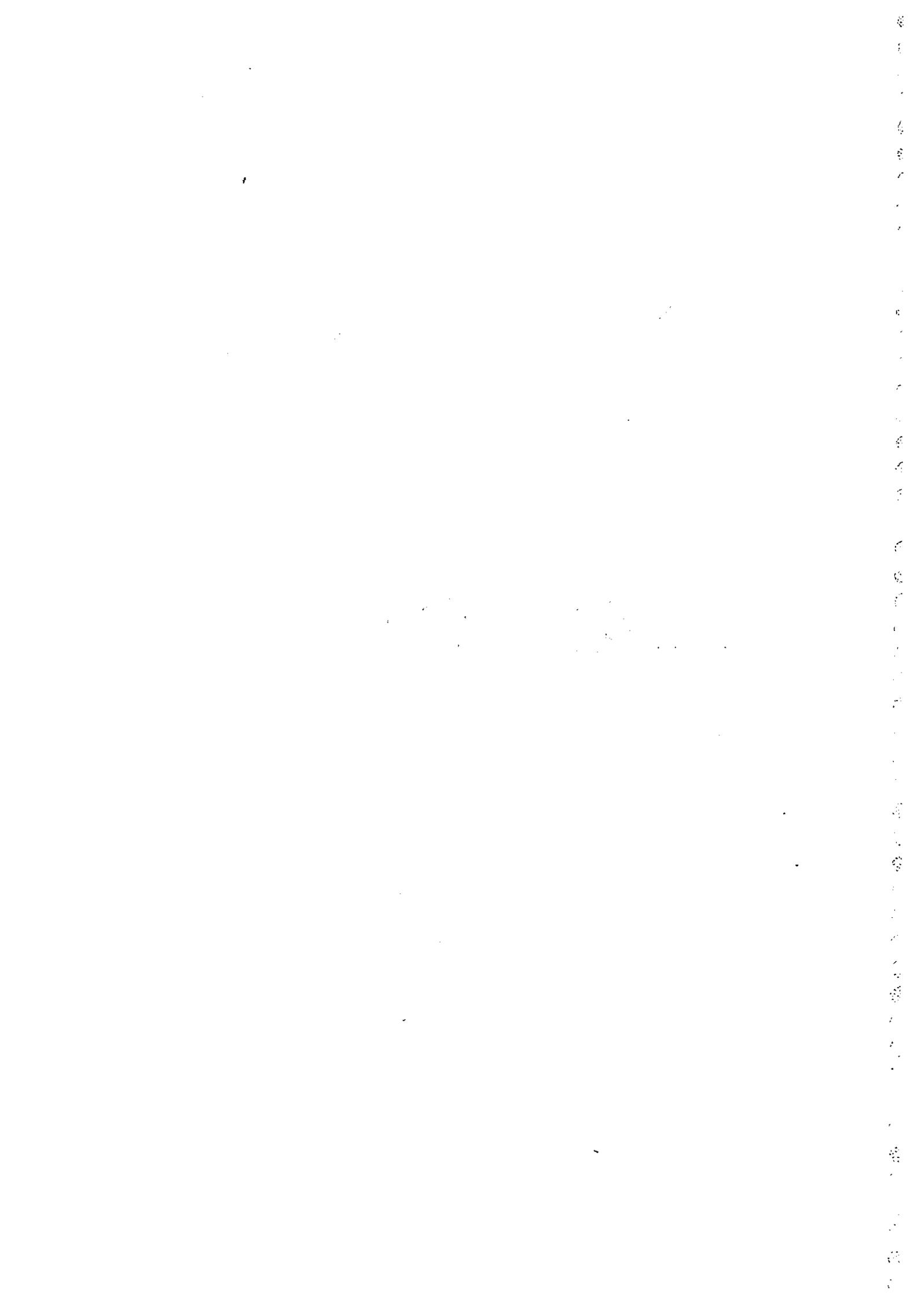




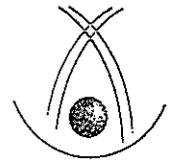
Handwritten text, possibly a date or reference number, located in the lower-right quadrant of the page.



ANEXO V



Dr. 02/01/2006 16 (3)



Centro de
Arbitraje y Mediación
CAMARAS DE LA PRODUCCION DEL AZUAY

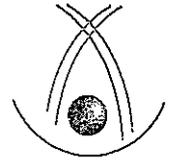
LAUDO ARBITRAL

Cuenca a 18 de enero de 2006, las 16H30. Vistos:

El Tribunal Arbitral, integrado por el doctor Miguel Cordero Palacios, en su calidad de Presidente y los doctores Antonio Martínez Borrero y Nicolás Muñoz Chávez, árbitros principales, se constituye a fin de expedir el Laudo Arbitral en el juicio que siguen los señores Gabriel Efraín Ledesma Vázquez, Olga Amelia Pita García y Pablo Fernando Astudillo Sinche, por sus propios derechos como integrantes del Consorcio "PLAINCO" en contra de la Ilustre Municipalidad de Azogues, para lo cual considera lo siguiente: UNO: A fojas 149 y siguientes del proceso consta la demanda presentada ante el Director del Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay, aceptada a trámite el 8 de octubre de 2004, propuesta por los actores, en la que se manifiesta que: "Conforme consta del documento que en fotocopia certificada adjunto, (Anexo 3), con fecha seis de enero del año dos mil tres, ante el Notario Segundo del Cantón Azogues Dr. Rolando Ruiz Vázquez, entre la I. Municipalidad del Cantón Azogues y el Consorcio PLAINCO, se celebró un contrato para la ejecución, terminación en todos sus detalles y entrega debidamente funcionando, el Moderno Mercado Central Bartolomé Serrano, Parqueadero Público y Plazoleta Gonzalo Córdova de la ciudad de Azogues, en los términos y mas condiciones que en dicho instrumento se especifican. Es el caso, que durante el proceso de ejecución del referido contrato, se han presentado una serie de discrepancias y controversias ocasionadas por el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Entidad demandada, lo que nos obligó a que en defensa de nuestros legítimos intereses, con fecha diez y siete de marzo del dos mil cuatro, recurramos a este Centro de Arbitraje y Mediación, solicitando se convoque a una Audiencia de Mediación, con el fin de tratar de encontrar una solución a las controversias que los mencionados incumplimientos habían producido. En el trámite de mediación antes referido, y luego de algunas reuniones con la participación del Mediador designado para el efecto con fecha catorce de mayo del dos mil cuatro, se celebra una Acta de Mediación. A pesar de los acuerdos constantes del Acta de Mediación, a la que hacemos mención en líneas anteriores, hasta la presente fecha, la entidad demandada, no cumple con algunos de dichos acuerdos, lo que nos obliga a recurrir ante los jueces competentes, para solicitar la ejecución de las transacciones o acuerdos mencionados, trámite que lo iniciaremos oportunamente. Con fecha 9 de septiembre del 2004, y en vista de que la I. Municipalidad de Azogues, persiste en el incumplimiento de sus obligaciones contractualmente adquiridas, recurrimos nuevamente a este Centro de Arbitraje y Mediación, solicitando inicie un procedimiento de Mediación para buscar acuerdos que solucionen las nuevas controversias surgidas, los que a pesar de la intervención del Mediador que fue designado para el efecto, no fueron posibles, confirme consta del Acta de Imposibilidad de Mediación, que se ha incorporado. Los permanentes y reiterados incumplimientos de la demandada, ocasionaron que tengamos que suspender los trabajos a partir del 26 de julio del 2004, al haberse presentado circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que nos impiden continuar con la ejecución de los mismos, no otra cosa constituye la falta de pago de las planillas mensuales, del reajuste definitivo de precios, de los valores por

13

la ejecución de rubros nuevos, entre otros. Los incumplimientos continúan a pesar de los reiterados reclamos que hemos formulado a la entidad demandada, conforme consta de los oficios que adjuntamos (Anexo 4)". Agregan que: "a pesar de que la sección cuatro "Condiciones Generales", capítulo uno, numeral 1.2.- Obligaciones del Contratante, de los Documentos Precontractuales, que forman parte integrante del contrato, establece la obligación de la Contratista de entregar oportunamente, los planos, dibujos, diseños, autorizaciones y más documentos necesarios para la construcción de las obras, dicha obligación, no ha sido cumplida con la celeridad que se requería lo que ha determinado que los trabajos no puedan ejecutarse dentro del respectivo cronograma. Se acompañan oficios en los cuales se deja constancia de estos incumplimientos. (Anexo 5). Igualmente, a pesar de que hemos realizado trabajos contemplados en el Contrato respectivo, así como no contractuales, los que constan en el libro de obra y en otros documentos, la entidad se niega al pago de los mismos. La fiscalización, en flagrante violación de lo dispuesto en el numeral 1.4.- Facturación y Pagos, 1.4.1.- Medición.-, de las citadas condiciones generales del contrato, pretende unilateralmente proceder a realizar las mediciones de los rubros ejecutados y elaborar en base de aquellas, insistimos, unilateralmente, las respectivas planillas de obra y de costo más porcentaje, a pesar de que, las disposiciones mencionadas claramente mandan que dichas mediciones se efectuaran conjuntamente, situación que ha generado las discrepancias sobre este problema. La entidad demandada no ha dado cumplimiento con lo prescrito por la Ley de Contratación Pública y por las precitadas condiciones generales del contrato numeral 1.4.2.- Facturación y Reajuste.-, en lo relacionado con la liquidación del Reajuste Definitivo de Precios, que mandan a que el fiscalizador realice el reajuste definitivo tan pronto se publiquen los índices del INEC, sucede que a pesar de contarse con aquellos, hasta la presente no se procede a practicar dicha liquidación, y, consecuentemente, tampoco se procede a cancelarnos los valores correspondientes por dicho concepto. La demandada, contraviniendo lo estipulado en la cláusula SEPTIMA. FORMA DE PAGO., en 7.01; 2, del contrato que dispone que el pago debe realizarse contra la presentación de planillas mensuales, y que los mismos deben efectuarse por las cantidades reales de trabajo realizado como lo manda dicha cláusula en 7.04, ha excluido en las planillas de pago, por ella preparadas, rubros ejecutados y cantidades de otros rubros, perjudicando nuestros legítimos intereses, situación que se ha mantenido a pesar de los múltiples reclamos que se le han presentado. En cuanto al pago de las planillas mensuales de obra, es necesario precisar lo siguiente: recientemente, esto es el 15 de septiembre del 2004, se procede a cancelarnos la planilla No. 15, correspondiente al mes de mayo del 2004 y el 27 de septiembre del 2004 se paga las planillas Nrs. 16 y 17, correspondientes a los meses de junio y julio del mismo año 2004, las mismas que en acatamiento del contrato debían ser canceladas en junio, julio y agosto del 2004, respectivamente, y lo que es más se nos cancela valores inferiores a los reales, contraviniendo estipulaciones contractuales y legales, por lo que esta cancelación resulta ser parcial, subsistiendo el incumplimiento y la mora por parte de la demanda. Lo afirmado con relación a la fecha de cancelación de las planillas mencionadas, se justifica con los oficios Nrs. 86 y 89 - DF-ST-2003, suscritos por el Tesorero Municipal y que en copia certificada adjuntamos (Anexo 6). En lo que tiene que ver con el pago de las planillas de obra Nrs. 12, 13 y 14, correspondientes a los meses de Febrero, Marzo y Abril del 2004, ellas son canceladas el 28 de julio del

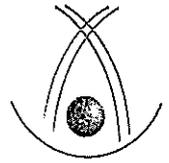


2004, de igual manera, en forma parcial, por cuanto se lo hace con valores inferiores a los reales, al considerar que a su elaboración cantidades inferiores a las realmente ejecutadas y al eliminar rubros ejecutados y que arbitrariamente, pretenden ser no pagados, la mora subsiste. Cosa similar sucede con las planillas de obra de la número 1 a la 11 que corresponden a los meses de marzo del 2003 a enero de 2004, planillas que si bien es cierto se pagaron oportunamente, sin embargo, son canceladas y elaboradas, disminuyendo injustamente cantidades de los rubros ejecutados y eliminando otros rubros ejecutados y no aceptados arbitrariamente por la demanda; por lo tanto, con relación a estas planillas debe precisarse que han sido pagadas parcialmente, y que debe procederse al igual que con las otras planillas mencionadas en líneas anteriores a su reliquidación, y que, mientras ello no suceda la demanda se encuentra en mora en el cumplimiento de sus obligaciones. En lo relacionado con el pago de las planillas, bajo la modalidad de costo más porcentaje, concretamente de la 1 a la 7, y las Nrs. 10 y 11 debemos manifestar que la cancelación se lo ha hecho con valores inferiores, como consecuencia de que no se han considerado en las mismas todos los rubros nuevos ejecutados y en aquellos rubros que han sido tomados en cuenta no se los ha valorado en sus cantidades reales, en razón de que no han sido elaboradas de manera conjunta sino unilateral, lo que determina que debe practicarse una reliquidación, que responda a la verdad y dé cumplimiento a estipulaciones contractuales y a normas legales aplicables. Es necesario precisar que las planillas de costo más porcentaje Nrs. 10 y 11 correspondientes a los meses de mayo y junio del 2004 fueron canceladas el 15 y 27 de septiembre del 2004, respectivamente, por lo tanto, existe mora con relación a este pago por parte de la I. Municipalidad de Azogues. La planilla Nro.12 correspondiente al mes de julio de 2004, y bajo el sistema de costo más porcentaje, hasta la presente fecha no se a (sic) elaborado, y, consecuentemente, no ha sido pagada. A más de los incumplimiento que se han detallado, y que entre otros, se han producido por parte de la demandada, insistimos, hasta la presente fecha ella no da cumplimiento con el Acta de Mediación celebrada el 14 de mayo de 2004 documento al que se ha hecho referencia anteriormente, debiendo aclarar que con relación a la misma, y al amparo de lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, oportunamente concurrirémos ante el Juez competente solicitando su ejecución. Para los fines legales pertinentes, es necesario puntualizar que los incumplimientos detallados anteriormente, persisten por más de sesenta días, a partir de la fecha en que debían ser cumplidos por parte de la entidad demandada". Agregan que: "Resulta de suma importancia dejar constancia que la propia demandada, ha aceptado la mora en la que se encuentra en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones, conforme lo demostramos a continuación: En oficio No. SUP-MA-UTG-050-04, de fecha 22 de abril de 2004, dirigido al Director de Fiscalización, por parte de la Supervisión Municipal, se acepta el hecho de que existen rubros nuevos ejecutados y que no han sido ni reconocidos ni pagados, se acompaña copia certificada del oficio mencionado. (Anexo 7). En oficio No 396-FMBS.A-04 de junio 25 de 2004, dirigido por el Director de Fiscalización, mismo que en copia certificada se adjunta, (Anexo 8), se deja constancia de que hasta esa fecha no se ha cancelado los valores correspondientes al Reajuste Definitivo, situación que se mantiene hasta hoy. Del oficio No.SUP-MA-UTG-092-04, de julio 13 de 2004, suscrito por la Supervisión y dirigido al Director de Fiscalización y al Representante Legal de PLAINCO, claramente se desprende que hasta esa fecha, las planillas mensuales 12, 13

14

y 14, correspondientes a los meses de febrero, marzo y abril de 2004, no habían sido tramitadas ni canceladas. Se acompaña copia certificada el oficio en mención, (Anexo 9). Del oficio No. 427 FMBS A-04 de julio de 2004, se desprende que recién en esa fecha, han sido legalizadas las planillas de obra Nrs 12,13 y 14, correspondientes a los meses de febrero, marzo y abril de 2004, se incorpora copia certificada del oficio referido. (Anexo 10). La Supervisión, en oficio No. SUP-MA-UTG-116-04 de 26 de julio de 2004, deja constancia de que esa fecha ha tramitado las planillas 12, 13 y 14; correspondientes a los meses de febrero, marzo y abril de 2004 (Anexo 11). Con fecha 3 de agosto de 2004, el señor Alcalde de Azogues, mediante oficio AA-3478-2004, nos remite copia del oficio UAI-157-2004, de fecha 28 de Julio de 2004, suscrito por los señores Auditor General y Procurador Síndico Municipal, del cual entre otras cosas de desprende, que a esa fecha no se han elaborado las planillas correspondientes a los meses de mayo, junio y julio 2004 (Nrs.15,16 y 17 respectivamente) las mismas que debían elaborarse conjuntamente entre fiscalización y contratista. Se incorpora copia de los oficios citados. (Anexo 12). La Fiscalización, en oficio No. 457, FMBS.A-04, del 16 de agosto de 2004, acepta el hecho de que debe procederse a realizar las reliquidaciones de las planillas mensuales de la 1 a la 17, con sus respectivas planillas de costo más porcentaje del período comprendido entre marzo del 2003 a julio de 2004, aceptación que significa además un reconocimiento de que las indicadas planillas fueron originalmente elaboradas con errores que perjudican nuestros intereses, y que, los mismos deben ser corregidos en la reliquidación que tiene que practicarse. Se anexa copia certificada del oficio mencionado. (Anexo 13). Los oficios Nrs. 462, 469 y 471, FMBS.A-04, fechas 18, 26 y 27 de Agosto de 2004, respectivamente, suscritos por el Director de Fiscalización y que en copia certificada, se adjunta, (Anexo 14), dejan constancia de que las planillas 15, 16 y 17 de obra, correspondientes a los meses de mayo, junio y julio de 2004, así como las planillas de costo más porcentaje, 8,9,10 y 11, correspondientes a los meses de marzo, abril, mayo y junio de 2004, han sido realizadas unilateralmente por la fiscalización y posteriormente pagadas, sin que, en dicho proceso hayamos intervenido, violándose estipulaciones contractuales". Igualmente manifiestan que: "1. El Art. 1532 del Código Civil manda: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios". 2. El Art. 1599 del Código Civil prescribe; "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento". 3. El Art. 107 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública manda; "El contratista podrá demandar la resolución del contrato, por las siguientes causas imputables a la entidad contratante: a) Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta días;...". 4. La falta de pago tanto de las planillas cuanto de los valores correspondientes a la liquidación final de Reajuste de Precios, en los términos señalados en los antecedentes de hecho de esta acción, contraviene lo estipulado en las cláusulas Séptima y Duodécima del Contrato, por cuanto, las planillas mensuales no han sido pagadas dentro del plazo establecido en la cláusula Séptima en 7.03; y en lo relativo al pago de la liquidación final del reajuste de precios, los valores correspondientes no han sido cancelados a pesar de disponerse de los índices definitivos de precios, conforme se

Dic 7 de 18



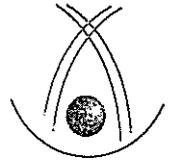
Centro de
Arbitraje y Mediación
CAMARAS DE LA PRODUCCION DEL AZUAY

estipula en la cláusula Duodécima en 12.2. 5. La cláusula Vigésimo Segunda del Contrato, en 22.04 estipula la terminación del contrato por causas imputables a la Entidad Contratante, y, entre ellas considera "1.- Por incumplimiento de las obligaciones contractuales, por más de 60 días". 6. El artículo 107 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública en su literal a) prescribe que el contratista podrá demandar la resolución del contrato por: "a) Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta días". Con base a los fundamentos de hecho y de derecho deducen la demanda arbitral en contra de la I. MUNICIPALIDAD DE AZOGUES, exigiendo que en sentencia se resuelva: "1.- Que, en vista de los incumplimientos de las obligaciones contractuales, por parte de la entidad demandada, en los términos precisados en los antecedentes de esta demanda, se declare terminado el contrato celebrado entre la I. Municipalidad de Azogues y el Consorcio PLAINCO, el que lo integran los comparecientes, contrato que dada su naturaleza es de tracto sucesivo. 2.- Que, se condene a la entidad demandada, al pago de los valores a lo que alcancen la reliquidación de las planillas mensuales Nrs. 1 a la 17, correspondientes al período comprendido entre los meses de marzo de 2003 y julio de 2004, las que han sido tramitadas y pagadas con valores parciales en los términos mencionados en los antecedentes de esta demanda y que alcanzan a la suma aproximada de CINCUENTA MIL SETECIENTOS CINCUENTA DOLARES AMERICANOS. 3.- Que, se condene a la entidad demandada, al pago de los valores correspondientes a la liquidación final del reajuste de precios, de las planillas mensuales de obra de la 1 a la 17, correspondientes al período comprendido entre los meses de marzo de 2003 a julio de 2004, y alcanzan a la suma aproximada de QUINCE MIL CUATROCIENTOS SETENTE DOLARES AMERICANOS. 4.- Que, se condene a la entidad demandada, al pago de los valores correspondientes a la reliquidación de las planillas de costo más porcentaje, de la 1 a la 7, así como las números 10 y 11, las que han sido tramitadas y pagadas con valores parciales, en los términos referidos en los antecedentes de esta acción y cuyo aproximado es de SETENTA MIL NOVECIENTOS CINCUENTA DOLARES AMERICANOS. 5.- Que se condene a la entidad demandada, al pago de la planilla número 12 de costo más porcentaje, correspondiente al mes de julio de 2004, la que hasta la presente fecha no ha sido cancelada, cuyo valor aproximado es de DIEZ MIL SETECIENTOS DOLARES AMERICANOS. 6.- Que, en vista de que por causas imputables a la demanda, detalladas en los antecedentes de esta demanda, nos hemos visto obligados a demandar como en efecto lo estamos haciendo, se declare en sentencia terminado anticipadamente el contrato celebrado entre la I. Municipalidad de Azogues y el Consorcio PLAINCO, integrado por los comparecientes, se condene a la Entidad demandada la I. Municipalidad de Azogues, al pago de los perjuicios, constituidos por el daño emergente y el lucro cesante, que dicha terminación nos ocasiona, perjuicios que serán demostrados en la etapa pertinente y que alcanzan el monto aproximado de DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL CIENTO TREINTA DOLARES AMERICANOS. 7.- Que, se condene a la Entidad demandada, al pago de las costas procesales en las cuales se incluirán los honorarios profesionales de nuestros abogados defensores". Los actores señalan además que la cuantía de la acción es de aproximadamente CUATROCIENTOS MIL DOLARES AMERICANOS. **DOS:** Admitida a trámite la demanda se corre traslado a la demandada para que la conteste en el término de quince días. A fojas 352 del proceso comparecen los señores Doctores

15

Víctor Hugo Molina Encalada y Jorge Urgilés Macancela, en sus calidades de Alcalde de Azogues y Procurador Síndico de la Municipalidad de Azogues respectivamente, quienes dan contestación a la demanda, manifestando: “En primer lugar, negamos los fundamentos de hecho y de derecho, así como la pretensión infundada del Actor. 2.- Con fecha 6 de enero de 2003, mediante documento público debidamente notariado conforme a la ley, se celebró entre esta Municipalidad de Azogues y el Consorcio PLAINCO, un contrato de obra, para que se construya el Nuevo Mercado Bartolomé Serrano, Plazoleta Gonzalo S. Córdova y Parqueadero Público, documento en el que constan todos los derechos y las obligaciones de las partes; y, en el caso del adjudicatario y contratista, debía ejecutar y terminar todos los trabajos encomendados a él de conformidad a los términos de dicho contrato, especificaciones técnicas, planos, etc., y a entera satisfacción y aceptación de la Municipalidad de Azogues; así se encuentra claramente establecido en la relación contractual. 3.- Además las obligaciones del contratista son observar en debida forma, tanto las disposiciones del contrato, cuanto lo que en materia propia de la ejecución de la obra dispone la Ley de Contratación Pública y su Reglamento como norma general de aplicación y en el caso concreto debe observar los parámetros que para el reconocimiento de los costos más porcentaje en rubros que no constan en el contrato tienen que asumirse en los términos que permite la Ley, y la forma como deben ser pagados, es decir al tenor de los señalados en el Art. 101 de la Codificación a la Ley de Contratación Pública y al Art. 105 de su Reglamento, en donde se determina con precisión los procedimientos que se deben utilizar para el reconocimiento y pago de esos valores. 4.- Efectivamente y en honor a la verdad, con la verticalidad y honestidad con la que actúa esta Municipalidad en todos sus actos, se indica que, con el propósito de jamás perjudicar al contratista ni llegar al enriquecimiento ilícito a costa de terceras personas por los trabajos ejecutados y realizados, se suscribió una Acta de Mediación, en la que se reconocían determinados rubros que fueron ejecutados bajo la modalidad de Costo Más Porcentaje, y si bien existen valores, éstos, en conformidad a lo que se determina en la misma Acta de Mediación en los documentos Anexos concretamente en el Anexo Uno que es parte integrante del Acta, se establece que “para el pago bajo la modalidad de costo más porcentaje de los ítems antes descritos, se aplica lo que estipula la Ley de Contratación Pública, es decir se realizarán los respectivos registros de control a fin de establecer los costos reales y efectivos de las obras”, por lo que, para el total reconocimiento de rubros y pago de valores, la Contratista debe presentar a la Fiscalización que técnicamente representa a la Entidad, los justificativos para que el pago por esta modalidad sea aceptada. 5.- Desde el inicio de la controversia, hemos venido manifestando que se de cumplimiento al Acta, en los términos que en ella se establecen, en forma total, no solamente en la parte que le interesa al Actor, sino en toda su amplitud, que se revise y se analice la documentación presentada para determinar los valores efectivos a pagarse, que no son los que constan en ese documento, porque para su cumplimiento depende de una condición que es la que hemos referido por constar expresamente en el Acta; por lo que, seguimos dispuestos a llevar a efecto este procedimiento que es con base a la Ley y no con valores como se pretende cobrar sin cumplir con los compromisos y condiciones recadados en el Acta, razón suficiente para solicitar en el momento procesal oportuno y dentro de este trámite la realización de las inspecciones que sean menester, así como la intervención de los Peritos que sean necesarios. 6.- Nos oponemos e impugnamos las

diez y nueve 19

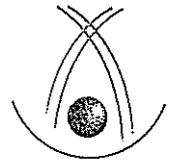


Centro de
Arbitraje y Mediación
CAMARAS DE LA PRODUCCION DEL AZUAY

supuestas afirmaciones sobre incumplimiento de la Municipalidad de Azogues para el pago por las obras ejecutadas, debiendo recordar al recurrente que conforme a la Ley, todos los pagos que se realizan por la ejecución de obras tienen el carácter de provisionales, entendiéndose entonces, que persiste el derecho para "reclamar" lo que hubiere lugar hasta el momento de hacer las liquidaciones definitivas en la conclusión de la obra y más allá de ello de acuerdo a la Ley ante las instancias procesales que se crean asistidos, situación que jamás se ha desconocido por nuestra parte; entonces, no se puede alegar ni hablar de incumplimiento en los pagos que se han efectuado en las fechas debidas y todavía no se ha concluido la obra pese a que se ha cumplido el plazo contractual, tal como consta en la documentación que se anexan a esta Demanda y que sirven de soporte para confirmar y justificar nuestras afirmaciones. 7.- La Contratista, ha incumplido el contrato, todo vez que no ha observado las normas contractuales al suspender la obra en forma unilateral sin que exista causal alguno para ello y por más de sesenta días, desde el 26 de julio de 2004, pese a que se le notificó con la impugnación de nuestra parte puntualizando las normas legales en las que estaba incurriendo, toda vez que no tenía argumentos legales para ello, causando latente perjuicio a la Municipalidad y a la ciudadanía, por lo que en su debida oportunidad y cuando el caso así lo requiera se iniciarán las acciones para que se reconozcan las indemnizaciones de Ley, reiteramos todo se justifica con la documentación que se adjunta a la presente. 8.- Rechazamos e impugnamos la supuesta aceptación de incumplimientos por parte de la Municipalidad que el Actor afirma infundadamente y a su manera de interpretar y lo demostramos con los documentos presentados por la Fiscalización y la Supervisión Municipal y la que en el momento procesal oportuno presentaremos. 9.- Se impugna absolutamente, la pretensión de que el tribunal de Arbitraje, resuelva la Resolución del Contrato, en primer lugar, y con respeto consideramos que no es competencia de tan alto Tribunal decidir de esta forma, y luego en el supuesto no consentido, no existen las causales que en materia de contratación pública las partes deben atenerse estrictamente a su Ley General y solo cuando en el supuesto caso haya oscuridad podrían remitirse a otras leyes como normas supletorias; sin embargo para el caso que nos ocupa no tiene asidero en ninguna especie y por lo tanto rechazamos absolutamente las pretensiones para la Resolución del Contrato, el pago de los valores que hacen referencia en su demanda el Actor, menos aún el reconocimiento de daños y perjuicios por daño emergente y lucro cesante, figura jurídica que sí tiene derecho nuestra representada y que la haremos valer ante las Autoridades competentes. 10.- A pesar de lo antes anotado, el Consorcio PLAINCO, insiste en el incumplimiento y no ha reiniciado los trabajos suspendidos en forma unilateral, sin causa ni justificación alguna, incurriendo por lo tanto las cláusulas constantes en el contrato y en los documentos que forman parte del mismo, así como también han contravenido las normas establecidas en la Codificación a la Ley de Contratación Pública y su Reglamento Sustitutivo en vigencia, pues reiteramos la suspensión arbitraria resuelta no tiene fundamento legal. 11.- PLAINCO, no acepta ni pretende dar cumplimiento al Acta de Mediación que le obliga presentar los justificativos debidos y la revisión y control para determinar los costos reales y efectivos de las obras ejecutadas bajo la modalidad de Costo más Porcentaje, incumplimiento que le ha servido de pretexto baladí para no reiniciar los trabajos cuando incluso se han pagado en forma provisional las planillas que actualmente alega, situación que no se considera justificativo de ninguna clase, circunstancia que perjudica

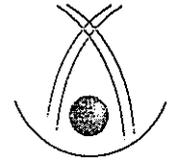
16

los intereses del Estado y obviamente los de la ciudad de Azogues". Los representantes legales de la I. Municipalidad de Azogues se excepcionan de la siguiente manera "a) Improcedencia de la acción, por cuanto se ha demandado el incumplimiento de actividades, de actos y hechos cumplidos por la Municipalidad como se demuestra en la documentación adjunta. b) Falta de derecho de PLAINCO, para demandar a nuestra Representada el pago de valores que han sido ya cancelados como dice la Ley en forma provisional y de conformidad a las obras ejecutadas contractualmente y a los parámetros que se determinan en el Art. 105 del reglamento a la Ley de Contratación Pública en los rubros que corresponda. c) Ilícitud de la pretensión. d) Incompetencia del Tribunal para conocer y decidir sobre la Resolución o Terminación del Contrato. **TRES:** El señor Director del Centro de Arbitraje y Mediación, cumpliendo con lo dispuesto en el Art. 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación, a fin de procurar un avenimiento, convoca a las partes a una Audiencia de Mediación y designa al doctor Marco Machado como Mediador. El 7 de diciembre del 2004, a las 16H00, se lleva a cabo la audiencia prevista con la presencia de los actores, su abogado, el Doctor Jorge Urgilés, el mediador y el Dr. Fernando Astudillo N., en representación de la Procuraduría General del Estado y se suscribe un acta de imposibilidad de acuerdo. **CUATRO:** Terminada la etapa de mediación, se inicia el proceso de arbitraje con la posesión del ya mencionado Tribunal, el día catorce de febrero de 2005, a las 12H30, habiéndose designado en el mismo día y hora al doctor Miguel Cordero Palacios como Presidente del Tribunal y a doctora María Cevallos Muñoz como Secretaria. De conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación, el veinte y cuatro de febrero del 2005, a las 12H07, se lleva a cabo la Audiencia de Sustanciación de esta causa, en la que las partes, por medio de sus Abogados, manifiestan su posición en esta controversia. De conformidad con lo que señala el Art. 10, inciso final, de la Ley de Arbitraje y Mediación, a la demanda deben adjuntarse las pruebas y debe solicitarse en ésta la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda; asimismo en el Art. 11 ibídem se establece que, a la contestación de la demanda deben adjuntarse las pruebas y debe solicitarse, en aquella, la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la contestación. **CINCO:** Las parte actora manifiesta en la demanda que adjunta como pruebas "todas aquellas que se mencionan y se incorporan". Adicionalmente señala que en la etapa procesal pertinente "aportaremos como pruebas a favor de la misma, las permitidas por la Ley y que las consideremos procedentes". **SEIS:** Por su parte la I. Municipalidad de Azogues establece como pruebas en su favor: "1.- La reproducción de todos y cada uno de los documentos que obran en el proceso, presentados por nuestra parte y por los Actores en todo lo que nos sea favorable, e impugnamos y rechazamos lo adverso de lo aportado y de lo que pudieran presentar durante la sustanciación del trámite. 2.- Solicitamos la intervención de peritos para que realicen un examen, análisis, revisión y todo lo pertinente, de los rubros constantes en el Acta de Mediación suscrita el 14 de mayo de 2004 y al tenor de lo expuesto en los anexos con el objeto de verificar los valores reales a pagarse en los rubros ejecutados por la modalidad de Costo más Porcentaje, siguiendo el procedimiento establecido en la Ley de la materia. 3.- Práctica de la Diligencia de revisión a los documentos que han servido de base para el pago de los rubros por parte de la Municipalidad respecto a las obras ejecutadas y que tienen el carácter de provisionales conforme a la Ley, con lo que se demostrará la falta de justificación para que el Consorcio haya suspendido las obras por más de sesenta días,



incumpliendo con el contrato. 4.- Se realice una Diligencia de inspección ocular al sitio lugar de la obra construcción del Nuevo Mercado Bartolomé Serrano, Plazoleta Gonzalo S. Córdova y Parqueadero Público en la ciudad de Azogues, a fin de evidenciar el estado actual del proyecto y se realice el estudio, revisión, etc. De los rubros objeto de la controversia. 5.- Nos reservamos el derecho de solicitar la práctica de más diligencias probatorias para mejor proveer al tenor de lo señalado en el Art. 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Y en definitiva la práctica de las demás diligencias probatorias tendientes a desvirtuar la demanda arbitral presentada". **SIETE:** El Tribunal, mediante providencia de fecha 31 de marzo de 2005, de conformidad con lo que señala el inciso segundo del Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación concede un término de diez días a las partes para que soliciten las diligencias probatorias que requieran para demostrar sus pretensiones legales. Se designa Perito, por así haberlo solicitado las partes, nombramiento que recae en la persona del Ing. Pablo López Cuesta, quien presenta con fecha 14 de julio de 2005 su informe y luego a pedido de aclaraciones, ampliaciones y /o rectificaciones de las partes presenta sus análisis y respuestas a dichas peticiones el once de agosto de 2005. En providencia de fecha 20 de septiembre del 2005, a las 08H45, el Tribunal, una vez que ha transcurrido el término probatorio concedido a las partes lo declara concluido. Igualmente el Tribunal prorroga el término para dictar el laudo conforme lo permite el artículo 25 de la Ley de Arbitraje y Mediación. El cuatro de octubre de 2005 se lleva a efecto la Audiencia en Estrados; misma que se concluye el día seis de los mismos mes y año, debido a haberse suspendido en el primero de los días citados. Para expedir el presente laudo el Tribunal hace las siguientes consideraciones: **PRIMERO.-** El Tribunal establece que no existe nulidad alguna que declarar y más bien deja taxativamente señalado que el proceso es válido. **SEGUNDO.-** El artículo 1453 del Código Civil señala que las obligaciones nacen, de entre otras fuentes, del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos. A su vez el artículo 1561 del mismo cuerpo legal señala que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales. En el contrato suscrito por las partes, a fojas ocho y siguientes del proceso, del que se deriva la controversia que nos ocupa, en su cláusula "VIGESIMO TERCERA", que tiene que ver con las Divergencias y Controversias, se estipula el sometimiento de las controversias que no sean solucionadas en la Mediación, a "Arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay y su Reglamento de Arbitraje", estableciéndose las condiciones a las que el arbitraje debe sujetarse. Las partes han convenido que el presente arbitraje sea un arbitraje de derecho, esto es, observando las formalidades establecidas en la Ley de Arbitraje y Mediación, Ley de Contratación Pública, Reglamento a dicha ley, Código de Procedimiento Civil, las demás disposiciones normativas pertinentes y fundamentado el fallo en las estipulaciones del contrato que válidamente han celebrado y que ha sido presentado como prueba, así como en los acuerdos obligatorios para las partes, siempre en correspondencia con las normas referentes a las obligaciones y los contratos, según las define el Código Civil. **TERCERO.-** El aludido contrato en su cláusula quinta establece lo siguiente: "Objeto del Contrato.- 5.01.- El Contratista se obliga para con la entidad contratante a ejecutar, terminar en todos sus detalles y entregar debidamente funcionando el Moderno Mercado Central Bartolomé Serrano, Parqueadero Público y Plazoleta Gonzalo Córdova de la ciudad de Azogues, comprometiéndose al efecto a

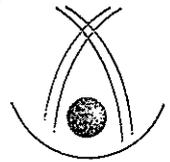
realizar dicha obra, con sujeción a los planos, especificaciones generales, especificaciones técnicas y demás documentos contractuales tanto los que se protocolizan en este instrumento, cuanto los que forman parte del mismo sin necesidad de protocolización.- 5.02.- Corresponde al contratista proporcionar la dirección técnica, proveer la mano de obra, el equipo y maquinaria requeridos y los materiales necesarios para ejecutar debidamente la obra de acuerdo al cronograma de ejecución de los trabajos y dentro del plazo convenido, a entera satisfacción de la Entidad Contratante. 5.03.- Queda expresamente establecido que constituye obligación del Contratista ejecutar todos los rubros detallados en la tabla de Cantidades y Precios que consta en la Cláusula 6.01 de este contrato, entendiéndose que su enumeración no es limitante y el alcance abarca cualquier obra o servicio que conste en los documentos contractuales.-". Según la cláusula Tercera del contrato forman parte integrante de él, entre otros, los siguientes documentos : ... "f) Las Condiciones Generales de Ejecución del Contrato (sección cuatro de los documentos Precontractuales)". Numeral 3.02.- "a) Los documentos precontractuales, incluyendo las especificaciones técnicas, planos y diseños del proyecto que corresponden a la obra contratada; b) los demás documentos de la oferta del adjudicatario...". **CUARTO.-** Los actores demandan se declare terminado el contrato celebrado entre la I. Municipalidad de Azogues y el Consorcio PLAINCO, alegando incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales por parte de la entidad contratante. Procede por lo tanto determinar en primera instancia si existe o no tal incumplimiento. Según la parte actora el incumplimiento estriba, de acuerdo a lo constante en la demanda, en forma resumida, en que : a) La demandada no ha cumplido con entregar, con la celeridad que se requería, los planos, dibujos, diseños, autorizaciones y más documentos necesarios para la construcción de las obras, lo que ha determinado que los trabajos no puedan ejecutarse dentro del respectivo cronograma; b) Que la entidad demandada se ha negado al pago de rubros ejecutados establecidos en el contrato así como otros rubros no establecidos contractualmente, que dicen fueron realizados, excluyendo de las planillas rubros y cantidades de rubros; c) Que la fiscalización unilateralmente ha procedido a realizar las mediciones de los rubros ejecutados y elaborar las respectivas planillas de obra y de costo más porcentaje; d). Que la entidad demandada no ha dado cumplimiento en lo relacionado con la liquidación del reajuste definitivo de precios y pago de valores correspondientes por dicho concepto; e) Alega retraso en el pago de planillas por parte de la demandada; f) Que la demandada hasta la fecha de presentación de la demanda no había elaborado ni cancelado la planilla Nro.12 bajo el sistema de costo más porcentaje correspondiente al mes de julio de 2004; g) Que hasta la fecha de presentación de la demanda la demandada no había cumplido con el Acta de Mediación celebrada el 14 de mayo de 2004. En forma general los actores señalan que los incumplimientos detallados persisten por más de sesenta días, a partir de la fecha en que debían ser cumplidos por parte de la entidad demandada. El Tribunal Arbitral respecto del alegado incumplimiento hace las siguientes consideraciones, que tienen por base la valoración de las pruebas aportadas, debiendo considerar que, según lo que expresa el artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, "solo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la Ley, hace fe en juicio". A) Para demostrar el incumplimiento alegado en el literal a) de este numeral, es decir la falta de entrega de planos diseños, autorizaciones y más documentos



necesarios para la construcción de las obras, la parte actora presenta varios documentos, que obran del proceso, mediante los cuales en diversas fechas reclamó sobre este particular a la entidad contratante. Solamente a manera de ejemplo nos permitimos citar algunos reconocimientos hechos por la fiscalización municipal y por las autoridades del municipio sobre el aludido incumplimiento: A fojas 718 el oficio No. 076 FMBS A-03 de mayo 29 de 2003, dirigido por el Ing. Lautaro Cedillo, Director de Fiscalización al Director de Obras Públicas Municipales, en el numeral 2 se señala: "Con fecha 8 de abril se notifica al contratista suspender la ejecución de los trabajos de este bloque, hasta realizar los estudios estructurales y de sismografía por parte de los especialistas". Oficio No. 086 FMBS de junio 4 de 2003 dirigido por Ing. Lautaro Cedillo a Ing. Pablo Astudillo S. de PLAINCO, a fojas 957, en el que se señala que la construcción del área del Centro Comercial se ha alterado por el derrocamiento del bloque No. 1 y que esto implicó que se contrate un nuevo diseño para este bloque que se integrará al diseño de la parte nueva..., añade que "como usted entenderá los planos requieren tiempo para ejecutarlos, es por esto que aun no disponemos de los mismos, por lo que en cuanto los tengamos en días próximos les entregaremos los planos definitivos completos". A fojas 723 y 724 oficio No. 144 FMBS A-3 de agosto 13 de 2003, dirigido por el Ing. Lautaro Cedillo, Director de Fiscalización al Ing. Carlos Julio Calle Jefe del Departamento Técnico de Planificación de la Municipalidad de Azogues, en el que manifiesta: "Con fecha 29 de julio de 2003 se entrega al contratista los planos adyacentes a los bloques 1 y 4 y se complementan los del bloque No.1 integrado al bloque central del centro comercial que como anota el contratista fueron ya iniciados". A fojas 812 el oficio No. 170 FMBS A-03 de septiembre 23 de 2003, dirigido por el Ing. Lautaro Cedillo, Director de Fiscalización al Ing. Gabriel Ledesma, en el que indica: "Con el propósito de que continúe con la fundición de la losa de piso del Centro Comercial y al no ser aceptada la sugerencia realizada por esta fiscalización autorizamos a que los trabajos se realicen de acuerdo a los diseños y especificaciones técnicas contractuales". Frente a ello el Ing. Ledesma responde con Oficio PLAINCO -MBS 117-2003, a fojas 817, que dicha sugerencia, que inicialmente fue una disposición de fiscalización, ha implicado paralización de las actividades correspondientes por doce días. Luego con OFICIO 174 FMBS A-03, a fojas 818, el Ing. Cedillo reconoce que fue "una disposición eminentemente técnica". A fojas 836 oficio No. 241 FMBS A-04 de enero 23 de 2004, dirigido por el Ing. Lautaro Cedillo, Director de Fiscalización al Ing. Gabriel Ledesma (es decir a más de un año de haberse firmado el contrato), en el que señala que se han producido los siguientes cambios: Reubicación de cisterna, incluye un corredor posterior en los locales destinados a comidas, se eliminan los baños que se encuentra dentro de estos, además de cada dos locales se haga uno, es decir de doce locales quedan siete; y, ubicación del área de recolección de basuras. Es importante seguir la secuencia de éstas resoluciones de la fiscalización y muy ilustrativo, puesto que frente a tales disposiciones el Ing. Ledesma, en oficio de 28 de enero de 2004, a fojas 837 solicita la entrega de planos de implantación y detalle de las obras a ejecutar para la recolección de basuras para el inmediato inicio de las obras, a lo que con fecha 4 de febrero de 2004 (oficio No. 257 FMBS A-04), fojas 838, el Ing. Cedillo remite al Ing. Ledesma los nuevos diseños de la cisterna y de las losas en los antiguos cajones de grada de los bloques 1 y 3 y el 10 de febrero de 2004, con Oficio 264 FMBS A-04, a fojas 846, los planos de implantación y

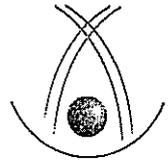
18

detalle de las obras a ejecutar para la recolección de basuras. Cuando el Contratista solicita especificaciones y dimensiones de la estructura para la recolección de basuras el Fiscalizador, el 1 marzo de 2004, mediante oficio 280 FMBS A-04, a fojas 848, indica que *"no son necesarias por cuanto no hay cambio de materiales y para su replanteo, este, está supeditado al espacio sobrante entre las gradas del ascensor, el muro del nivel -4.37 y la pared externa de acceso en la plazoleta, lo cual está muy claro en el plano, cualquier inquietud al respecto se resolverá en obra cuando así lo soliciten"*; para luego, mediante oficio No. 300 FMBS A-04, de marzo 17 del 2004, a fojas 852, señalar *"dada su insistencia, se adjunta dicho plano con dimensiones a pesar que es un área definida por el muro nuevo de contención a la estructura preestablecida en planos y grada anteriormente indicada"*. Mediante oficio No. 302 FMBS A-04 de marzo 17, a fojas 856-857 el Ing. Cedillo, respondiendo a los requerimientos de diseños, planos e instrucciones pedidas por el Contratista a la fiscalización señala por ejemplo, en el caso de los modificación arquitectónica en zona de tableros para medidores de energía eléctrica: *"No se cambiará el dimensionamiento de tableros sino su ubicación, el que se indicará oportunamente cuando lo solicite el Ing. Eléctrico"*. Sobre los rediseños hidrosanitarios y contra incendios adjunta los planos de reubicación y sobre el diseño de la centralilla de gas y su distribución señala: *"Para su conocimiento los planos serán enviados una vez que el municipio nos haga llegar los mismos"*. Oficio No. 332 FMBS A-04 de abril 19 de 2004, a fojas 1048, dirigido al Ing. Gabriel Ledesma por el Ing. Lautaro Cedillo, en el que dice que los días de demora en la entrega de planos se debían aprovechar para adelantar la obra y por ende tener un mejor avance, añade que: *"Le recuerdo que ya se entregaron los planos; que no se quisieron entender y nos ha conllevado a ejecutar planos al detalle, a fin de que el consorcio los entienda y lo pueda ejecutar..."* (el subrayado nos pertenece). Oficio SUP-MA-UTG-061-04 del 20 de mayo de 2004, a fojas 893, el Ing. Carlos Julio Calle se dirige al Ing. Gabriel Ledesma y le indica que se están revisando los diseños de la estructura de la cubierta central del Centro Comercial con un especialista y que harán conocer decisión a través de la fiscalización en los próximos días. A fojas 902 y 903 encontramos el oficio No. 367 FMBS A-04, de fecha 21 de mayo de 2004, en el que el Ing. Lautaro Cedillo Feijóo, Director de Fiscalización e Ing. Fausto Cevallos O., se dirigen al Ing. Gabriel Ledesma respondiendo a la comunicación de éste de fecha 23 de abril de 2004 (oficio No. PLAINCO-MBS-083-2004) a fojas 27, 28 y 29 del proceso, en el que textualmente manifiestan: *1.- La fiscalización ha cumplido con lo dispuesto en las normas legales respectivas y de manera muy completa en lo que determina el artículo 12 del acuerdo No. 817 emitido por el Contralor General del Estado y es así como ha detectado en forma oportuna los errores y/u omisiones de los diseñadores, como también imprevisiones técnicas que han requerido de acciones correctivas inmediatas. 2.- Sin embargo de ello, como bien usted expresa si faltan diseños, pero el solventar estos, no es función del Fiscalizador ya que usted como profesional de la Ingeniería Civil conoce, no se puede cambiar un diseño o crear otro diseño si estos no son consultados o aprobados por el Diseñador.3.- Además quiero puntualizar que como usted debe conocer las normas de Contratación Pública determinan que cuando se crean rubros se debe obtener los informes de organismos de control o pago bajo la modalidad de costo más porcentaje, modalidad de ejecución y aplicación que está explícitamente descrita en la ley"* (el subrayado nos pertenece). Nótese que el propio Director de la



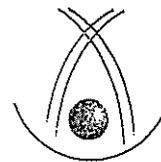
Fiscalización, conforme lo hemos transcrito anteriormente reconoce la falta de diseños, esto a mayo de 2004, habiéndose el contrato suscrito en enero del 2003. El Ing. Ledesma mediante Oficio PLAINCO MBS-115- 2004, de 9 de junio de 2004, a fojas 895, deja constancia de que se eliminaron quince locales comerciales, cinco locales para venta de comidas y veinte y cinco servicios higiénicos. Oficio SUP-MA-UTG-095 – 2004, de 14 de julio de 2004 (a escasos días de que el Contratista suspenda las obras) dirigido por el Ing. Carlos Julio Calle al Ing. Fausto Cevallos, Director de Fiscalización encargado, a fojas 1010; *“De igual manera, solicitamos, una vez más, se establezca el listado definitivo de rubros y sus cantidades a ser incluidos en el contrato complementario, mismo que deberá ser elaborado lo antes posible, así mismo se adjuntarán las especificaciones técnicas y demás documentación que se necesite para el trámite pertinente”* (el subrayado nos pertenece). A fojas 778 y 779 oficio No. 467 FMBS A-04 de agosto 24 de 2004, dirigido por el Ing. Lautaro Cedillo, Director de Fiscalización al Ing. Carlos Julio Calle, en el que manifiesta que se concedieron 4 días de ampliación de plazo *“por falta de diseños, rediseños, modificaciones, etc, de varias estructuras que han impedido el normal avance de las obras”*(el subrayado nos pertenece). Oficio No. SUP-MA-UTG-160-04 del 8 de septiembre de 2004, a fojas 1082, dirigido por el Ing. Carlos Julio Calle al Ing. Lautaro Cedillo, en el que señala que: *“Este problema de la definición de los rubros se ha venido dilatando demasiado, razón por la que se hace necesario y urgente se emita un informe definitivo y contundente al respecto”* (el subrayado nos pertenece). Es también necesario anotar que de la documentación que obra del proceso se establece que la entidad demandada concedió ampliación de plazos por falta de diseños, rediseños y modificaciones de acuerdo al siguiente detalle: 3 días en la ampliación de plazo No. 3, 36 días en la ampliación de plazo No. 5 y por el mismo concepto 4 días en la ampliación de plazo No. seis, según el informe del Perito. El Examen Especial de Ingeniería de la Contraloría General del Estado, a la construcción de la obra a fojas 1096 y siguientes, concluye sobre este aspecto que: *“El Director de planificación del Municipio incumplió el Art. 9 del Reglamento de Determinación de Etapas del Proceso de Ejecución de Obras y Prestación de Servicios Públicos referente al diseño; debido a que no se determinó, previo a la contratación, que partes de la edificación podrían mantenerse”*. La I. Municipalidad tenía la obligación, según lo señala el capítulo uno, numeral 1.2, de las "Condiciones Generales de Ejecución del Contrato" (sección cuatro), a fojas 1086 y siguientes del proceso, de entregar oportunamente los planos, dibujos, diseños y demás documentos necesarios para la construcción de la obra, así como los permisos y autorizaciones necesarias. En base a toda la documentación que ha presentado la parte actora sobre este aspecto y de los documentos de respuesta de la parte demandada (de fiscalización y de los funcionarios del Municipio), que obran del proceso, el Tribunal llega a la conclusión de que, efectivamente, no se proveyó por parte de la entidad demandada a la contratista los planos, estudios y diseños necesarios para la ejecución adecuada de la obra, puesto que si bien se entregaron los diseños y estudios previos dentro de los documentos precontractuales, documentos que los conoció PLAINCO para realizar su oferta, y que son parte del contrato, los diseños de la obra en varios aspectos variaron en el proceso de construcción y la propia realidad de ejecución de la obra implicó que sobre la marcha deban realizarse nuevos diseños y planos que no son obligación del contratista, diseños y rediseños que no fueron facilitados oportunamente

a PLAINCO. B) Para demostrar el incumplimiento alegado en el literal b) de este numeral, relativo a que *la entidad demandada se ha negado al pago de rubros ejecutados establecidos en el contrato así como otros rubros no establecidos contractualmente, excluyendo de las planillas rubros y cantidades de rubros*, pese a que, según se dice por parte de PLAINCO, fueron ejecutados, se ha presentado el oficio N° SUP-MA-UTG-O50-04 del 22 de abril de 2004, a fojas 125, mediante el cual los Ingenieros Carlos Julio Calle C., Arq. Raúl Cajas Avila e Ing. Telmo Zhindón, Supervisores y Jefe de la Fiscalización del Municipio se dirigen al Ingeniero Lautaro Cedillo Feijoo y tratan el tema del pago de rubros que han sido reclamados por el contratista dando su criterio sobre dicha cancelación. En su parte final del documento aludido señala: *“Lo expresado, lo emitimos en cumplimiento de las funciones que son de responsabilidad de Supervisión para que la Fiscalización tome debida nota y proceda a su rectificación; así como, los precios unitarios y las cantidades de obra ejecutadas serán definidas por Fiscalización en función de los registros que para el efecto debe hacerse implementado”* (el subrayado nos pertenece). También es necesario recordar que los miembros del Consorcio PLAINCO acudieron a la instancia de mediación, en dos ocasiones justamente alegando entre otras situaciones el no pago de rubros contractuales y no contractuales y que en el caso del Acta de Mediación de fecha 14 de mayo de 2004, entre uno de los acuerdos está precisamente la aceptación como rubros nuevos aquellos que se señalan en los anexos de dicho instrumento. El Informe del Perito a fojas 1269 y siguientes dice que no han sido cancelados al contratista los rubros que cumplen con las especificaciones, constantes a fojas 8 a la 21 del informe (fojas 2). A fojas 1404 el Perito en su informe dice: *“La fiscalización no considera el pago de los nuevos rubros que han sido ejecutados, sin embargo de encontrarse anotados en el libro de obra, sin justificación alguna”* (el subrayado es nuestro). Por lo anotado el Tribunal considera que efectivamente la parte demandada incumplió con esta obligación contractual. C) Para respaldar la aseveración, de la parte actora, respecto del incumplimiento señalado en el literal c) de este numeral, referente a que *la Fiscalización unilateralmente ha procedido a realizar las mediciones de los rubros ejecutados y elaborar las respectivas planillas de obra y de costo más porcentaje*, presenta los siguientes documentos: oficio PLAINCO MBS-166-2004 2 de agosto de 2004, a fojas 59, en el que se dirige el Ing. Ledesma al Ing. Lautaro Cedillo indicándole que en ningún momento ha realizado la fiscalización mediciones conjuntas con el contratista que permitan elaborar las planillas Nos. 15,16 y 17 y de costo más porcentaje Nos 10, 11 y 12, a su vez el Ing. Lautaro Cedillo, mediante Oficio 439 FMBS-A-04 de 3 de agosto de 2004 (fojas 98) responde: *“En efecto ciertos rubros no se han efectuado medidas por cuanto son rubros que están definidos en planos y en diseños entregados por la fiscalización y es así como el consorcio ha construido las obras”*. Los actores han presentado copias certificadas de los oficios N° 462, 469 y 471 FMBS. A-04 de 18, 26 y 27 de Agosto de 2004, respectivamente (fojas 146, 147 y 148), suscritas por el Director de la Fiscalización, mediante los cuales demuestran que las planillas de costo más porcentaje 8, 9, 10 y 11 y las planillas de avance de obra Nos. 15, 16 y 17 fueron realizadas por la Fiscalización y legalizadas por la Municipalidad, sin el concurso de la contratista. En el informe de la fiscalización que obra a fojas 1122 y siguiente y concretamente en la página 9 se señala lo siguiente: *“La fiscalización en su momento no pudo realizar las planillas No. 12, 13 y 14 puesto que el volumen de trabajo de ese*



momento no daba el tiempo suficiente y necesario para la realización de las mismas, y además no se negoció personal para elaboración de planillas” (el subrayado es nuestro). Debemos recordar que en el numeral 1.4 de las Condiciones Generales de Ejecución del Contrato se establece claramente que: *Si en el contrato no se regula otro sistema de medición* (y el contrato efectivamente no lo hace), *en los últimos tres días laborables de cada mes, la fiscalización y el contratista, en forma conjunta, efectuarán las mediciones de las cantidades de obra ejecutadas durante los (30) treinta días anteriores.* D) Para respaldar el incumplimiento alegado por la actora en el literal d) de este numeral, relativo a que *la entidad demandada no ha dado cumplimiento en lo relacionado con la liquidación del reajuste definitivo de precios y pago de valores correspondientes por dicho concepto,* presenta varios documentos: Oficio 457 FMBS A-04 de agosto 16 de 2004 mediante el cual el Ing. Lautaro Cedillo pide al Consorcio PLAINCO la presencia de un representante para realizar la reliquidación de planillas desde marzo 2003 a julio 2004 y las de costo más porcentaje (fojas 144), nótese que tal petición la hace la fiscalización luego de que el Contratista notificó su decisión de suspender los trabajos alegando incumplimientos de parte de la Entidad Contratante y que la reliquidación que se pretendía hacer por parte de la fiscalización era desde marzo de 2003, es decir que no se había realizado oportunamente la reliquidación inobservando las obligaciones legales que tenía la Contratante. El artículo 91 de la Ley de Contratación Pública señala: *“Tan pronto se disponga de los índices definitivos de precios, se realizará la liquidación y pago final del reajuste, considerando las fechas de pago de las planillas y aplicando las fórmulas contractuales”.* Según las Condiciones Generales de Ejecución del Contrato, en su numeral 1.4.2 dice: En cada planilla de obra ejecutada, el fiscalizador calculará el reajuste de precios provisional, aplicando las fórmulas de reajuste que se indican en el contrato. Según lo señala el Perito en su informe la Fiscalización no calculó el reajuste de precios provisional a su debido tiempo e incumplió con su obligación de realizar el reajuste definitivo tan pronto se publiquen los índices del INEC. El Perito ante la ausencia de cálculo cuantifica los montos que se le adeudan al Contratista desde marzo de 2003 a julio de 2004 en concepto de reajuste, a fojas US \$ 11.486,43 (fojas 1275). En la contestación a la demanda la I. Municipalidad de Azogues manifiesta su oposición e impugna *“las supuestas afirmaciones sobre incumplimiento de la Municipalidad de Azogues para el pago por las obras ejecutadas, debiendo recordar al recurrente que conforme a la Ley, todos los pagos que se realizan por la ejecución de obras tienen el carácter de provisionales, entendiéndose entonces, que persiste el derecho para “reclamar” lo que hubiere lugar hasta el momento de hacer las liquidaciones definitivas en la conclusión de la obra y más allá de ello de acuerdo a la Ley ante las instancias procesales que se crean asistidos, situación que jamás se ha desconocido por nuestra parte; entonces, no se puede alegar ni hablar de incumplimiento en los pagos que se han efectuado en las fechas debidas y todavía no se ha concluido la obra pese a que se ha cumplido el plazo contractual, tal como consta en la documentación que se anexan a esta Demanda y que sirven de soporte para confirmar y justificar nuestras afirmaciones”.* Con lo señalado queda claro que la propia entidad demandada reconoce que no se realizaron las reliquidaciones definitivas. E) La parte accionante también alega incumplimiento respecto de lo señalado en el literal e) de este numeral, relativo a que *el I. Municipio de Azogues pagó a PLAINCO con retraso las planillas de obra y de costo más porcentaje.* Obran del proceso decenas de

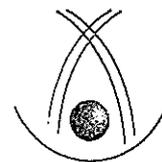
documentos que hacen relación a este tema, citaremos solamente unos pocos: Oficio SUP-MA-UTG-096-03 de 16 de diciembre de 2003, dirigido por Ing. Carlos Julio Calle al Ing. Lautaro Cedillo: *"Como es de su conocimiento la presentación de las planillas e informes de la obra se han venido retrasando, ... nuevamente volvemos a solicitar que se solucione este problema, puesto que las consecuencias que estas acarrearán, como son pagos de reajustes no previstos, multas, etc, serán trasladadas a los responsables del atraso en el trámite de las planillas"* (fojas 456). Oficio No. SUP-MA-UGT-026 -04 de fecha 2 de marzo de 2004, a fojas 462, el Ing. Carlos Julio Calle se dirige al Ing. Cedillo y le manifiesta que *"varias planillas de avance de obra no han sido tramitadas dentro de los plazos normales"*, reitera que *"el no cumplimiento con las fechas de solicitud de desembolso al Banco (del Estado) implica el pago de una comisión por no uso de los recursos, mismo que será trasladado al responsable de esto (el subrayado nos pertenece)*. Adicionalmente encontramos a fojas 140-142 del proceso incorporado el Oficio UAI -157-2004 de 28 de julio de 2004 de la Auditoria interna del Municipio, dirigido por el señor Eco. Marcelo Andrade M., Auditor General, al señor Alcalde en el que se manifiesta: *"...la fiscalización con su actitud no ha contribuido a que los problemas se solventen; pues, a la fecha no se han elaborado las planillas correspondientes a los meses de mayo, junio, julio de 2004 que de acuerdo a las funciones de fiscalización lo debía realizar conjuntamente con el contratista en forma oportuna y en razón de que la demora o paralizaciones de la obra afecta la programación establecida por la entidad..."* (el subrayado nos pertenece). Bajo el título *"Paralización de la Obra"*, constante en la página 4 del informe de fiscalización, a fojas 291 -300, se analiza la decisión del contratista (sobre la paralización) y dice ... *"aduciendo falta de pago de planillas, motivo que no consta dentro del contrato respectivo"*, es decir para el Director de Fiscalización el no pago de planillas no es un motivo para paralizar la obra, pues no consta expresamente en el contrato. Según la documentación que obra del proceso, dirigida por el Consorcio PLAINCO a la Fiscalización Municipal, existe casos de planillas devueltas dos, tres, y hasta cinco veces, igualmente se reclama en tales comunicaciones, en algunos casos, que en las ulteriores revisiones se hacen constar objeciones o solicitudes de información o corrección que no se habían hecho en las anteriores revisiones. Para establecer si existió o no el retraso aducido por la parte actora y frente a la impugnación que realizó la parte demandada del informe pericial el Tribunal ha revisado los datos de fechas de presentación de planillas considerando la versión que de ello da la propia Municipalidad en: a) El informe Económico de la entidad contratante (fojas 1162 y siguientes); y, b) Los informes de la Fiscalización a fojas 291 y siguientes y 1122 y siguientes, de los que se establece que efectivamente en muchos de los casos existió el alegado retraso en el pago de las planillas. Por todo lo señalado, por las constancias procesales y los propios reconocimientos de las autoridades municipales claramente se establece por parte de este Tribunal que la entidad demandada en las planillas mensuales de obra # 1, 4,6,7,8,10 y de la 11 a la 14, en todas las planillas de costo más porcentaje (excepto la 10 y 11), en las planillas Nos. 4, 6, 7, 8 y 10 de reajuste provisional de precios y en todas las planillas de reajuste de precios definitivo no cumplió con su obligación contractual de pagar en un plazo máximo de 30 días las planillas de obra ni cumplió con su obligación legal de pagar en un plazo máximo de 15 días posteriores a su aprobación las planillas de costo más porcentaje, según lo señala en el Art. 105 del Reglamento a la



Centro de
Arbitraje y Mediación
CAMARAS DE LA PRODUCCION DEL AZUAY

Ley de Contratación Pública; es más, hasta la presente fecha se mantienen impagas en el caso de la reliquidación de planillas de obra de la 1 a la 17 y de reajuste de precios de la 1 a la 17 aún no se han hecho. F) Respecto del no pago de la Planilla Nro.12. de costo más porcentaje, correspondiente al mes de julio de 2004; alegado por la actora, es evidente que dicho pago no se ha realizado según el propio informe económico del contrato (a fojas 1167), que hemos citado anteriormente, y que dicho incumplimiento se mantiene hasta la actualidad. G) Respecto del incumplimiento del Acta de Mediación, suscrita el 14 de mayo de 2004. En tal acta, cuya copia certificada y anexos obran a fojas 1847 a 1871, las partes llegan a varios acuerdos que se pueden resumir en los siguientes: a) prórroga de plazo por setenta y dos días por las razones que se indican en el acta; y, b) Reconocimiento y pago de rubros nuevos bajo la modalidad de costo más porcentaje. Del proceso obran algunos documentos que nos permitimos citar a continuación: Oficio SUP-MA-UTG 116-04 26 de julio de 2004 del Ing. Carlos Julio Calle al Ing. Gabriel Ledesma *"Es importante indicar que se han detectado varios errores en los precios adjuntados al acta de mediación, mismos que nunca fueron aprobados por la fiscalización* (fojas 136). A fojas 643-644, el Oficio No. SUP-MA-UTG-149-04 de septiembre 1 de 2004 (luego de la suspensión de trabajos), dirigido al Ing. Lautaro Cedillo por el Ing. Calos Julio Calle en el que dice: *"Por lo expresado, consideramos pertinente solicitarle que la fiscalización de cumplimiento a la totalidad del Acta de Mediación suscrita el 14 de mayo de 2004 pues en la misma constan como parte integrante el informe técnico suscrito por el representante legal de la Asociación CAMINOSCA-ACOTECNIC, así como el Anexo 1..."*, (el subrayado es nuestro). Oficio 475 FMBS A-04 de septiembre 3 de 2004, del Ing. Cedillo al Ing. Calle: *"Los costos que se adjuntan al acta de mediación no tuvieron el aval de fiscalización a pesar de que algunos de ellos fueron revisados conjuntamente con el contratista de acuerdo en las cantidades de material mas no en los rendimientos pero al enviarnos la I. Municipalidad la copia del Acta y al recibir las planillas 8 y 9 por parte del Contratista, se procedió aplicar los costos de la referida Acta, luego de reuniones como consta en el oficio SUP-MA-UTG-114-04"* (fojas 647). Del informe pericial claramente se establece que la I. Municipalidad de Azogues no dio cumplimiento del Acta de Mediación. Más aún en la ampliación de su informe el Perito, a fojas 1380 (fojas 2 del informe), señala: *"No es procedente establecer nuevos precios basados en registros preparados unilateralmente por la fiscalización. El Acta de mediación es de cumplimiento obligatorio de las partes, los registros supuestamente obtenidos por los delegados de la I. Municipalidad no fueron exhibidos dentro del término de prueba ni en las reuniones mantenidas previo a la presentación del informe, que fueron varias"*(el subrayado nos pertenece). A fojas 1381 el Perito añade que *"la I. Municipalidad, a pesar de los múltiples requerimientos que se le formuló no presentó muchos de los documentos que le fueron solicitados, como son, los registros de la toma de datos para la elaboración de las planillas de obra y de costo más porcentaje, legalizados por la fiscalización y el contratista, así como aquellos registros en donde se establezcan con claridad la utilización de la mano de obra, equipos, maquinaria y materiales, para el pago de rubros nuevos a través de la modalidad costo más porcentaje, registros que estaba obligada a mantenerlos de acuerdo con la Ley de Contratación Pública y su reglamento; esta circunstancia me obligó a, por gestión propia conseguir toda la información, la que una vez verificada en obra y oficina me ha permitido establecer la*

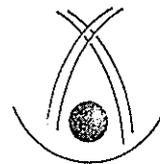
liquidación económica que se encuentra en el informe pericial". Veamos la versión que da la Contraloría General del Estado, en el examen de ingeniería, numeral 4, página 12, fojas 1110, presentado por la propia Municipalidad como prueba en su favor, sobre el proceso previo y posterior relativo a la aludida acta: "Durante las reuniones mantenidas entre la supervisión, fiscalización, auditoria interna y el contratista se conversó sobre los rubros que se debieron pagar bajo la modalidad de costo más porcentaje pero nunca se establecieron valores de estos rubros, sino que se determinarían de acuerdo a la realidad; sin embargo, los representantes legales de la institución, al momento de suscribir el acta de mediación aceptaron otros costos y sin sujetarse a lo que manda el Art 105 de la Ley de Contratación Pública, al momento de proceder al pago de las planillas 8 y 9 la fiscalización, en cumplimiento a lo dispuesto en el acta de mediación, tramitó las mismas de acuerdo a los valores ahí constantes pero la supervisión pidió que se verifique si se cumplía con lo establecido en la ley de Contratación Pública por lo que la fiscalizadora debió rectificar las planillas, considerando los rendimientos en función de los tiempos realmente utilizados en aquellos casos en que se dispusieron de estos datos, y, en los que no se tenían, estimaron en base a la experiencia y rubros similares para luego obtener los rendimientos, en todo caso al no disponer de registros, el trámite fue distinto a lo establecido en la Ley mencionada. La situación anterior originó que exista una discrepancia con el contratista por cuanto no estaban de acuerdo entre lo que se pagó y lo que solicitaba" (el subrayado nos pertenece). Según la Contraloría General del estado la fiscalización, la supervisión y el contratista incumplieron el Art. 105 de la Ley de Contratación Pública y lo pactado en el anexo 1 del acta de mediación de 14 de mayo de 2004. Con lo ya dicho no amerita mayor comentario del Tribunal sobre este incumplimiento de la entidad demandada, sin embargo es necesario señalar, por si de alguien es desconocido, que la Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 47, expresa que los acuerdos de mediación a los que lleguen las partes son obligatorios para éstas y tienen efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. En consecuencia, el acta que contiene las decisiones de las partes respecto de los acuerdos a los que han llegado es de cumplimiento obligatorio. **QUINTO.-** La parte actora argumenta jurídicamente sus reclamos y los basa en lo dispuesto en el Art. 1532 del Código Civil, actual 1505 de la codificación que dice: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios", en el Art. 1599 del Código Civil, hoy 1572, que dice: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento"; y, en el Art. 107 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública, que señala que "El contratista podrá demandar la resolución del contrato, por las siguientes causas imputables a la entidad contratante: a) Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta días; ..."; y, añade la parte actora: "La falta de pago tanto de las planillas cuanto de los valores correspondientes a la liquidación final de Reajuste de Precios, en los términos señalados en los antecedentes de hecho de esta acción, contraviene lo estipulado en las cláusulas Séptima y Duodécima del Contrato, por cuanto, las planillas mensuales no han sido pagadas dentro del plazo establecido en la cláusula Séptima en 7.03; y en lo relativo al pago de la liquidación final del



Centro de
Arbitraje y Mediación
CAMARAS DE LA PRODUCCION DEL AZUAY

reajuste de precios, los valores correspondientes no han sido cancelados a pesar de disponerse de los índices definitivos de precios, conforme se estipula en la cláusula Duodécima en 12.02. La cláusula Vigésimo Segunda del Contrato, en 22.04 estipula la terminación del contrato por causas imputables a la Entidad Contratante, y, entre ellas considera "1.- Por incumplimiento de las obligaciones contractuales, por más de 60 días". Como se indicó anteriormente, este Tribunal luego de un riguroso análisis de las disposiciones legales y contractuales, de las pruebas aportadas, constantes en las miles de fojas del proceso, del pronunciamiento del Perito designado, considera que efectivamente la entidad demandada incumplió con sus obligaciones legales y contractuales por más de sesenta días en cuanto hace relación a la entrega de planos, diseños y rediseños derivados de cambios en la ejecución de la obra e imprecisiones en los detalles constructivos de éstos, razón por la cual incluso la propia entidad demandada amplió el plazo contractual en 43 días, ampliación que resulta menor, en tiempo, que el pedido por el Contratista; que en cuanto hace relación al pago de las planillas de reajuste definitivo de precios, que aun no se han cancelado, la mora supera los sesenta días; que el pago de la planilla No. 12 de costo más porcentaje no se ha realizado hasta la presente fecha; y, existe también incumplimiento del Acta de Mediación que no solo es una obligación contractual, pues corresponde a un acuerdo de voluntades, es decir a un contrato, que procuraba superar desacuerdos entre las partes contratantes, sino que además tiene el carácter de sentencia ejecutoriada pasada por autoridad de cosa juzgada, incumplimiento que también es superior a los sesenta días. Del proceso obran cientos de documentos de los cuales se colige que existió una relación hostil entre los representantes de la fiscalización y el representante del Consorcio Constructor, básicamente, cierto es que la fiscalización, que según el contrato es la representante de la entidad contratante a efectos de las relaciones con la contratista (cláusula 21.04), debe ejercer control para que la obra se realice en los términos técnicos y financieros apropiados, pero ello no puede derivar, como en el presente caso, en una actitud obstruccionista preocupada más bien de incidentar la ejecución de la obra que de buscar soluciones a los problemas que se iban presentado, actitud que a la postre ha perjudicado a la propia entidad contratante. Ésta, no es solo una apreciación del Tribunal es, según entendemos, también el sentir de algunas de las autoridades municipales, muestra de ello el Oficio de fecha 15 de julio de 2004 (SUP-MA-UTG-102-04), a fojas 922-923, en el que la Supervisión Municipal se dirige a la Fiscalización: ... "No obstante, su forma de proceder no permite que se cumplan a cabalidad las normas referidas, por lo que instamos una vez más a que se supere las actuales relaciones entre el Consorcio Constructor y la fiscalización" ... y Añade que: "se ha observado que no existe personal suficiente para realizar la fiscalización de la obra; aspecto que ha sido comunicado al señor Alcalde y de igual forma se está solicitando el apoyo jurídico al señor Procurador Síndico Municipal..." (lo subrayado nos pertenece). La situación llegó a tal extremo que incluso la Fiscalización se negó a recibir comunicaciones firmadas por el Ing. Gabriel Ledesma (fojas 908 y siguientes), respecto de lo cual la propia Supervisión Municipal se pronuncia solicitándole el Ing. Carlos Julio Calle al Ing. Fausto Cevallos, Director de Fiscalización encargado, cumpla estrictamente el contrato: "Por las consideraciones antes señaladas, y ratificando todo el apoyo institucional, estimamos que actos como el que se ha formulado no pueden obstaculizar el normal trámite en el proceso constructivo por lo que es conveniente

buscar alternativas que permitan una mejor coordinación de las actividades en bien de la ejecución del proyecto" (es nuestro el subrayado), a propósito del reclamo del Contratista de que el libro de obra no se encontraba en el sitio de la obra por resolución de la fiscalización (oficio No. SUP-MA-UTG-097-04 de 14 de julio de 2004). **SEXTO.-** La I. Municipalidad de Azogues viene sosteniendo que este Tribunal no tiene competencia para conocer y resolver esta causa. Tal aseveración no tiene fundamento alguno, puesto el Tribunal tiene plena competencia en virtud de la norma constitucional constante en el Art. 191, inciso tercero, de la Carta Política del Estado; Ley de Contratación Pública (Arts. 108 y 109); Ley de Modernización del Estado Art. 63; Ley de Arbitraje y Mediación (Arts. 1,2,4,5, principalmente); y, **fundamentalmente del convenio arbitral** que es parte del contrato de obra a fojas 8 y siguientes del proceso. También se ha señalado por la entidad demandada que este Tribunal no debería decidir sobre esta controversia pues la Municipalidad ha dado por terminado el contrato en forma unilateral ya que el Contratista ha suspendido los trabajos por más de sesenta días, sin embargo, en primer lugar se debe señalar que la resolución de terminación unilateral se la adopta en enero del año 2005, es decir después de varios meses de haberse planteado la demanda arbitral que se resuelve con este fallo, demanda que precisamente persigue se declare terminado el contrato celebrado entre las partes, por incumplimiento de obligaciones contractuales por parte de la Municipalidad; y, segundo que el Art. 105 de la Ley de Contratación Pública establece en forma categórica que la entidad contratante no puede dar por terminado el contrato cuando se encuentra en la situación prevista en el actual Art. 1568 de la Codificación del Código Civil, es decir cuando ha incumplido con sus obligaciones contractuales, incumplimiento que a juicio de este Tribunal ha sido probado por la parte actora, conforme queda mencionado anteriormente. Un dato ilustrativo también es el hecho de que el I. Municipio de Azogues, en la contestación a la demanda no reconviene a la parte actora los incumplimientos contractuales que argumenta en varias partes del proceso. **SÉPTIMO.-** Como la demanda también versa sobre el pago de valores que se le adeudan al Consorcio Contratista y que del proceso, y básicamente del análisis pericial, se establece que efectivamente tal adeudamiento existe, procede también dicho pago en los montos y términos que más adelante se señalan. Se ha demandado también a la I. Municipalidad de Azogues, el pago de los perjuicios, constituidos por el daño emergente y el lucro cesante, debidos por la terminación del contrato y el pago de las costas procesales. En cuanto a lo primero es decir a la indemnización por daños y perjuicios, que es en el caso del daño emergente, la pérdida sobrevenida al contratista por culpa de la contratante, al no cumplir ésta con sus obligaciones, lo que se traduce en una disminución de su patrimonio y en el caso del lucro cesante, el derecho que tiene para exigir a la Contratante el pago de una cantidad de dinero equivalente a la ventaja o beneficio que le habría procurado el cumplimiento efectivo y oportuno de la obligación (incremento de su patrimonio), el Tribunal considera que hay lugar a tal reclamación, en los siguientes términos: a) En lo concerniente al daño emergente queda establecido en el considerando quinto de este fallo los ítems que debe cubrir la parte demandada a título de resarcimiento; y, b) A título de lucro cesante: b.1) Exclusivamente para el pago de las planillas de costo más porcentaje (1 a la 7 y 10 a la 12) los intereses sobre los valores adeudados desde la fecha en que debieron ser pagados en aplicación del Art. 105 del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública hasta su total cancelación. No se



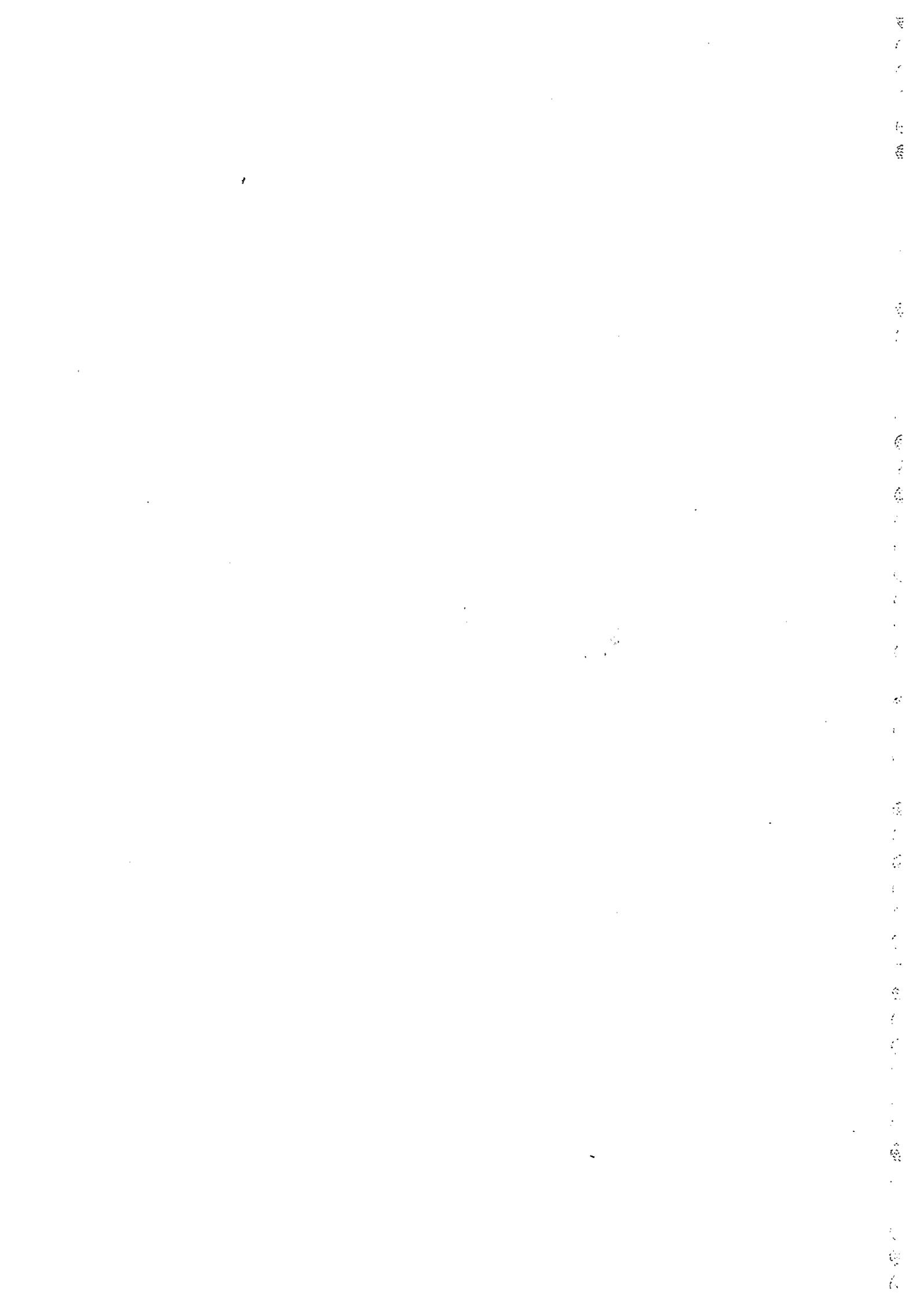
manda a pagar intereses sobre los valores impagos de las planillas de obra pues tales planillas se deben pagar aplicando la fórmula de reajuste en aplicación de lo que señala el Art. 93, último inciso, del ya aludido Reglamento General; y, b.2) tiene derecho a las utilidades legítimas que pretendía recibir la Contratista como consecuencia de la ejecución de la obra, que para el caso no son otras que lo que resulte de la aplicación del cálculo del porcentaje de la utilidad de 2,10%, constante en el formulario No. 17 de la oferta de PLAINCO, a fojas 1963, sobre el monto que según el Perito falta por cubrir para la terminación de la obra en base al contrato suscrito, esto es US \$ 812.315,73 (fojas 1451 y 1453 a 1461). Por último se ha demandado se condene a la I. Municipalidad de Azogues al pago de las costas procesales, lo cual no procede por dos razones: 1) Las costas procesales son la jurídica consecuencia de la actitud procesal que han asumido las partes en la tramitación de la causa, de ahí que la norma exige al juzgador que condene a su pago a aquel de los litigantes que ha procedido con temeridad o mala fe situación que en este caso no se da, por consiguiente no se puede demandar su pago debido a que a los actores no les asiste tal derecho; y, 2) Por prohibición expresa del Art. 285 del Código de Procedimiento Civil. Por todo lo expuesto este Tribunal, "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY", acepta la demanda propuesta señores Ingenieros Gabriel Efraín Ledesma Vázquez, Olga Amelia Pita García y Pablo Fernando Astudillo Sinche, por sus propios derechos como integrantes del Consorcio "PLAINCO" en contra de la Ilustre Municipalidad de Azogues en los siguientes términos: a) Se declara terminado el contrato suscrito el 6 de enero del 2003, por incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que le correspondían a la entidad contratante; b) Se dispone el pago de los valores correspondientes a la reliquidación de las planillas mensuales Nrs. 1 a la 17 (marzo de 2003 y julio de 2004), que asciende a un monto de US \$ 46.169,14, en aplicación del informe del Perito a fojas 1275, es decir a mayo de 2005; c) Se dispone el pago de los valores correspondientes a la liquidación final del reajuste de precios de las planillas mensuales de obra de la 1 a la 17 (marzo de 2003 a julio de 2004), aplicando lo señalado en el último inciso del Art. 93 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública, valor que deberá calcularse pericialmente al momento de la ejecución de este laudo, considerando los valores de las mencionadas planillas determinados por el Perito dentro de esta causa; d) Se dispone el pago de los valores correspondientes a la reliquidación de las planillas de costo más porcentaje, de la 1 a la 7, así como las números 10 y 11 que asciende a un monto de US \$ 13.829,01 en aplicación del informe del perito a fojas 1409; e) Se dispone el pago de la planilla número 12 de costo más porcentaje, correspondiente al mes de julio de 2004 en el monto demandado es decir US \$ 10.700,00, puesto que si bien el Perito la valora en US \$ 28.823,28 (fojas 1409) este Tribunal no puede mandar a pagar más de lo demandado; y, f) A título de lucro cesante se manda a pagar a favor de la parte accionante: 1) Los intereses sobre los valores correspondientes a las planillas de costo más porcentaje de la 1 a la 7 y de 10 a la 12, en los términos señalados en el numeral séptimo de este laudo, que deberán calcularse pericialmente; y, 2) El valor de las utilidades legítimas del Consorcio PLAINCO, en los términos señalados en el numeral séptimo de este laudo, se lo fija en US \$ 15.096,13. Sin costas ni honorarios que regular. Los costos del arbitraje, incluidos los honorarios de los árbitros, mediador y secretaria, conforme a la liquidación que ha practicado el

Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay, en documento aparte, y a lo acordado en el convenio arbitral deberán pagarlos los actores en un 70% y la demandada en un 30%. La I. Municipalidad de Azogues pague el 50% de los honorarios del Perito actuante que no los ha cancelado hasta la presente fecha. Hágase saber. Firman doctores Miguel Cordero Palacios, Antonio Martínez Borrero y Nicolás Muñoz Chávez.

CERTIFICO: Que, el laudo arbitral que antecede en once fojas es fiel copia del original, mismo que reposa en los archivos del Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay.- Cuenca, enero 19 del 2006.-

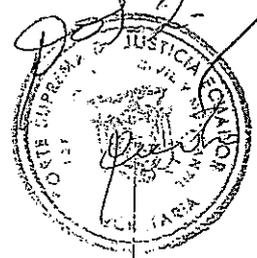

Dra. María Cevallos Muñoz
SECRETARIA DEL TRIBUNAL

ANEXO VI



cent, uno,

29



JUICIO No. 320-2006 WG

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, a 19 de diciembre de 2006; las 11H45.-

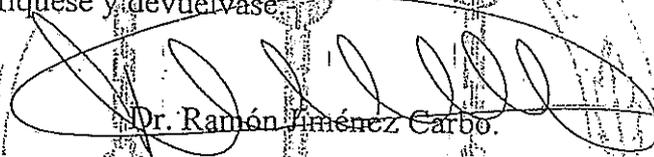
VISTOS: Avocamos conocimiento de la presente causa en nuestras calidades de Magistrados Titulares de esta Sala, designados por el Comité de Calificación, Designación y Posesión de Magistrados y Conjuces de la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución No. 199 de 29 de noviembre de 2005, publicada en el R.O. No. 165 de 14 de diciembre del mismo año. En lo principal, el doctor Víctor Hugo Molina y doctor Jorge Urgilés Macancela, en las calidades de Alcalde y Procurador Síndico respectivamente, de la Municipalidad de Azogues interponen recurso de hecho (fs. 3296 a 3299 del cuaderno de segunda instancia), ante la negativa de conocer el recurso de casación que interpusieron de la sentencia dictada por el Presidente de la Corte Superior de Cuenca, el 6 de abril de 2006, (fs. 3270 a 3272 del cuaderno de segunda instancia), que desestima la acción de nulidad de laudo arbitral propuesta por los señores doctores Víctor Hugo Molina Encalada y Jorge Urgilés Macancela, en las calidades de Alcalde y Procurador Síndico, respectivamente de la Ilustre Municipalidad de Azogues, dentro del juicio arbitral propuesto por Gabriel Efraín Ledesma Vásquez, Olga Almelia Pita García y Pablo Fernando Astudillo Sinche por sus propios y personales derechos y en la calidad de integrantes del Consorcio PLAINCO en contra de la Ilustre Municipalidad de Azogues. El recurso ha sido concedido por el

Presidente de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca. Con estos antecedentes, para resolver, se considera: PRIMERO.- En aplicación al mandato del Art. 7 de la Ley de Casación, Codificación publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 299 de 24 de marzo de 2004, corresponde examinar si en el recurso de casación interpuesto concurren las siguientes circunstancias: a) Si la resolución objeto del recurso es de aquellas contra las cuales procede el recurso de casación, de conformidad con el Art. 2 de la Ley de la materia; b) Si se ha interpuesto dentro del tiempo señalado en el Art. 5 de la citada Ley; y, c) Si el escrito mediante el cual se deduce el recurso de casación reúne los requisitos señalados de conformidad con lo dispuesto en el Art. 6 de la Ley de Casación. SEGUNDO.- El Art. 5 de la Codificada Ley de Casación, dispone: "*TERMINOS PARA LA INTERPOSICION.- El recurso deberá interponerse dentro del término de cinco días posteriores a la notificación del auto o sentencia o del auto definitivo que niegue o acepte su ampliación o aclaración. Los organismos y entidades del sector público tendrán el término de quince días.*" Consta del proceso que el doctor Víctor Hugo Molina Encalada, en la calidad de Alcalde de Azogues y el doctor Jorge Urgiles Macancela, en la calidad de Procurador Síndico Municipal del Municipio de Azogues, han interpuesto recurso de casación (fs. 3289 a 3294 del cuaderno de segunda instancia), con fecha 6 de junio del año 2006, a las 10H30', luego de la notificación del auto de aclaración de fecha 5 de mayo del mismo año; lo que significa que los recurrentes han interpuesto el recurso de casación fuera de término, puesto que, de conformidad con la norma contenida en el artículo 5 citado, el término para la interposición del recurso de casación se cuenta luego de haber sido notificada la sentencia o auto que acepte o niegue la petición de aclaración o ampliación, es decir, que los quince días hábiles dentro de los

muta 30
del 31
2006



cuales podía interponer el recurso de casación la entidad pública actora, se encontraban comprendidos desde la medianoche del último día de la notificación del auto que negó la petición de aclaración, venciendo dicho término a la medianoche del 26 de mayo del año 2006, lo que significa que el término legal para la interposición de dicho recurso se hallaba comprendido entre los días 8 de mayo y 29 de mayo del año 2006, por tanto, dicho recurso se ha interpuesto en forma extemporánea. Por estas consideraciones, sin que sea necesario entrar en mayor análisis, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil rechaza el recurso de hecho interpuesto por Víctor Hugo Molina Encalada y Jorge Urgiles Macancela, en las calidades de Alcalde y Procurador Síndico, respectivamente, de la Ilustre Municipalidad de Azogues, dado que el recurso de casación incumple lo dispuesto en el Art. 5 de la Codificación de la Ley de Casación.- Notifíquese y devuélvase


Dr. Ramón Jiménez Carbo.

MINISTRO JUEZ

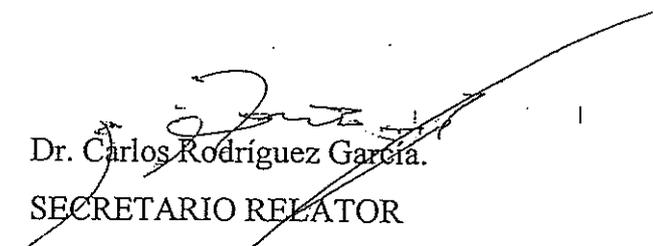

Dr. Carlos Ramírez Romero.

MINISTRO JUEZ


Dr. Ramiro Romero Parducci.

MINISTRO JUEZ

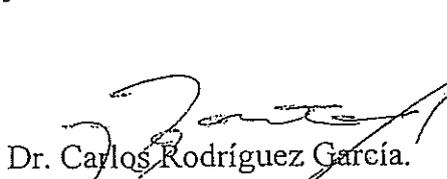
Certifico:


Dr. Carlos Rodríguez García.

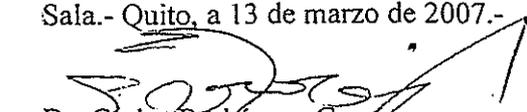
SECRETARIO RELATOR

Con estos
notificación al
cada en el

En Quito, a miércoles veinte de diciembre del año dos mil seis, a las quince horas notifico con la razón de sorteo, recibo y auto anteriores a la MUNICIPALIDAD DE AZOGUES, en el casillero judicial No. 809; y, a Gabriel E. Ledesma V., Olga A. Pita G. y Pablo F. Astudillo S., por sus propios derechos y como integrantes del Consorcio Plainco en el casillero judicial No. 3923.

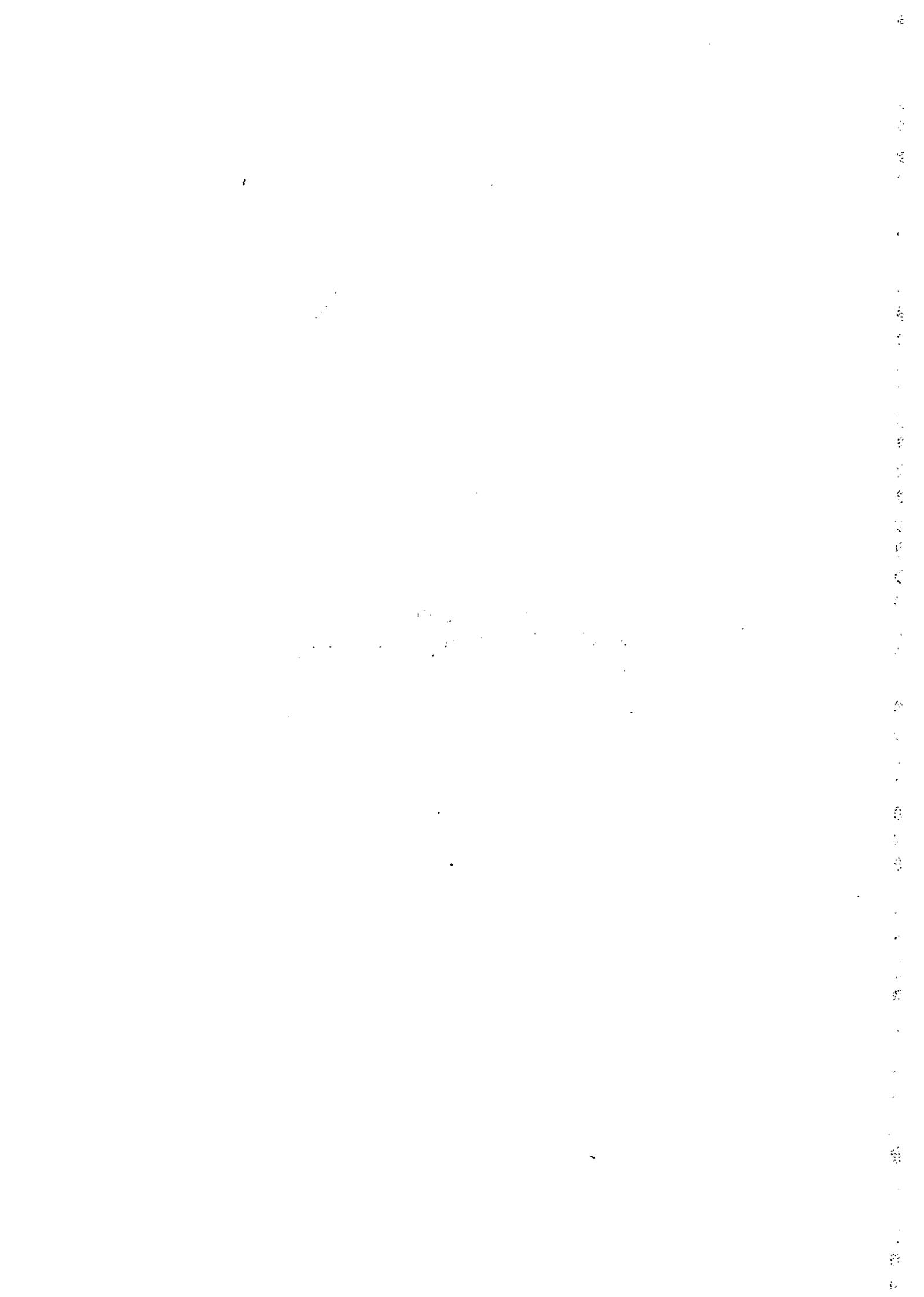

Dr. Carlos Rodríguez García.
SECRETARIO RELATOR

CERTIFICO: Que las dos fotocopias, que anteceden fueron tomadas del cuaderno de casación, correspondiente al juicio ordinario No. 320-2006WG, que por nulidad de laudo arbitral sigue la Municipalidad de Azogues contra el Consorcio Plainco, las cuales las confiero y certifico en virtud del decreto del señor Ministro de Sustanciación de esta Sala.- Quito, a 13 de marzo de 2007.-


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR



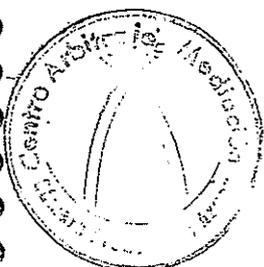
ANEXO VII



En su mil Juicio
LA REPUBLICA DEL ECUADOR EN SU NOMBRE Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, LA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA:

3.31
Catorce
⑤

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL.- Quito, 15 de Mayo de 2007; las 16H30. VISTOS: El proceso ha subido a conocimiento de esta Sala por el recurso de hecho interpuesto por el I. Municipio de Azogues el 20 de junio de 2006 a las dieciséis horas treinta minutos y que ha sido concedido por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Cuenca mediante auto de 23 de junio de 2006, las 10h50. Sin embargo, esta Sala considera lo siguiente: 1) Consta de autos, a fojas 3270, la sentencia dictada por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Cuenca el 6 de abril de 2006, las 9h00, mediante la cual se desestima la acción de nulidad de laudo arbitral presentada por la entidad edilicia. De fojas 3274 a 3276 del proceso, consta el recurso horizontal de aclaración presentado por el I. Municipio de Azogues en contra de la sentencia emitida por el Presidente de la Corte Superior de Cuenca. A fojas 3276 vta., consta la providencia de 17 de abril de 2006, las 9h00 del Presidente de la Corte Superior, mediante la cual se otorga a la petición de aclaración presentada por el Municipio de Azogues, el trámite previsto en el segundo inciso del actual Art. 282 del Código de Procedimiento Civil, esto es, se



dispone correr traslado con dicha petición a la contraparte por el término de setenta y dos horas. Dentro del término concedido, la contraparte -los integrantes del Consorcio PLAINCO, como tales y por sus propios derechos- contesta el traslado corrido mediante escrito que obra a fojas 3277 y 3278. Agotado el trámite concedido al recurso horizontal de aclaración presentado por la entidad edilicia, el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, mediante auto de 5 de mayo de 2006, las 10h30 (fs. 3279-3280) resuelve inadmitirlo; ante lo cual la Municipalidad de Azogues, el 9 de mayo de 2006 a las dieciséis horas, en base al Art. 321 del Código de Procedimiento Civil -*Siempre que la ley no deniegue expresamente un recurso se entenderá que lo concede*- y 24 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, interpone el recurso vertical de apelación para ante una de las Salas de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Cuenca, mismo que le es denegado por el Presidente de la Corte Superior de Cuenca por los motivos expuestos en auto de 19 de mayo de 2006, las 10h40 (fs. 3282 y vta.). 2) Este Tribunal advierte que en el auto de 19 de mayo de 2006, las 10h40, el Presidente de la Corte Superior de Cuenca, previo a negar la apelación presentada, establece de manera errónea que las causas sometidas al arbitraje pertenecen a la jurisdicción voluntaria para afirmar que el Art. 321 del Código de Procedimiento Civil no sería aplicable toda vez que éste se referiría a asuntos de jurisdicción ordinaria en materia contenciosa. Sin perjuicio de que la causa que llegó a la Presidencia de la Corte Superior de Cuenca para su resolución, no se encuentra



— ^{mutuo} sometida a arbitraje ya que se trata de una acción de nulidad del laudo emitido en aquél, debe señalarse que la jurisdicción voluntaria -inciso 2º del Art. 3 del Código de Procedimiento Civil- es la que se ejerce en asuntos que por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción, mientras que el sistema arbitral, siendo 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 (Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación), evidentemente no puede resolverse sin contradicción. Además, el mismo Código de Procedimiento Civil establece que el arbitraje pertenece a la jurisdicción convencional (Art. 3 inciso final, y Art. 17) por lo que de ninguna manera cabe la afirmación que en sentido contrario sostuvo el Presidente de la Corte Superior de Cuenca en auto de 19 de Mayo de 2006, las 10h40, para negar la apelación.

3) Por su parte, el numeral 17 del Art. 24 de la Constitución Política del Estado establece el derecho de toda persona a acceder a los órganos judiciales a fin de obtener la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses sin que en ningún caso quede en indefensión. En concordancia con esta garantía constitucional, encontramos precedente en el caso analizado, la invocación y aplicación del Art. 321 del Código Adjetivo Civil. 4) El Art. 1014 del Código de Procedimiento Civil, por su parte, establece que los juzgados



y tribunales declararán de oficio la nulidad provocada por la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto, de que se trate, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa. Al respecto se observa que al haberse denegado de manera infundada, como se analizó en los numerales anteriores, la apelación presentada por la Municipalidad de Azogues, el Presidente de la Corte Superior de Cuenca, mediante auto de 19 de Mayo de 2006, las 10h40, violó el trámite previsto en el Parágrafo 1º de la Sección 10ª del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, que corresponde a dicha impugnación, violación que evidentemente podría influir en la decisión de la causa, por lo que esta Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, atendiendo el pedido de parte, revoca el auto de 19 de diciembre de 2006, las 11h45 y, atento lo dispuesto en el Art. 1014 *ibidem*, declara la nulidad de lo actuado a partir del auto de 19 de mayo del 2006, las 10h40 (fojas 3282 del proceso), inclusive, dictado por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Cuenca. Notifíquese y devuélvase.- f) Drs. Carlos Ramírez Romero, Ramón Jiménez Carbo y Ramiro Romero Parducci, Ministros Jueces y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que certifica.- En Quito, a miércoles dieciséis de mayo del año dos mil siete, a las quince horas notifico con la razón de sorteo, recibo y auto anteriores a la MUNICIPALIDAD DE AZOGUES, en el casillero judicial No. 809; y, Gabriel E. LedesmaV, Olga A. Pita G. y Pablo F. Astudillo S. por sus propios derechos y como integrantes del Consorcio Plainco en



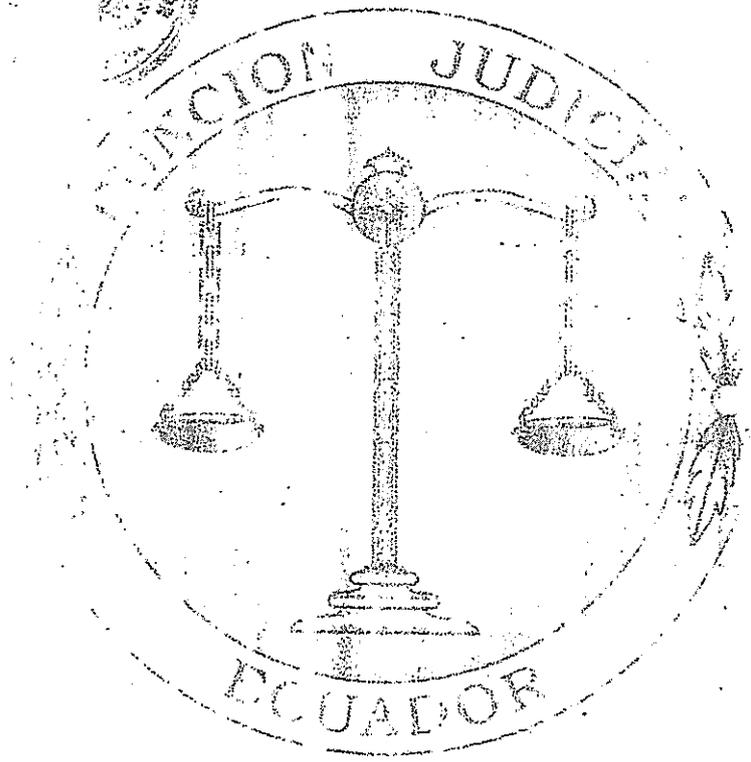
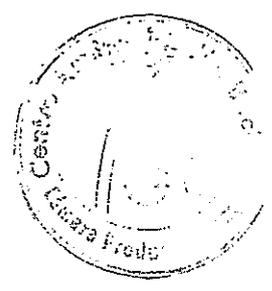
Excmo. Sr. Jefe de Sala - 10
Excmo. Sr. Jefe de Sala - 10
3.304

el casillero judicial No. 3923. f) Dr. Carlos Rodríguez García,
SECRETARIO RELATOR.

Es fiel copia de su original.- Quito, 25 de Junio de 2007.

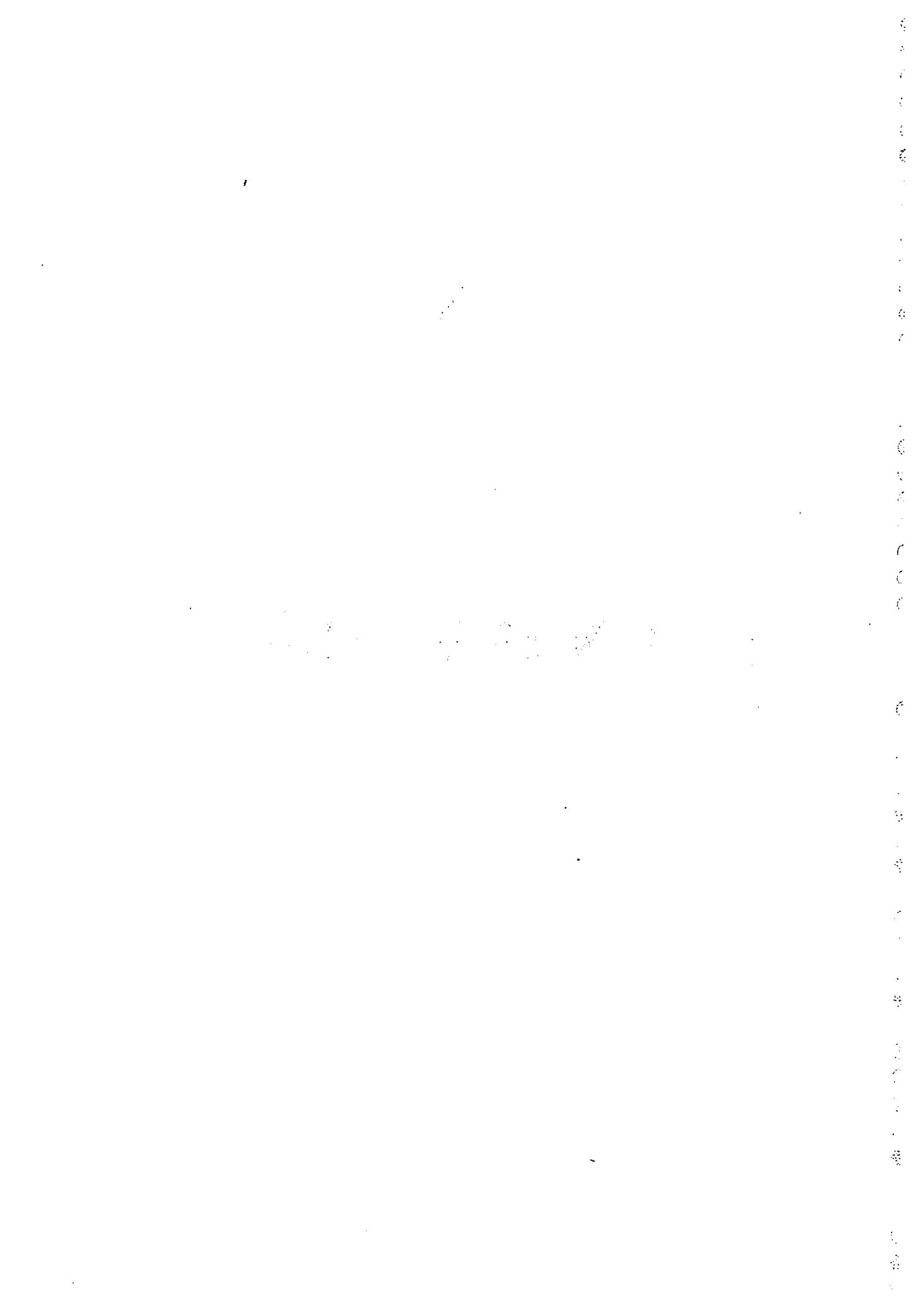
Certifico.-


Dr. Carlos Rodríguez García.
SECRETARIO RELATOR.



EN BLANCO

ANEXO VIII



Dr. Patricio Cordero
J.N.327-07

Casilla No. 722

ORDINARIO, NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL

ACTOR: Consorcio Plainco

DEMANDADO. Municipio de Azogues

Fecha recep. 23-jul-07

Se le hace saber que en el juicio ordinario se ha dictado la siguiente resolución.

Cuenca, 26 de mayo de 2008, las 14h30
VISTOS: En el trámite seguido ante el Tribunal de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Producción, comparecen (fs.3250), los Doctores Víctor Hugo Molina Encalada y Jorge Urgilés Macancela, en calidad de Alcalde y Sindico Municipal de Azogues, respectivamente, planteando la NULIDAD del LAUDO ARBITRAL expedido el 18 de enero del 2006, aclarado y ampliado el tres de febrero del 2006, para que la conozca y tramite el señor Presidente de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca. Dicha demanda la deducen en contra del Tribunal Arbitral que dictó el fallo, integrado por los Doctores MIGUEL CORDERO PALACIOS, ANTONIO MARTINEZ BORRERO y NICOLÁS MUÑOZ CHÁVEZ; y, de los contratistas de la I. Municipalidad de Azogues, señores: GABRIEL EFRAIN LEDESMA VASQUEZ, OLGA AMELIA PITA GARCIA y PABLO FERNANDO ASTUDILLO SINCHE. Añaden que, estos últimos actuando por sus derecho y en calidad de integrantes del consorcio PLAINCO presentaron ante el Director del Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay, una demanda arbitral en contra de la I. Municipalidad de Azogues, alegando que su representada había incumplido el contrato suscrito el 6 de enero del 2003, ante el Notario Segundo del cantón Azogues, para la construcción, terminación y entrega debidamente funcionando del Moderno Mercado Central Bartolomé Serrano, del parqueadero público y plazoleta Gonzalo Córdova de la ciudad de Azogues. Que en dicha demanda los actores manifestaron que su representada había incumplido el contrato referido. Que afirmaron que no entregaron a tiempo los planos, dibujos, diseños, autorizaciones y mas documentos necesarios para la construcción de la obra; que no se realizó los pagos de las planillas a tiempo y/o completa, que hubo atrasos en los pagos y/o se realizaron deducciones que no correspondían, que afirmaron que no se han realizado los pagos de trabajos contemplados en el contrato y de otros trabajos no contemplados, cuando la Municipalidad tenía la obligación de hacer esos pagos. Que

su representada no podía aceptar que haya incumplido el contrato, toda vez que siempre ha existido la voluntad de dar un cabal cumplimiento a todas las obligaciones derivadas de él, pero siempre que los constructores hubieran cumplido adecuadamente con sus obligaciones contractuales y no existiera ninguna observación por parte de fiscalización que debía aprobar los planos para que estos puedan ser cancelados. Que en muchos casos las planillas fueron enviadas a destiempo, por lo que los pagos se retardaron. Que en otros, fiscalización no había aprobado los pagos por defectos en la construcción, por lo que no podían realizarse hasta que no existiera informes favorables; que en otros casos, se pretendió cobrar por trabajos que por su naturaleza se encontraban incluidos dentro de otros trabajos, que por ejemplo se pretendía cobrar el desalojo con carretilla, cuando estos trabajos se encontraban incluidos dentro del rubro de desalojo. Que por ello al contestar la demanda negó la pretensión de los actores, toda vez que estos carecían de derecho para demandar la terminación del contrato, al no haber existido incumplimiento de su parte, que por el contrario, fueron los contratistas los que incumplieron el contrato, tal como, dice, aparece del examen especial de ingeniería practicado por la Contraloría General del Estado, así como del informe técnico de Fiscalización de la Obra. Que durante esta etapa han presentado amplia documentación que sustenta sus afirmaciones. Que de esa documentación se establece que los contratistas solicitaron que se ampliaran los plazos lo cual fue concedido por la Municipalidad. Que cuando se debió realizar los cambios de diseño original de la obra, estos fueron comunicados a los contratistas y se acordó que todos los trabajos adicionales que no se encontraban contemplados en el contrato serían debidamente remunerados; que se realizaron los pagos de las planillas presentadas por los constructores, siempre que estas hubieran sido aprobadas por fiscalización. Que en muchos casos los constructores presentaron con retardo las planillas, por lo que los pagos se retrasaron, pero por hecho imputable a los propios constructores. Que en definitiva su representada no incumplió el contrato por lo que no había lugar a que se acepte la demanda. Que en la etapa de prueba se procedió a nombrar al ingeniero Pablo López Cuesta como perito único a fin de que practicara varios peritajes solicitados por las partes. Que el Perito incurrió en graves contradicciones entre el informe original y la ampliación y aclaración solicitadas. Que aquello fue observado por su representada solicitando la designación de un nuevo perito, lo que dice,

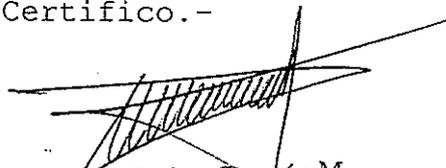
no fue atendido. Con estos antecedentes, con fundamento en el artículo 31 literal c) de la Ley de Arbitraje y Mediación, que establece que es causa de nulidad de un laudo arbitral la falta de practica de las pruebas, cuando existiere hechos que deben justificarse. Que esa disposición debe interpretarse a la luz de las disposiciones constitucionales, específicamente de aquellas contenidas en el artículo 23 numeral 27 y en el artículo 24 numerales 13 y 14 de la Carta Política, ya que estas disposiciones constitucionales contienen principios rectores de la actividad judicial y que se deben aplicar a todos los procesos, incluidos los arbitrales. Que el esclarecimiento de los hechos impone a las partes procesales que soliciten la practica de las pruebas necesarias para sustentar las afirmaciones que han hecho, tanto en la demanda cuanto en la contestación a la demanda. Que la práctica de las pruebas no solo implica que se soliciten, ordenen y practiquen conforme a derecho, sino que éstas sean valoradas y tenidas en cuenta al momento de resolver. Que si el juzgador no las toma en cuenta y no las valora, equivale a que estas no se hayan practicado. Que la valoración de la prueba implica que se tenga en cuenta la prueba practicada por las dos partes, que lo contrario implica inclinar la balanza de la justicia hacia uno de los sujetos. Que en el laudo arbitral no se analiza la prueba presentada por la Ilustre Municipalidad de Azogues. Que no tomó en cuenta la solicitud de nombramiento de un nuevo perito, que era necesario para aclarar el error esencial que contenía el informe del ingeniero Pablo López Cuesta. Que el laudo no analiza las excepciones ni la prueba presentada por la I. Municipalidad de Azogues que solo acoge los argumentos presentados por los actores y que ha hecho un análisis sesgado de la prueba, demostrando una inclinación a favor de los actores. Que no se ha aplicado el inciso segundo del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el artículo 24 numeral trece de la Constitución Política de la Republica. Recibida la demanda el Señor Presidente de la H. Corte Superior de Justicia, ha dictado sentencia desestimando la demanda. De dicha sentencia, el I. Municipio de Azoguez ha interpuesto recurso de apelación, cuyo conocimiento, mediante sorteo, ha correspondido a esta Sala, en donde la entidad actora ha concretado los puntos a los que contrae el recurso; y, una vez concluido el trámite, para resolver se considera: **PRIMERO:** Al concretar el recurso, el actor ha solicitado que se declare la nulidad del proceso a partir del auto de fecha 3 de abril del 2006, por el que el señor Presidente

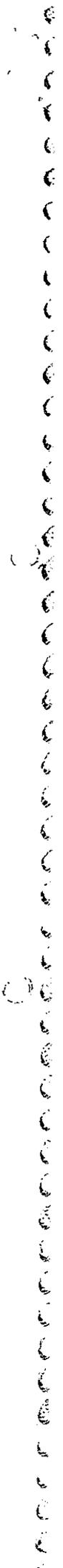
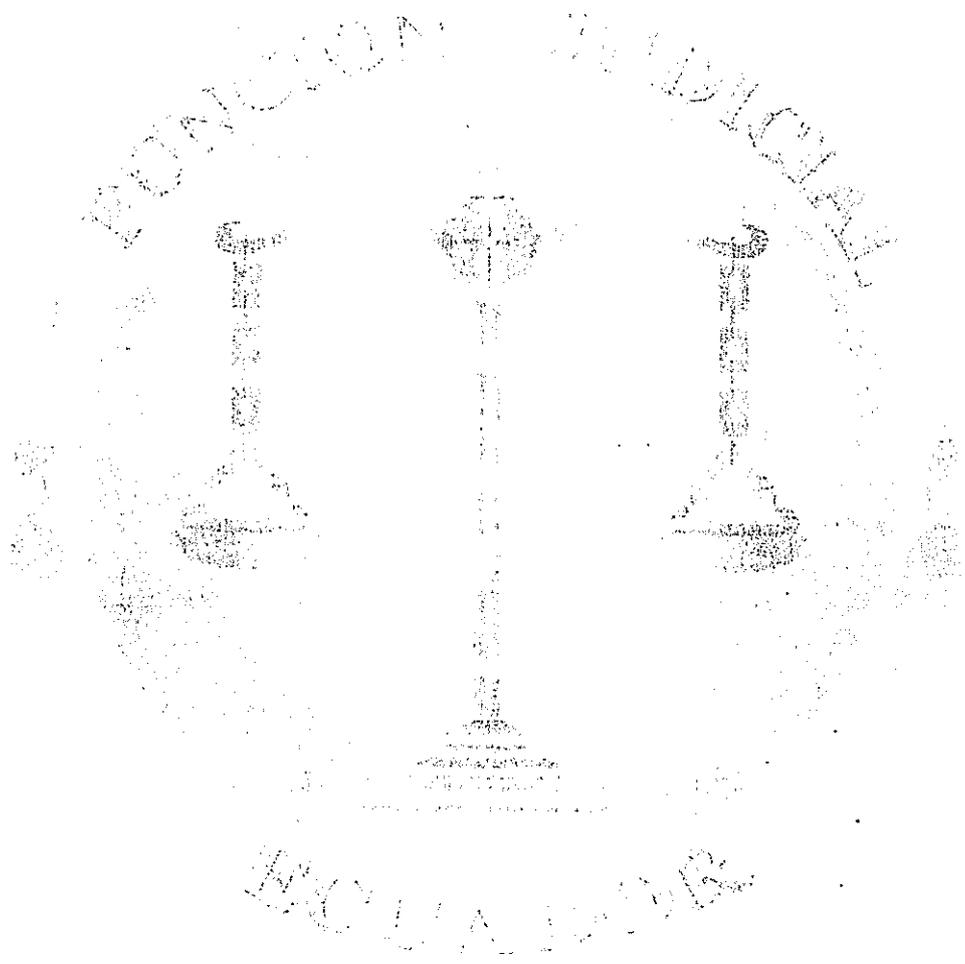
de la H. Corte Superior de Justicia, solicitó autos para resolver. Al respecto es necesario tener presente que este proceso, por el recurso de hecho, ante la negativa del recurso de casación, subió a la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia, tribunal que declaró la nulidad desde el auto de 19 de mayo del 2006, por lo que, por mérito de la norma contenida en el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, que dice: "Los procesos conocidos por el superior, sin que se haya declarado la nulidad, no podrán ser anulados por los jueces inferiores, aún cuando estos observaren después que se ha faltado a alguna solemnidad sustancial.", le está vedado a este tribunal declarar cualquier nulidad anterior a la de fecha 19 de mayo del 2006. De otra parte, si el artículo 31 de la Ley de Arbitraje, fija un plazo para que el Señor Presidente de la Corte, emita sentencia; y, que a falta de trámite especial corresponde el ordinario, no es facultad del juzgador reducir los términos a fin de adecuarlos al plazo fijado por la ley. De allí que esta Sala considera que no hay nulidad que declarara.- **SEGUNDO:** La demanda de nulidad del laudo arbitral se halla sustentada en el hecho de que, según la entidad actora, no se ha analizado la prueba presentada por la Ilustre Municipalidad de Azogues. Que no tomó en cuenta la solicitud de nombramiento de un nuevo perito, que era necesario para aclarar el error esencial que contenía el informe del ingeniero Pablo López Cuesta. Que el laudo no analiza las excepciones ni la prueba presentada por la I. Municipalidad de Azogues que solo acoge los argumentos presentados por los actores y que ha hecho un análisis sesgado de la prueba, demostrando una inclinación a favor de los actores. Que no se ha aplicado el inciso segundo del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, inciso segundo en relación con el artículo 24 numeral trece de la Constitución Política de la Republica. Su demanda la sustentan, en la última parte del literal c) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y mediación, cuya causal, en forma íntegra, dice: "*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;*" Dicha causal delimita el espacio a analizar en esta instancia, esto es, verificar si se han practicado todas las pruebas solicitadas en la etapa respectiva y si se ha cumplido con proveer los pedidos y notificar a las partes. **TERCERO:** Revisado el proceso, a fojas 1196, consta el pedido del I. Municipio de Azogues, solicitando la práctica de las siguientes pruebas: Reproducción de lo

favorable e impugnación de lo desfavorable; del contenido de la contestación a la demanda y de los documentos anexados; del examen especial de ingeniería practicado por la Contraloría General del Estado a la Construcción del Mercado Bartolomé Serrano, Plazoleta Gonzalo Córdova y Parqueadero público, el mismo que consta del proceso (1096-1185); del Informe Técnico de la fiscalización de la obra; de la resolución dictada por el Tribunal Distrital de lo Fiscal N° 3, dentro del amparo constitucional que siguió el Consorcio PLAINCO a la I. Municipalidad de Azogues. En el número seis solicitan la designación de un perito para que realice un examen de los rubros constantes en el acta de mediación suscrita el 14 de mayo del 2004 y sus respectivos anexos con el objeto de verificar los valores reales a pagarse en los rubros ejecutados por la modalidad de costo más porcentaje, siguiendo el procedimiento que establece la ley de Contratación Pública y su Reglamento. En el siguiente numeral solicita que se nombre perito para que realice la revisión de los documentos que han servido de base para el pago de los rubros por parte de la Municipalidad de Azogues respecto a las obras contratadas y que tienen el carácter de provisionales conforme a la ley de contratación pública y su reglamento. Solicitan una inspección física de la obra, a fin de que se compruebe el estado actual del proyecto, en cuanto se refiere a su avance físico con relación al plazo de ejecución, así como el estudio de los rubros materia de la controversia, como de los incumplimientos de las especificaciones técnicas. Añade que, de creerlo necesario se designe un perito para la diligencia. Finalmente impugna la prueba de la contraparte. A fojas 1198 comparecen los representantes del Consorcio PLAINCO solicitando que se tenga como prueba a su favor, lo favorable, especialmente la documentación adjuntada a la demanda, el acta de mediación y sus anexos, presentada por la demandada (326-351); documentación de fojas 410 a 437; 455 a 1094. Impugnan lo desfavorable. Solicitan que se pida informe al señor Alcalde de Azogues. Que se oficie al Centro de Arbitraje y mediación de las Cámaras de la Producción, solicitando remita al Tribunal, copia certificada del acta de mediación celebrada entre las partes. Solicitan el nombramiento de un perito para que informe sobre los pedidos que obran de fojas 1199 al 1201, conteniendo el número tres un pedido de exhibición de planillas. Solicitan también la exhibición del libro de obras, planillas mensuales de obra y otros, de registros de mediciones y otros. A fojas 1213 consta la providencia dictada el 8 de abril del 2005, las 11H30, atendiendo todos

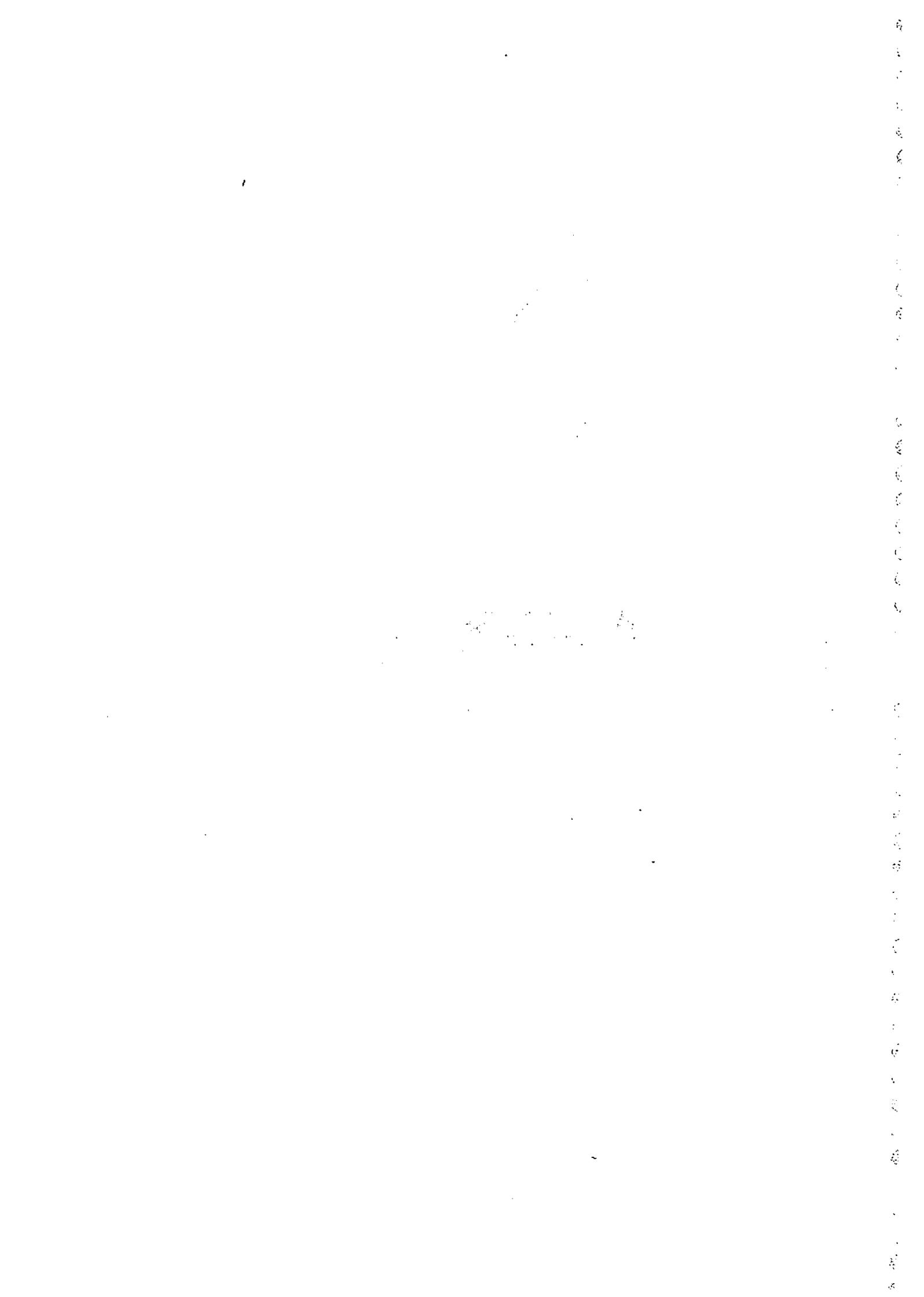
los pedidos de prueba formulados por las partes. A fojas 1214 consta el acta de inspección judicial en la que se ha posesionado al perito Ing. Pablo López. A fojas 1216 consta el informe dado por el Alcalde de Azogues. A fojas 1239 el señor Presidente del Tribunal Arbitral corre traslado a las partes con el pedido del Perito, para que definan los puntos de la controversia conforme al resumen que presenta el Perito de fojas 1235 a 1239, constando a fojas 1241, la contestación por parte de los actores. A fojas 1243 consta el pedido del Perito para que cada parte designe un representante para las aclaraciones y mediciones respectivas de la obra. Su pedido es atendido a fojas 1244, habiendo designado los actores al Ing. Pablo Astudillo Sinche con escrito de fojas 1245, en el que hacen hincapié en que el demandado no señaló, por escrito, los rubros y cantidades de obra ya ejecutadas en las que existen discrepancias. A fojas 1246, los demandados designan como su representante al Arq. Raúl Cajas Ávila y de Fiscalización al Ing. Fausto Cevallos. De fojas 1268 a 1378 obra el informe pericial, presentado el 14 de julio del 2005, el que se da traslado con providencia de fecha 18 de julio del 2005, las 17H00. A fojas 1370, los actores y a fojas 1379 los demandados presentan observaciones al informe pericial, con cuyos pedidos el Presidente del Tribunal Arbitral da traslado al Perito, mediante providencia de fecha 2 de agosto del 2005, las 17H00, cuya respuesta obra de fojas 1390 a 1472, la que se pone en conocimiento de las partes, mediante providencia de fecha 15 de agosto del 2005, las 09H54. De fojas 1474 a 1478 comparece el I. Municipio de Azogues y luego de exponer sus fundamentos, solicitan el nombramiento de un nuevo Perito, pedido que es negado en providencia de fecha 30 de agosto del 2005, las 16:45. El nombramiento de un nuevo perito procede cuando el informe adolezca de error esencial lo cual debe ser probado sumariamente, al tenor de la disposición contenida en el artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, particular que no obra del proceso. De otra parte, esa es una facultad a ejercerla o no por el Juzgador, conforme lo determina el artículo 262 del ibídem, no siendo por tanto, causa para que se declare la nulidad a través de esta acción, porque eso implicaría irrumpir en el criterio del Tribunal Arbitral, apartándose así del objeto de esta acción, cual es establecer si en la etapa de prueba se ha provocado indefensión de las partes ya sea por falta de notificación o de practica de las pruebas solicitadas. En la especie, del resumen realizado queda establecido que dentro del tramite de arbitraje se notificaron, proveyeron

y practicaron todas las pruebas solicitadas por las partes, las mismas que son citadas y minuciosamente analizadas a lo largo de la motivación realizada por el Tribunal Arbitral. No siendo de competencia de esta Sala examinar la valoración dada a esa prueba, puesto que lo que se ha sometido a resolución es la apelación de la acción de nulidad del laudo arbitral, en la que como lo dice el tratadista Luis A. Rodríguez, no es procedente repetir un juicio u obtener un nuevo pronunciamiento, puesto que el análisis de fondo solo puede hacerse en un nuevo procedimiento, si operaría esta acción.- **CUARTO:** Ese es el límite del análisis que a este Tribunal le corresponde en esta acción de nulidad del laudo arbitral, ir mas allá implicaría actuar sin competencia y violar el derecho a la seguridad jurídica, puesto que si esta acción ataca a la cosa juzgada, no podemos apartarnos de los presupuestos legales para que ella opere. Al respecto el mismo profesor arriba citado, dice "En la mayoría de los Códigos Procesales se ha suprimido el recurso de revisión por atacar la cosa juzgada, con mayor razón hay que ser estrictos en la apreciación de cualquier nulidad y especialmente la de una sentencia firme". (RODRÍGUEZ Luis A., *Nulidades Procesales*, 2ª, Ed. Universidad, Buenos Aires 1994, pag. 214) Este criterio rige también en nuestra legislación, cuando las causas de nulidad de una sentencia, se hallan taxativamente enunciadas; y, para el caso en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Por las consideraciones expuestas, esta Segunda Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y materias residuales, **"ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY"**, desechando el recurso, confirma la sentencia dictada por el Señor Presidente de la H. Corte Superior de Cuenca. Sin costas, al tenor de lo que dispone el artículo 285 del Código de Procedimiento Civil. Con el ejecutorial devuélvase el proceso a la Presidencia de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca. Notifíquese.- f) Drs. José Orellana Calle; Max Coellar Espinoza; Rosa Zhindón Pacurucu. **MINISTROS DE LA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL DE LA H. CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUENCA.-** (Siguen las Notificaciones). Certifico.-
Cuenca, 26 de mayo de 2008


Dr. Carlos Guzmán M.
Secretario Relator
Segunda Sala



ANEXO IX



Juicio No. 139-2008 ex 2ª Sala B.T.R.

Monte y nueve

39

PARA: CONSORCIO PLAINCO
C.J.N: 3923

Quito, a 5 de noviembre de 2009

En el juicio No.139-2008-b.t. que sigue: CONSORCIO PLAINCO contra I. MUNICIPIO DE AZOGUES hay lo que sigue:

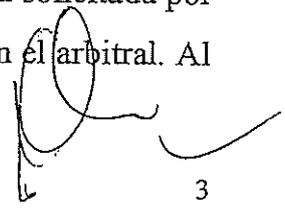
JUEZ PONENTE: DOCTOR CARLOS RAMIREZ ROMERO

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA.- Quito, a 5 de noviembre de 2009; las 08H40.-

VISTOS: Conocemos la presente causa como Jueces de la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, en virtud de lo dispuesto en la Segunda Disposición Transitoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544, de 9 de marzo de 2009; en el numeral 4, literales a) y b); del apartado IV, DECISIÓN, de la Sentencia Interpretativa 001-08-SI-CC, dictada por la Corte Constitucional, el 28 de noviembre de 2008, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 479, de 2 de diciembre del mismo año, debidamente posesionados, el día 17 de diciembre del año que precede, ante el Consejo Nacional de la Judicatura; y, en concordancia con el artículo 5 de la Resolución Sustitutiva aprobada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en sesión de 22 de diciembre de 2008, publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero de 2009; y, los artículos 184, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y 1 de la Ley de Casación. En lo principal, la parte demandada, doctor Víctor Molina Encalada, Alcalde de Azogues y doctor Jorge Urgilés Macancela, Procurador Síndico Municipal de Azogues, interponen recurso de casación impugnando la sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca que confirma la resolución dictada por el Presidente de esa Corte, que desestima la demanda, dentro del juicio que, por nulidad de laudo arbitral, siguen en su contra los integrantes del Consorcio PLAINCO. Por encontrarse el recurso en estado de resolución, para el efecto, la Sala hace las siguientes consideraciones: PRIMERA.- La

Sala es competente para conocer el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el artículo 184 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador y en el artículo 1 de la Ley de Casación; y, por cuanto calificado el recurso por la Sala mediante auto de 17 de septiembre de 2008, las 16h00, por cumplir con los requisitos de procedencia, oportunidad, legitimación y formalidades en la forma dispuesta en el artículo 6 de la Ley de Casación, fue admitido a trámite. SEGUNDA.- Los casacionistas fundan el recurso en las siguientes causales y vicios que determina el artículo 3 de la Ley de Casación: 2.1. En la causal segunda, por falta de aplicación de los artículos 1014 y 59 del Código de Procedimiento Civil y 31 inciso primero de la Ley de Mediación y Arbitraje, y por indebida aplicación del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil. 2.2. En la causal primera, por falta de aplicación del artículo 31 literal e) de la Ley de Arbitraje y Mediación y del artículo 18 inciso segundo de la Constitución, y por falta de aplicación de los artículos 23 numeral 27 y 24 numerales 17 y 13 de la Constitución. 2.3. En la causal tercera: "por falta de aplicación del artículo 117 del Código de Procedimiento Civil, que ha permitido se aplique los artículos 1505 (antes 1532) del Código Civil y 107 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública" (sic). En estos términos queda determinado el objeto del recurso. TERCERA.- Corresponde analizar los cargos por violación de normas constitucionales. Los casacionistas invocan la causal primera y respecto a esta estiman infringidas las normas constitucionales contenidas en los artículos: 18, inciso segundo, 23 numeral 27 y artículo 24 numerales 13 y 17 de la Constitución Política de la República (de 1998). Al fundamentar la causal primera formulan los siguientes cargos contra la sentencia impugnada: 3.1. Alegan la falta de aplicación del artículo 18 inciso segundo de la Constitución, que establece que: "En materia de derechos y

garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia”, en cuanto dicen que el artículo 31 literal c) de la Ley de Arbitraje y Mediación, en que se fundamenta la acción de nulidad arbitral: “debe interpretarse a la luz de las normas constitucionales vigentes en el país, específicamente debe estarse a lo dispuesto por el artículo 18 inciso segundo de la Carta Fundamental, para darle su real alcance y no limitar su vigencia o su cumplimiento formal, como ha acontecido en el presente caso” –dicen–; argumentan que: “para los sujetos procesales no tendría ninguna trascendencia la prueba practicada, si ésta no es tenida en cuenta ni valorada por el juzgador en su resolución”, que por ello el legislador ha establecido la obligación del juez de valorar la prueba y expresar en su fallo la valoración que se haga de las diferentes pruebas presentadas por las partes, de conformidad con lo que ordena el artículo 115, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, al expresar que: “la práctica de la prueba no se reduce a la presentación de las pruebas por los sujetos procesales, sino que se incluye la valoración que de ellas hace el juzgador, para poder valorar la prueba, el juzgador debe tenerla en cuenta, no puede prescindir de ella”. El inciso segundo del artículo 18 de la Constitución Política de 1998 establece el principio relativo al método de interpretación que debe primar en el campo de los derechos y de las garantías consagradas en la Constitución y ordena que deben ser interpretadas de la manera “que más favorezca su efectiva vigencia”; este principio aplicado a las pruebas, conlleva a que –dicen los casacionistas– la práctica de la prueba no se reduzca a su presentación, sino que se incluye la valoración y para ello el juzgador debe tenerlas en cuenta. Los cargos formulados por la parte demandada contra la sentencia impugnada conducen a determinar, en primer lugar, si se actuó la prueba solicitada por el I. Municipio de Azogues y si esta fue tomada en cuenta en el arbitral. Al



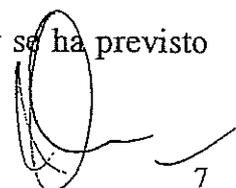
respecto, la Sala advierte lo siguiente: A) 1. En providencia de 31 de marzo de 2005, las 09h00, el Tribunal de Arbitraje abre la causal a prueba. 2. El Municipio de Azogues, en escrito presentado el 4 de abril de 2005, 10h50 (fojas 1196 y 1197) solicita la práctica de las siguientes diligencias probatorias: 2.1. Reproduce todo cuanto de autos le fuere favorable. 2.2. Reproduce el contenido de la contestación a la demanda y los documentos anexos a la misma. 2.3. Fundamentó el informe técnico de la fiscalización de la obra sobre los incumplimientos del Consorcio PLAINCO. 2.4. Reproduce el Examen Especial de Ingeniería practicado por la Contraloría General del Estado a la Construcción del Moderno Mercado Bartolomé Serrano, en los que se expresan los incumplimientos del Consorcio PLAINCO. 2.5. La resolución dictada por el Tribunal Distrital Fiscal No. 3 dentro del amparo constitucional que siguió el Consorcio PLAINCO contra la Municipalidad de Azogues. 2.6. Que se designe perito para que realice un examen de los rubros constantes en acta de mediación de 14 de mayo de 2004, y sus anexos, para verificar los valores reales a pagarse en los rubros ejecutados en la modalidad costo más porcentaje, siguiendo el procedimiento previsto en la Ley de Contratación Pública y su Reglamento. 2.7. Que se nombre perito para que realice la revisión de los documentos que han servido de base para el pago de los rubros por parte de la Municipalidad de Azogues respecto de las obras contratadas y que tienen el carácter de provisionales conforme a la Ley de Contratación Pública y su Reglamento. 2.8. Se realice una inspección física de la obra, para que se verifique el estado actual del proyecto, en relación a su avance físico con el plazo de ejecución, se realice el estudio de los rubros materia de la controversia, como los incumplimientos de las especificaciones técnicas. En escrito de fojas 1474 a 1478 la Municipalidad de Azogues presenta sus objeciones al informe pericial y en la parte final dice que impugna el

informe del perito y solicita la designación de uno nuevo. NO ARGUMENTA ERROR ESENCIAL. Además, al presentar el alegato anexa en copias simples una gran cantidad de documentación relativa al contrato. Como documentos anexos a la contestación a la demanda constan: Informe Técnico No. 2 de la Empresa de Fiscalización de la obra (fojas 162), anexa oficios, Libro de Obra fojas 162 a 288, Informe Cronológico del Plazo y su Ampliación fojas 291, Documentos de Mediación fojas 326. B) En el numeral SEIS de la parte expositiva del laudo arbitral se deja constancia de la prueba actuada por la I. Municipalidad de Azogues. C) En el considerando Cuarto del laudo se analizan oficios de PLAINCO como del Director de Fiscalización y del Jefe del Departamento Técnico de Planificación de la Municipalidad de Azogues; se hace referencia al Examen Especial de Ingeniería de la Contraloría General del Estado presentado por la Municipalidad de Azogues; toma en cuenta "los documentos de respuesta de la parte demandada (de fiscalización y de los funcionarios del Municipio), que obran del proceso"; se refiere al Acta de Mediación; analiza el informe del perito nombrado a pedido de las partes. De lo expuesto, se desprende que el Tribunal Arbitral, si tomó en cuenta en el laudo que dictó y valoró toda la prueba actuada a pedido de la parte demandada. 3.2. En la argumentación sobre la causal primera, en el número 4.2.2., alegan que: "Los miembros del Tribunal Arbitral que dictaron el laudo impugnado infringen lo dispuesto por el artículo 23 numeral 27 de la Constitución Política de la República, que establece el principio del debido proceso, e impone que cuando las partes acceden a los órganos de justicia, deben ser tratadas en las mismas condiciones...", y reitera que la valoración de la prueba implica que se tenga en cuenta la prueba presentada por todos los sujetos procesales y no, únicamente, la prueba presentada por una de las partes; concluye que el Tribunal dejó en total indefensión a su

representada al violar el artículo 23 numeral 27 y 24 numerales 13 y 17 de la Constitución Política, y que los Ministros de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca no revisaron si en el laudo arbitral impugnado se valoró toda la prueba producida por las dos partes. Esta argumentación no corresponde a la causal primera que invoca; además, las cuestiones que plantea ya fueron analizadas. 3.3. Dentro de la fundamentación de la causal primera, en el número 4.2.3. del escrito, los casacionistas alegan que: “La sentencia dictada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca tiene graves contradicciones, por lo que carece de debida motivación, lo que implica que se ha dejado de aplicar el artículo 24 numerales 17 y 13 de la Constitución vigente”; aducen que “la sentencia se contradice, ya que por un lado examina la valoración de la prueba y por otro lado se dice que no pueden entrar a realizar tal examen”. Mas, la Sala advierte que no existe la contradicción alegada; pues lo que hace el Tribunal ad quem es pronunciarse sobre los requisitos para que proceda el nombramiento de nuevo perito cuando el informe pericial adolece de error esencial. Por otra parte, en los considerandos primero, segundo, tercero y cuarto de la sentencia impugnada, el Tribunal ad quem sí enuncia los principios en que se funda la resolución y explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. De lo expuesto, se deduce que no existe la violación de normas constitucionales que se alega. Por tanto, no se acepta los cargos.

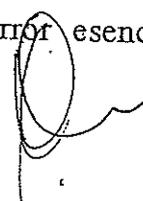
CUARTA.- Corresponde analizar los cargos por la causal segunda. 4.1. El vicio que configura la causal segunda es la violación de las normas procesales que producen el efecto de nulidad procesal insanable o provoca indefensión al agraviado; violación que puede producirse por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación. En conclusión, son requisitos para que estos vicios configuren la causal segunda de casación:

a) que la violación produzca nulidad insanable o indefensión; b) que el vicio está contemplado en la Ley como causa de nulidad (principio de especificidad); e) que los vicios hubiesen influido en la decisión de la causa (trascendencia); d) que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente. 4.2. Los casacionistas sostienen que el Tribunal ad quem: "debió declarar la nulidad del proceso, ya que se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el artículo 1014 del Código de Procedimiento Civil: la violación del trámite correspondiente a la causa", puesto que, el trámite que debió darse al proceso es el ordinario, en virtud de lo previsto en los artículos 59 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el 31 de la Ley de Mediación y Arbitraje que no ha establecido ningún trámite especial para este tipo de procesos -dicen-. Al respecto, la Sala hace el siguiente análisis: 4.2.1. El artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando existan las causales que esta misma disposición señala. Establece también que tal acción de nulidad arbitral podrá interponerse ante el árbitro o Tribunal Arbitral, para ante el respectivo Presidente de la Corte Superior de Justicia (hoy Corte Provincial); en el término de diez días contados desde la fecha que se ejecutorió el laudo. Presentada la acción de nulidad, dentro del término de tres días el árbitro o Tribunal Arbitral remitirá el proceso al Presidente de la Corte Superior de Justicia (Corte Provincial), quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que conoció de la causa. La Sala advierte que las causales taxativas de nulidad de laudo arbitral, contempladas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, son de omisión de solemnidades y formalidades que no requieren sino el examen del proceso arbitral por parte del Presidente de la Corte Provincial, para su constatación; y, por ello en la Ley se ha previsto



para la acción de nulidad de laudo arbitral un trámite sumario especial, cuestión que es reconocida en la Introducción a la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006, en la que, la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional, en referencia a las reformas introducidas al artículo 31, manifiesta: “se sustituyen los incisos segundo y séptimo por un solo inciso relacionado a la interposición del recurso de nulidad respecto del laudo arbitral y su procedimiento...”. Someter la acción de nulidad de laudo arbitral al trámite del juicio ordinario hubiese significado desnaturalizar totalmente una de las finalidades fundamentales del arbitraje como medio alternativo de solución de controversias, que caracterizan su naturaleza, que es la agilidad del trámite. De lo expuesto, se concluye que no existe la violación de normas que acusa el casacionista. Al no existir nulidad procesal, el pronunciamiento que el Tribunal Ad quem hace respecto al alcance del artículo 358 del Código de Procedimiento Civil, no influye en la decisión de la causa. Por consiguiente, no se acepta los cargos por la causal segunda. QUINTA.- Los casacionistas invocan la causal tercera. 5.1. En la configuración de la causal tercera, concurren dos violaciones sucesivas: la primera violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, por aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación; y, la segunda, violación de normas de derecho, como consecuencia de la primera, que conduce a la equivocada aplicación o a la no aplicación de estas normas de derecho en la sentencia. El recurrente que invoca la causal tercera debe determinar lo siguiente: a) Los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba que han sido violados; b) El modo por el que se comete el vicio; esto es: por aplicación indebida, o por falta de aplicación o por errónea interpretación; c) Qué normas de derecho han sido equivocadamente aplicadas o no han sido

aplicadas como consecuencia de la violación de preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba; d) Explicar cómo la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba han conducido a la violación de normas de derecho, ya sea por equivocada aplicación o por su falta de aplicación. 5.2. Los casacionistas alegan que: "Al momento en que el Tribunal Arbitral desconoce la prueba presentada por el Municipio de Azogues y no la toma en cuenta, violó la norma del Art. 117 del Código de Procedimiento Civil, ya que no validó prueba debidamente actuada. Lo mismo ocurrió cuando el Tribunal Arbitral valoró el informe pericial del ingeniero Pablo López Cuesta, informe que adolece de error esencial por tener graves contradicciones en su contenido, contradicciones que no pueden ser armonizadas; esta prueba es ilegal ha sido tomada en cuenta como si se tratara de prueba debidamente actuada con lo que se ha violado el referido artículo 117 ibidem"; manifiestan que la falta de aplicación del artículo 117 llevó a que el Tribunal Arbitral acepte la demanda propuesta en contra del Municipio de Azogues y aplique los artículos 1532 (actual 1505) del Código Civil y 107 de la Ley de Contratación Pública de manera equivocada; aducen que: "Los Ministros de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca validaron el laudo arbitral, pese a que este es nulo, haciendo suyos los argumentos esgrimidos y la resolución dictada por los árbitros". Respecto a estos cargos, la Sala hace el siguiente análisis: 5.2.1. El Tribunal ad quem en el considerando Segundo de la sentencia impugnada deja constancia que la demanda de nulidad de laudo arbitral se halla sustentada en el hecho que, según la entidad actora, no se ha analizado, la prueba presentada por la I. Municipalidad de Azogues; que no se tomó en cuenta la solicitud de nombramiento de un nuevo perito para aclarar el error esencial que



contenía el informe del ingeniero Pablo López Cuesta, que el laudo no analiza las excepciones ni la prueba presentada por la I. Municipalidad de Azogues; que sólo acoge los argumentos presentados por los actores. En lo principal, los cargos en casación se refieren a estas mismas cuestiones.

5.2.2. En el considerando Tercero de la sentencia impugnada, el Tribunal ad quem deja constancia, en detalle y fundamentadamente de las pruebas solicitadas y actuadas a pedido del I. Municipio de Azogues y de los representantes del Consorcio PLAINCO; se refiere a las providencias mediante las que se atienden los escritos y petitorios de las partes; y, concluye dejando constancia que: "En la especie, del resumen realizado queda establecido que dentro del trámite de arbitraje se notificaron proveyeron y practicaron todas las pruebas solicitadas por las partes, las mismas que son citadas y minuciosamente analizadas a lo largo de la motivación realizada por el Tribunal Arbitral". Y esto mismo es lo que constata la Sala de Casación, según el considerando Tercero de este fallo.

5.2.3. En cuanto a la alegación de que el informe del perito ingeniero Pablo López Cuesta adolece de error esencial y que pese a ello el Tribunal Arbitral lo valoró, la Sala advierte que, la parte demandada impugna el informe del perito y solicita la designación de un nuevo perito; pero no argumenta error esencial. Además, de conformidad con lo establecido en el artículo 258 del Código de Procedimiento Civil, el dictamen pericial que adolece de error esencial puede ser corregido; para ello se requiere que se pruebe éste error sumariamente y luego el juez, a petición de parte o de oficio, ordene que se corrija por otro u otros peritos. En el caso sub júdice no consta que se haya producido tal prueba; y, por ello, el Tribunal ad quem se pronuncia en el sentido de que: "De fojas 1474 a 1478 comparece el I. Municipio de Azogues y luego de exponer sus fundamentos, solicitan el nombramiento de un nuevo Perito, pedido que es negado en providencia

de fecha 30 de agosto del 2005, las 16H45. El nombramiento de un nuevo perito procede cuando el informe adolezca de error esencial lo cual debe ser probado sumariamente, al tenor de la disposición contenida en el Art. 258 del Código de Procedimiento Civil, particular que no obra del proceso". Además, se advierte que la parte demandada cuando presenta objeciones al informe pericial, impugna el informe y solicita la designación de un nuevo perito; pero no argumenta error esencial. De lo expuesto se determina que no existe la violación de normas por la causal tercera. No se acepta los cargos. SEXTA.- Corresponde analizar los cargos por la causal primera. 6.1. El vicio que la causal primera imputa al fallo es el de violación directa de la norma sustantiva, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, porque no se ha dado la correcta subsunción del hecho en la norma; es decir, no se ha producido el enlace lógico de la situación particular que se juzga con la previsión abstracta y genérica realizada de antemano por el legislador; yerro que se produce por la aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas de derecho, siempre que estos vicios sean determinantes de la parte dispositiva de la sentencia o auto, lo que el recurrente debe fundamentar debidamente. La aplicación indebida ocurre cuando la norma ha sido entendida rectamente en su alcance y significado; mas, se la ha utilizado para un caso que no es el que ella contempla. La falta de aplicación se manifiesta si el juzgador yerra ignorando la norma en el fallo. La errónea interpretación tiene lugar cuando, siendo la norma cuya transgresión se señala la pertinente para el caso, el juzgador le ha dado un sentido y alcance que no tiene, que es contrario al espíritu de la Ley. 6.2. Los casacionistas alegan la falta de aplicación de la norma contenida en el artículo 31 literal c) de la Ley de Arbitraje y Mediación: "norma legal que les imponía la obligación declarar La nulidad del laudo arbitral...", -dicen-

Al fundamentar los cargos por la causal primera, los casacionistas hacen las siguientes argumentaciones: 1) "El referido laudo arbitral no ha tenido en cuenta y tampoco ha valorado la prueba presentado por el Ilustre Municipio de Azogues y, además, ha valorado prueba ilegalmente actuada, que fue obtenida violando expresas disposiciones constitucionales y legales. Al actuar así, el Tribunal Arbitral ha vulnerado el derecho al debido proceso, ha dejado en estado de indefensión a nuestro representado, no ha motivado adecuadamente su laudo arbitral, ha aceptado prueba que no podía ser admitida y, además, ha vulnerado las garantías procesales". Esta argumentación no corresponde a la causal primera que invocan, y es comentado en el numeral 6.1. de este considerando, y además las cuestiones que alegan fueron analizadas ya en los considerandos Tercero, Cuarto y Quinto de este fallo; 2) Los cargos sobre violación de normas constitucionales fueron analizadas en el considerando Tercero de este fallo. Por las consideraciones que anteceden la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, no casa la sentencia pronunciada por la la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca. Notifíquese. Devuélvase.- f) Dr. Carlos Ramírez Romero; Dr. Manuel Sánchez Zuraty; Dr. Galo Martínez Pinto; Jueces Nacionales y Dr. Carlos Rodríguez García, Secretario Relator que Certifica."

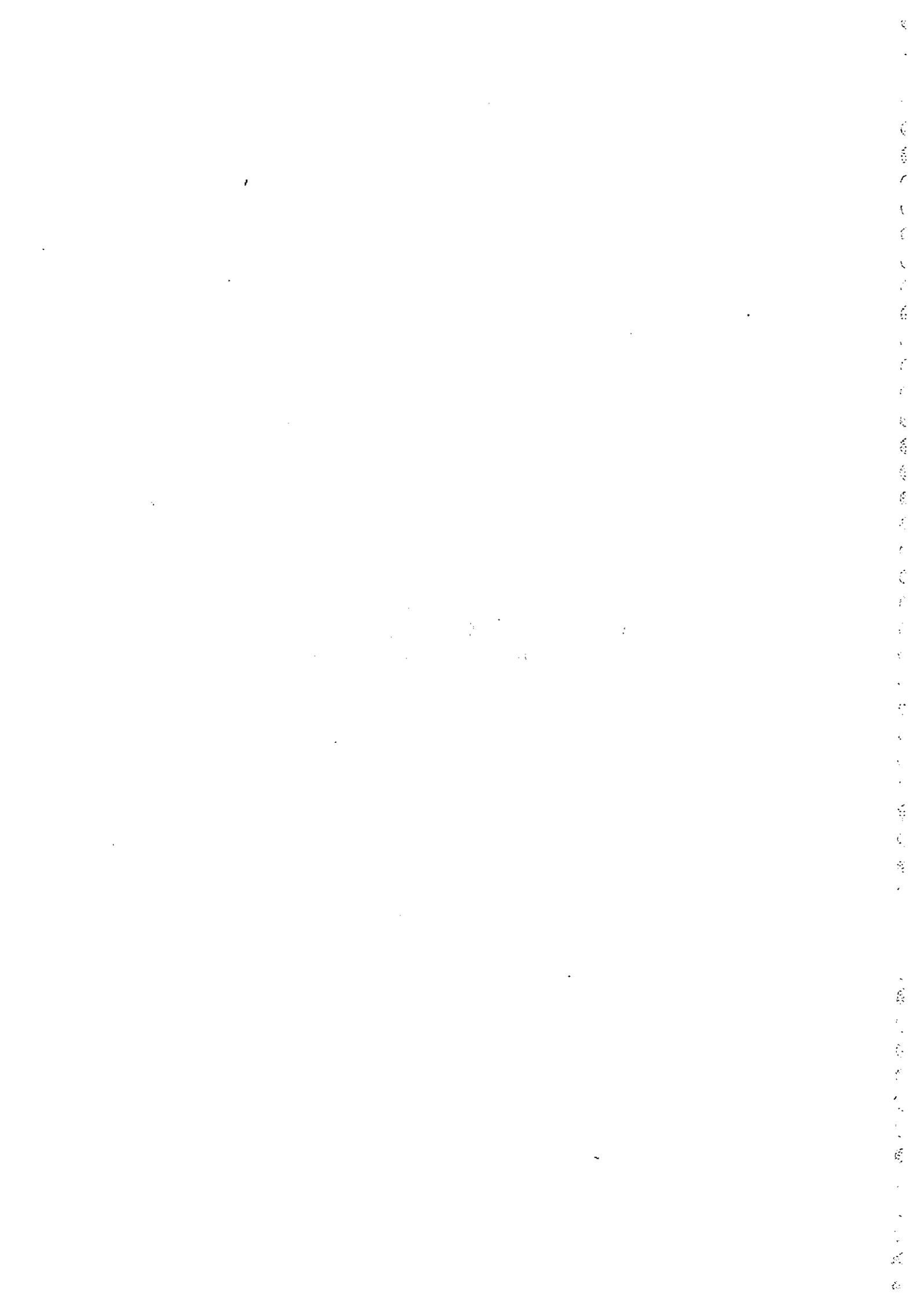
Comunico para los fines legales.


Dr. Carlos Rodríguez García
SECRETARIO RELATOR

(k.r.)



ANEXO X





CORTE CONSTITUCIONAL

PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN

GABRIELA LEDESMA, OLGA PITA Y PABLO ASTUDILLO

CASILLA CONSTITUCIONAL

SE LE HACE SABER LO SIGUIENTE:



Nro. 289

Juez Ponente: Dr. Patricio Herrera Betancourt

08 ABR. 2010

12H55

CORTE CONSTITUCIONAL, PARA EL PERÍODO DE TRANSICIÓN.- SALA DE ADMISIÓN.- Quito D. M., 07 de abril de 2010 las 11H05.- **VISTOS:** De conformidad con las normas de la Constitución de la República aplicables al caso, la disposición transitoria Tercera de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial N° 52 de 22 de octubre de 2009 y del sorteo efectuado por el Pleno de la Corte Constitucional para la conformación de la Sala de Admisión en sesión extraordinaria de 11 de febrero de 2010, esta Sala conformada por el Dr. Patricio Herrera Betancourt, Dr. Alfonso Luz Yunes, jueces constitucionales y el Dr. Fabián Sancho Lobato juez constitucional alterno de la Dra. Nina Pacari Vega, en ejercicio de su competencia AVOCA conocimiento de la causa N°. 0939-09-EP, acción extraordinaria de protección presentada por Eugenio Morocho Quinteros y Marcelo Matute Molina en sus calidades de Alcalde y Procurador Síndico del Municipio de Azogues en contra del fallo dictado por la Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia el 5 de noviembre del 2009 a las 08h40, en el juicio ordinario de nulidad de laudo arbitral, mediante el cual decide: *"no casar la sentencia pronunciada por la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Cuenca"*. A su entender se violó el derecho constitucional al debido proceso, a una justicia sin dilaciones y a una tutela judicial efectiva, imparcial y expedita; el accionante solicita se adopte todas las medidas pertinentes para una reparación integral de su derecho y se declare la nulidad del Laudo Arbitral. En lo principal, se considera: **PRIMERO.-** El Art. 10 de la Constitución establece que *"las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales."* El numeral 1 del Art. 86 ibídem señala que *"Las garantías jurisdiccionales se regirán, en general, por las siguientes disposiciones 1. Cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá proponer las acciones previstas en la Constitución"*, adicionalmente, en el Art. 437 del texto constitucional se determina que la acción extraordinaria de protección podrá presentarse *"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."* **SEGUNDO.-** El Art. 58 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en concordancia con el Art. 94 de Constitución, establece que: *"La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución"* **TERCERO.-** El Art. 62 ibídem, prevé los requisitos para la admisibilidad de la acción. De la revisión de los documentos que obran del proceso se desprende que los accionantes pretenden que se revise el fallo dictado por

441



la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, señalando en lo principal que en el fallo se afirma que el Tribunal Arbitral al dictar el laudo "valoró toda la prueba actuada a pedido de la parte demandada", lo que a su criterio es "incorrecto, arbitrario y ajeno a la realidad"; además los accionantes realizan un extenso análisis doctrinario respecto de los informes periciales y los peritos, evidenciando con esto que intentan someter a debate constitucional, aspectos que ya han sido motivo de análisis dentro del juicio ordinario de nulidad de laudo arbitral; por lo que se puede colegir que los accionantes fundamentan su acción en que la prueba no ha sido debidamente apreciada, lo que contraviene la disposición contenida en el numeral 5 del artículo 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. De la revisión del expediente se evidencia que el accionante pretende que esta Corte revise asuntos de legalidad, situación que no justifica la existencia de violaciones constitucionales que deben ser el sustento para ejercer esta acción que es de carácter excepcional. En tal virtud, la pretensión jurídica no se ajusta a los requisitos de la acción extraordinaria de protección. Por lo expuesto, esta Sala, **INADMITE** a trámite la acción extraordinaria de protección No. 0939-09-EP, y dispone el archivo de la causa. Devuélvase el proceso al juez de origen.- **NOTIFÍQUESE.**

Dr. Alfonso Luz Yunes
 Dr. Alfonso Luz Yunes
JUEZ CONSTITUCIONAL

Dr. Fabián Sancho Lobato
 Dr. Fabián Sancho Lobato
JUEZ CONSTITUCIONAL (A)

Dr. Patricio Herreña Betancourt
 Dr. Patricio Herreña Betancourt
JUEZ CONSTITUCIONAL

LO CERTIFICO.- Quito D. M., 07 de abril de 2010, las 11h05.

Dr. Arturo Larrea Jijón
 Dr. Arturo Larrea Jijón
SECRETARIO
SALA DE ADMISIÓN

MCMH

CORTE CONSTITUCIONAL
ES FIEL COPIA DEL ORIGINAL

Revisado por *e. Cawajal (1)*
 Quito, *08-abril-2010*

[Signature]
(.) EL SECRETARIO GENERAL

SEÑOR JUEZ DE LO CIVIL Y MERCANTIL DEL CANTON
AZOGUES.-

Nosotros, Gabriel Efraín Ledesma Vázquez, Olga Amelia Pita García y Pablo Fernando Astudillo Sinche, ecuatorianos, de profesión Ingenieros Civiles, divorciado el primero y casados los siguientes, mayores de edad, por nuestros propios derechos como únicos integrantes del Consorcio PLAINCO, conforme lo justificamos con el documento que adjuntamos (anexo 1), mismo que tiene su domicilio en la ciudad de Cuenca conforme se justifica igualmente con el documento adjunto, ante Ustedes comedidamente comparecemos y decimos;

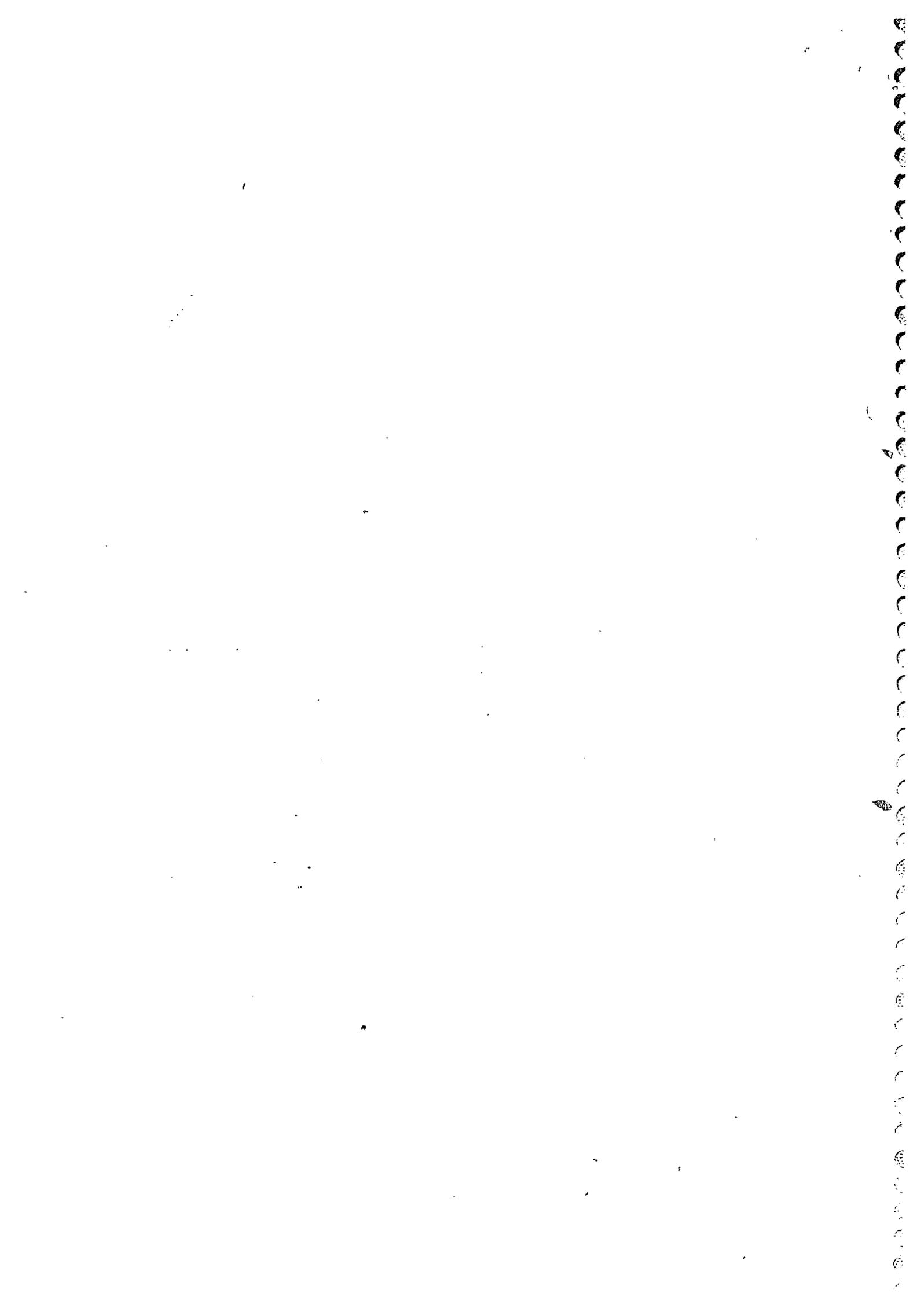
ANTECEDENTES.-

*Los comparecientes, por sus propios derechos y como únicos integrantes del Consorcio PLAINCO presentamos ante el Director del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámaras de la Producción del Azuay, una demanda arbitral en contra de la I. Municipalidad de Azogues, la que fue aceptada a trámite el 8 de octubre del 2004, tramite en el cual con fecha 18 de enero del 2006 a las 16h30, el Tribunal Arbitral integrado por los Doctores, Miguel Cordero Palacios, en su calidad de presidente y los Doctores Antonio Martínez Borrero y Nicolás Muñoz Chávez, árbitros principales, dictan el laudo arbitral que en foto copia certificada adjuntamos, con la correspondiente razón de que el mismo se encuentra ejecutoriado (anexo 2). Las controversias materia de la demanda arbitral tienen que ver con un contrato celebrado entre dicho Consorcio y la I Municipalidad de Azogues, para la construcción del Mercado Central Bartolomé Serrano, parqueadero público y Plazoleta Gonzalo Córdova, mismo que en copia certificada se adjunta (anexo 3)

*A pesar del tiempo transcurrido, hasta la presente fecha la I Municipalidad de Azogues no da cumplimiento a las obligaciones que en dicho laudo se establecen; mas aun ha suscitado una serie de incidentes con el objeto de dilatar el cumplimiento de las mismas.

PETICIÓN.-

Con estos antecedentes, y al amparo de lo dispuesto en el Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación solicito a Usted disponga la ejecución del laudo arbitral referido y que en copia certificada se ha adjuntado, recordando que el mismo tiene efectos de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y que debe ejecutarse como si se tratara de sentencia de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que juez de ejecución pueda aceptar excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a su suscripción.



Se considerara igualmente la estipulación contenida en la clausula Vigésimo Tercera del contrato referido, la que, en 23.03 dispone: "23.03.- de sufrir controversias en la ejecución del laudo arbitral, las partes renuncian a su domicilio y concuerden someterlas a los jueces competentes de la ciudad de Azogues".

Para la determinación de los valores a los que esta obligada a pagar la I. Municipalidad de Azogues, solicito se designe un perito, para que proceda a re liquidar los mismos a esta fecha; y que, una vez establecidos se disponga que dicha Municipalidad pague los mismos o dimita bienes suficientes para el embargo dentro del término de ley que para el efecto se le concederá.

A la I. Municipalidad de Azogues, se le citará con esta solicitud y el correspondiente auto que el Tribunal dicte, en las personas de sus representantes legales el Señor Alcalde y el Señor Procurador Síndico, a la fecha, Arq. Manuel Eugenio Morocho Quinteros y el Doctor Marcelo Matute Molina respectivamente, en las oficinas de esta entidad en la ciudad de Azogues ubicadas en las calles Matovelle 6-01 y Solano, para lo cual brindare las facilidades necesarias.

Se dispondrá se cuente con el Señor Procurador General del Estado, para lo cual se procederé de acuerdo a lo prescrito en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, esto es se ordenará que la citación a dicho funcionario se lo haga en la persona del Delegado Regional de la Procuraduría General del Estado en el Azuay, mediante deprecatorio a uno cualquiera de los Señores Jueces de lo Civil y Mercantil del cantón Cuenca.

Notificaciones que nos correspondan, las recibiremos en la casilla judicial No. 106, autorizando al Dr. Patricio Cordero Ordóñez y a la Dra. Patricia Cordero Torres, para que en lo posterior y con tan sólo su firma, ya sea en forma conjunta o por separado, presenten cuanto escrito consideren necesario en defensa de nuestros intereses en este trámite.

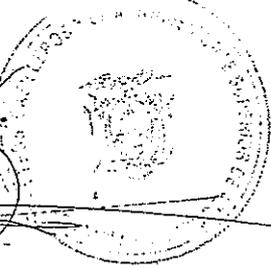
Del Señor Juez

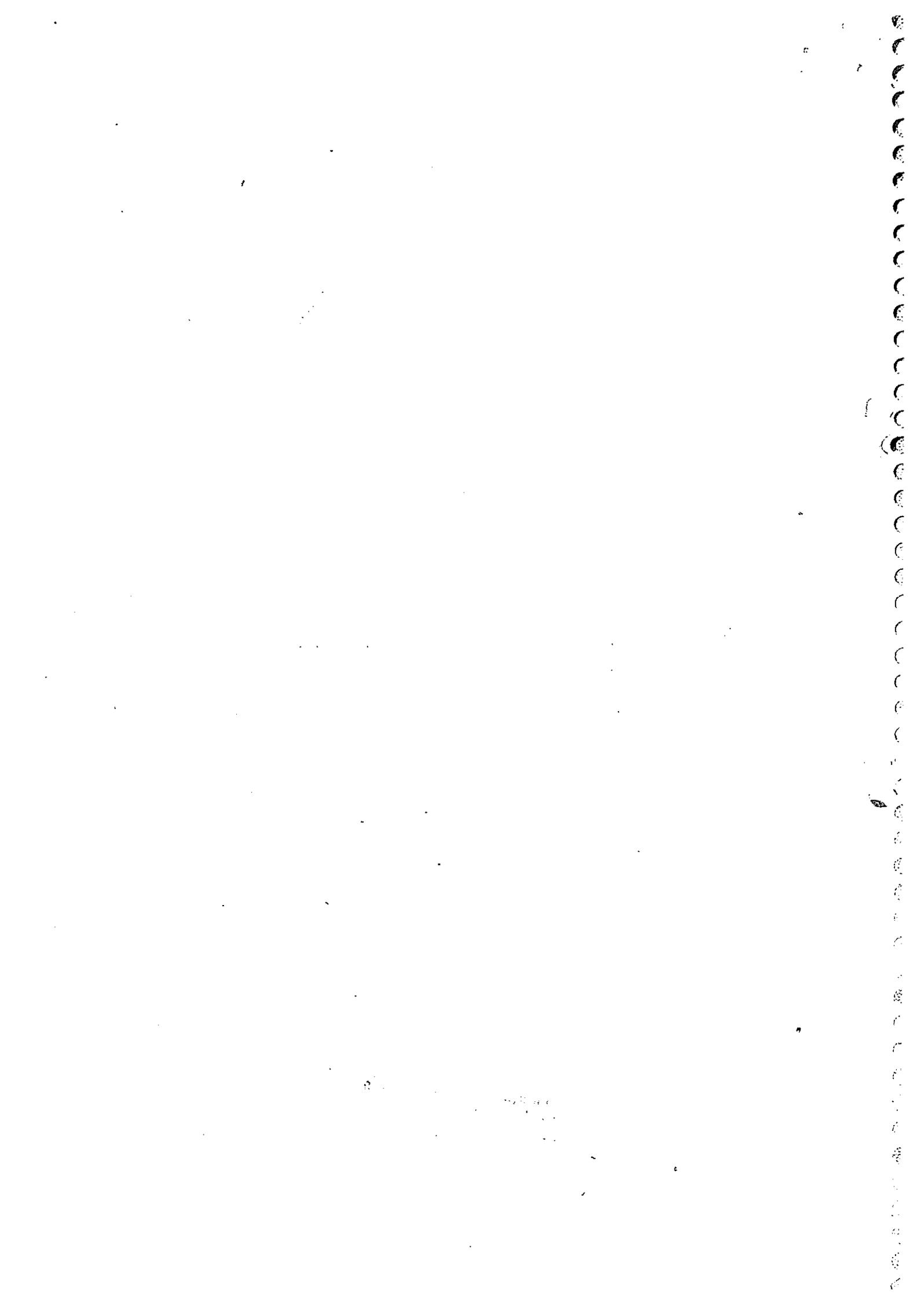
Atentamente,

Gabriel E. Ledesma V. Olga Pita García Pablo Astudillo

Dr. Patricio Cordero Ordóñez
Abogado Mat. 350 C.A.A

CORTE SUPERIOR DE AZOGUES
OFICINA DE SORTEOS, CASILLEROS
Y CITACIONES 4 ENE. 2010
RECIBIDO:





ANEXO XI

1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
36
37
38
39
40
41
42
43
44
45
46
47
48
49
50
51
52
53
54
55
56
57
58
59
60
61
62
63
64
65
66
67
68
69
70
71
72
73
74
75
76
77
78
79
80
81
82
83
84
85
86
87
88
89
90
91
92
93
94
95
96
97
98
99
100

Resolución: 154-2010 Juicio No. 124-2008 ER Actor: ASEC
Demandado: MINISTERIO DE TURISMO Y OTROS JUEZA PONENTE: Dra. Dana
Abad Arévalo CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

SALA DE CONJUECES PERMANENTES DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA. Quito, 02 de Marzo de 2010, las 11H00. VISTOS: Pablo Fernando Sarzosa Játiva, en su calidad de Procurador Judicial de la Asociación Ecuatoriana de Ecoturismo ASEC, interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por el señor Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito, dentro del proceso que por nulidad del laudo arbitral emitido por un Tribunal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito el 10 de octubre de 2006, a las 9h30, dentro del proceso arbitral No. 58-05, seguido por el recurrente contra el Ministerio de Turismo. Por el objeto de la materia litigiosa, la competencia se radicó en la Sala lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, la que admitió el recurso a trámite. La Sala de Conjueces asumió la competencia para resolver esta causa en virtud del auto de 10 de septiembre del 2009, mediante el cual se aceptó la recusación de los Jueces principales de la Sala. Una vez cumplido el trámite pertinente, para resolver se considera: PRIMERO: El recurrente sostiene que en la sentencia impugnada se infringen las siguientes normas jurídicas: artículo 31, literales b), c) y d) de la Ley de Arbitraje y Mediación, en concordancia con el artículo 3, último inciso de la Ley de Arbitraje y Mediación; el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; los artículos 4, 20 y 40 de la Ley de Consultoría, en relación con los artículos 81 y 83 de la Ley de Contratación Pública y 108 del Reglamento a la Ley de Consultoría; el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil; el artículo 24, numeral 13 de la Constitución Política vigente en relación con los artículos 275 y 276 del Código de Procedimiento Civil y los precedentes jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento que se citan en la fundamentación del recurso. Funda el recurso en las causales primera, tercera y quinta previstas en el artículo 3 de la Ley de Casación. SEGUNDO: Revisados los recaudos procesales no existe una causal de nulidad del proceso que esta Sala de Conjueces deba declarar de oficio. TERCERO: Antes de iniciar el análisis de cada uno de los cargos propuestos por la parte que interpuso el recurso de casación, estimamos necesario realizar un análisis respecto de procedencia como tal del recurso de casación, a pesar de haber ya superado todos los filtros previstos en el ordenamiento jurídico respecto de la admisibilidad formal del recurso. Todo esto, en razón de un fallo dictado por los Jueces Principales de la Sala en relación a un proceso similar. En la Resolución de fecha 1 de septiembre de 2009, dictada dentro del recurso de casación No. 327-2009, interpuesto dentro del proceso de nulidad de laudo arbitral iniciado por la compañía MASGAS en contra de OILCORP S.A., los jueces principales de esta Sala establecieron que dentro del proceso de nulidad arbitral era necesario que se agoten dos instancias antes de acudir a casación. Se sostuvo que "el artículo 24 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, norma procesal vigente a la época de interposición del recurso, dispone: 'Cuando la primera instancia corresponda al Presidente de la Corte Superior, la segunda instancia será de competencia de la Sala a la Resolución: 154-2010 Juicio No. 124-2008 ER Actor: ASEC Demandado: MINISTERIO DE TURISMO Y OTROS que no pertenece el Presidente, o a la que le corresponda por sorteo, si existe más de dos Salas, sin tomar en cuenta la del Presidente. Si existiere una sola Sala, para la segunda instancia intervendrá

el conjuetz correspondiente.' Consecuentemente, la acción de nulidad de laudo arbitral debe ser conocida en dos instancias, por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia como juez de primera instancia y por vía del recurso de apelación, ante una de las Salas de la respectiva Corte." y se añadió que "la Constitución Ecuatoriana, en el artículo 76 numeral sexto, literal m) establece la doble instancia como una garantía básica del debido proceso, lo cual no puede soslayarse en ningún proceso judicial. Conforme recoge el artículo 11 numerales 3 y 7 de la Constitución, el Estado ecuatoriano reconoce los derechos y garantías establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos por tanto, según consagra el Pacto San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969, entre las 'Garantías Judiciales' en su Art. 8, numeral 2, literal h), se establece: '2. ... Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior.' Esta norma determina que no puede existir un proceso judicial en el cual no se permita apelar o recurrir de un fallo, es decir, que todo juicio debe tener al menos dos instancias judiciales; como ocurre en el presente caso, cuando de la sentencia emitida por el Presidente de la Corte Provincial, se puede y debe intentar el recurso de apelación". Esta Sala de Conjuetes, en esta oportunidad, decide apartarse del anterior criterio, sobre la base de los siguientes argumentos.

CUARTO: El artículo 24 de la antigua Ley Orgánica de la Función Judicial, vigente a la fecha de interposición de este recurso de casación, parte del supuesto de que la norma procesal hubiere asignado expresamente el conocimiento de la "primera instancia" al Presidente de la Corte Provincial. Lo primero que debemos respondernos en este punto es, sí el proceso de nulidad de laudo arbitral, regulado en la ley de la materia, cuando reglamenta la competencia del Presidente de la Corte Provincial respecto de la acción de nulidad arbitral, establece una primera instancia o una única instancia. De la lectura de los artículos 30 y 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación no existe señal alguna de que se establezca la posibilidad de que se pueda interponer recurso de apelación respecto de la sentencia que dicte el Presidente de la Corte Provincial. Este criterio está reforzado por el hecho de que revisando la historia legislativa de la Ley de Arbitraje y Mediación tampoco se percibe que la posibilidad de que se interponga recurso de apelación hubiese sido cierta. En la original Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997, el procedimiento que se estableció para la acción de nulidad de laudo arbitral tampoco contemplaba la posibilidad de interponer recurso de apelación de la sentencia que dictaba una de las Salas de la Corte Superior (hoy Corte Provincial). Luego mediante la Ley No. 48 publicada en el Registro Oficial No. 532 de 25 de febrero de 2005, se estableció el nuevo procedimiento para la acción de nulidad de laudo arbitral (artículo 3 de la ley reformativa), reforma en la que tampoco se hace mención alguna a la posibilidad de que se pueda interponer apelación de la sentencia que, debido a la reforma, debía dictar el Presidente de la Corte Provincial. Todo lo anterior se ve reflejado en la Codificación de la Resolución: 154-2010 Juicio No. 124-2008 ER Actor: ASEC Demandado: MINISTERIO DE TURISMO Y OTROS Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006, instrumento en el cual tampoco se menciona la posibilidad de que se pueda interponer recurso de apelación. Por lo tanto, esta Sala de Conjuetes no ve elemento alguno a través del cual se pueda interpretar el artículo 31 de la ley de Arbitraje y

Mediación en el sentido de que era -o es- posible interponer recurso de apelación respecto de la sentencia dictada por el Presidente de la Corte Provincial. Por otro lado, es importante analizar esta problemática desde los principios que inspiran al arbitraje como método alternativo de solución de conflictos. En primer lugar debe quedar claro que el Arbitraje es una de las excepciones, constitucionalmente admitidas, al denominado principio de unidad jurisdiccional (artículo 190 de la actual Constitución). Así también, el artículo 7 inciso segundo de la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación ha establecido el principio de prioridad del arbitraje sobre la justicia ordinaria, así como el principio de in dubio pro arbitraje. Los principios antes establecidos tienen plena coherencia con los fines del arbitraje, que en definitiva buscan hacer realidad el debido proceso y una justicia sin dilaciones innecesarias (artículos 169 y 76 de la Constitución), así como al derecho constitucional a una tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses de las personas (artículo 75 de la actual Constitución). Intenciones y fines que se plasman en el acuerdo voluntario de dos partes de someter sus divergencias a un Tribunal Arbitral y no a las instancias judiciales oficiales. Es por esta razón que los casos en que el arbitraje deriva en la Función Judicial son de excepción y deben estar expresamente establecidos en la ley especial de la materia; y, justamente, uno de esos casos de excepción es la acción de nulidad de laudo arbitral. Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que la interpretación de las normas que regulan dicha acción debe ser de tipo restrictiva, sin dar paso a la aplicación supletoria de normas ni analogías y teniendo siempre como horizonte uno de los principales objetivos del arbitraje, como método alternativo de solución de conflictos, que es la celeridad en la solución de los conflictos. Es decir, si admitiéramos como válido que se puede interponer recurso de apelación respecto del fallo del Presidente de la Corte Provincial, estaríamos atentando contra dicho principio que inspira al arbitraje, y estaríamos llevando la "judicialización" del arbitraje a niveles que en realidad riñen con los principios que inspiran dicho método alternativo de solución de conflictos. Es por las razones antes esgrimidas que consideramos que no es aplicable a este caso particular -acción de nulidad de laudo arbitral- el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil, pues la aplicación de esta regla violaría los principios constitucionales antes mencionados. Por lo tanto, esta Sala de Conjuces considera que el proceso de nulidad de laudo arbitral es uno de los procesos de conocimiento, de única instancia, establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. Pero incluso, partiendo de la premisa de que el proceso de nulidad de laudo arbitral es de instancia única, la Sala de jueces principales también dejó sentado que en el Ecuador, forma parte del derecho al debido proceso constitucional la garantía de la doble instancia -criterio que evidentemente compartimos-, e incluso cita la norma del Pacto de San José de Costa Rica, instrumento que estableció este derecho, mucho antes que nuestra actual Constitución. En definitiva, la cuestión que ahora debe resolver esta Sala de Resolución: 154-2010 Juicio No. 124-2008 ER Actor: ASEC Demandado: MINISTERIO DE TURISMO Y OTROS Conjuces es si en los procesos de instancia única dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano (nulidad de laudo arbitral, contencioso administrativo, contencioso tributario, etc.), se cumple esta garantía de la doble instancia, tomando en cuenta que el único recurso que cabe frente a la sentencia de la única instancia, es el recurso de casación. Esta Sala de Conjuces considera, que en razón de los

particulares alcances que ha asumido el recurso de casación dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en este recurso si se verifican las exigencias establecidas por la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) para considerar que se cumple la garantía de la doble instancia. Así claramente lo expuso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Juan Carlos Abella vs. Argentina (Caso 11.137, Informe No. 55/97, 1997, párrafos 259, 260 y 261) que al analizar el propósito y características del derecho garantizado por el artículo 8.2.h) de la Convención dijo: "La Comisión considera que este recurso, establecido a favor del inculcado, le permite proteger sus derechos mediante una nueva oportunidad para ejercer su defensa. El recurso contra la sentencia definitiva tiene como objeto otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable de impugnar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión. (...) [esta garantía] se refiere a las características mínimas de un recurso que controle la corrección del fallo tanto material como formal. En este sentido, desde un punto de vista formal, el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, a que se refiere la Convención Americana, debe en primer lugar proceder contra toda sentencia de primera instancia, con la finalidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación de normas de Derecho que determinen la parte resolutoria de la sentencia. La Comisión considera, además, que para garantizar el pleno derecho de defensa, dicho recurso debe incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las mismas" (el énfasis y resaltado es nuestro). Ahora pasemos a revisar la Codificación de la Ley de Casación publicada en el Registro Oficial Suplemento del 24 de marzo de 2004; de manera específica las causales en las que podrá fundarse el recurso extraordinario: "Art. 3.- Causales.- El recurso de casación sólo podrá fundarse en las siguientes causales: 1. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva; 2. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieran influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente; 3. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto; 4. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no Resolución: 154-2010 Juicio No. 124-2008 ER Actor: ASEC Demandado: MINISTERIO DE TURISMO Y OTROS fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis; y, 5. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la ley en su parte dispositiva se adopten decisiones contradictorias o incompatibles." Para verificar si se cumple con el mandato de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), los artículos citados deben interpretarse en concordancia y a la luz del artículo 16 de la misma ley: "Art.- 16 Sentencia.- Si la Corte Nacional de Justicia encuentra procedente el recurso, se casará la sentencia o auto de que se trate y

expedirá el que en su lugar correspondiere, y por el mérito de los hechos establecidos en la sentencia". Es claro que a través del recurso extraordinario de casación se cumple a cabalidad la obligación de revisar el derecho de la sentencia definitiva dictada, y de revisar materialmente la sentencia en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las mismas. Además, debemos anotar que la ex Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en la Resolución 72-2002, de 23 de agosto de 2002 (Villalva vs. Zurita), publicada en el R.O. 666 de 19 de septiembre de 2002, amplió el espectro de la casación en el Ecuador, alejándolo del formalismo y permitiendo al juzgador entrar a conocer si se ha violado la sana crítica y si se valoró de manera absurda o ilógica la prueba. Expresó que "...el fallo de última instancia es inatacable por existir una mera discrepancia entre el método de valoración de la prueba utilizado por los juzgadores de última instancia y el criterio que según el recurrente debió utilizarse, pues la valoración de la prueba es atribución exclusiva de los jueces y tribunales de instancia, a menos de que se demuestre que en ese proceso de valoración se haya tomado un camino ilógico o contradictorio que condujo a los juzgadores a tomar una decisión absurda o arbitraria.". La Sala considera que, si en la apreciación de la prueba el juzgador contradice las reglas de la lógica, el fallo se halla incurso en causal de casación, compartiendo el criterio expresado por Ulrich Klug, en su obra "Lógica Jurídica" (Bogotá, Temis, 1990, p. 203), quien dice: "El que, en desacuerdo con las circunstancias fácticas tal como ellas fueron establecidas, ataca la apreciación que de la prueba hizo el Tribunal, plantea una cuestión sobre los hechos, que no es susceptible de revisión. Pero cuando en la apreciación de la prueba se evidencia una infracción de la lógica, ello constituye entonces una incorrecta aplicación de las normas sobre la producción de la prueba. Pero el problema de si una norma ha sido correcta o incorrectamente aplicada representa una cuestión de derecho. En consecuencia, la apreciación de la prueba que contradice las leyes lógicas es, en esa medida, revisable. Como lo dice con acierto Eb. Schunidt, la libertad en la apreciación de la prueba encuentra en las leyes del pensamiento uno de sus límites. No es necesario, pues, convertir la Lógica misma, artificialmente, en algo jurídico. Ella es una herramienta presupuesta en la aplicación correctamente fundamentada del derecho. Cuando en el proceso de valoración de la prueba el juzgador viola las leyes de la lógica, la conclusión a la que llega es absurda o arbitraria. Se entiende por Resolución: 154-2010 Juicio No. 124-2008 ER Actor: ASEC Demandado: MINISTERIO DE TURISMO Y OTROS absurdo todo aquello que escapa a las leyes lógicas formales, y es arbitrario cuando hay ilegitimidad en la motivación, lo cual en el fondo es otra forma de manifestarse el absurdo ya que adolece de arbitrariedad todo acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho; cuando el juzgador, por error, formula una conclusión contraria a la razón, a la justicia o a las leyes, estamos frente a un caso simplemente absurdo: pero si la conclusión es deliberadamente contraria a la razón, a la justicia o a las leyes porque el juzgador voluntariamente busca este resultado, estamos frente a un proceder arbitrario que, de perseguir favorecer a una de las partes o perjudicar a la otra, implicaría dolo y podría

constituir inclusive un caso de prevaricación. La valoración de la prueba es absurda por ilogicidad cuando existen vicios en el mecanismo lógico del fallo, porque la operación intelectual cumplida por el Juez, lejos de ser coherente, lo lleva a premisas falsas o conclusiones abiertamente contradictorias entre sí o incoherentes, así como en los casos en que la reflexión se auxilia con premisas falsas, o cuando el silogismo empleado para establecer las conclusiones fácticas se aparta de las leyes de la razón y de la lógica o existen proposiciones distintas que se excluyen entre sí recíprocamente. Pero, como se ha señalado, el absurdo en la valoración de la prueba no se limita a la sola ilogicidad de las sentencias, sino que también se presenta cuando hay ilegitimidad en la motivación, lo cual ocurre cuando el juzgador prescinde de pruebas esenciales, computa pruebas inexistentes o valora pruebas inválidas, y si este proceder lo adopta voluntariamente, se trataría de una arbitrariedad. El vicio de la valoración absurda de la prueba constituye, al mismo tiempo, transgresión del mandato de motivación contenido en el Nro. 14 del artículo 24 de la Constitución Política de la República, ya que la violación de las reglas de la lógica en la valoración de la prueba no constituye motivación válida, porque atenta contra la sana crítica (que es el método de valoración probatoria de general aplicación en virtud de lo que dispone el artículo 119 del Código de Procedimiento Civil) y si la motivación no es válida, jurídicamente la resolución carece de motivación, conforme lo señala el mandato constitucional antes indicado que dice "no habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho"; la falta de motivación no se da únicamente cuando se ha omitido por completo la enunciación de las normas o principios jurídicos en que se fundamenta o de la explicación de su aplicación a los antecedentes de hecho, es decir cuando hay un vacío físico, sino también cuando hay una fundamentación absurda. Si en el recurso de casación se acusa al fallo de instancia de estar viciada su resolución por fundarse en una valoración absurda de la prueba, y se explicita claramente en qué consiste este absurdo a criterio del recurrente, el Tribunal de Casación habrá de examinar el proceso para determinar si, efectivamente, se han violado o no las reglas de la sana crítica y si se ha incurrido o no en el vicio acusado" (El énfasis y resaltado es nuestro). Debemos finalmente anotar que el sentido de la garantía de la doble instancia no quiere decir, que deban existir dos "instancias" mediante la interposición de un recurso ordinario como la apelación; la garantía lo que Resolución: 154-2010 Juicio No. 124-2008 ER Actor: ASEC Demandado: MINISTERIO DE TURISMO Y OTROS busca es que una persona, frente a una sentencia dictada en su contra, tenga la posibilidad, mediante un recurso que cumpla la exigencias establecidas por la Convención Americana de Derechos Humanos, de que se revise la sentencia dictada en su contra. Una interpretación contraria a lo antes expuesto, implicaría que todos los procesos de única instancia en el Ecuador, incluido el penal, serían inconstitucionales, todas las sentencias dictadas dentro de esos procesos nulas, lo cual evidentemente ocasionaría el caos jurídico. Por lo tanto, esta Sala de Conjuces considera que con el recurso de casación se cumple la obligación de la "doble instancia" contenida en la mencionada Convención y en nuestra Constitución. En virtud de lo antes expuesto, se declara procedente el recurso de casación interpuesto, pasando a continuación a analizar cada uno de los cargos formulados. QUINTO.- Atentos al orden lógico que debe seguir el juzgador al resolver el recurso de casación interpuesto, se resolverá

primero la invocada causal quinta del artículo tercero de la Ley de Casación. Dice el actor que la sentencia no cumple con los artículos 275 y 276 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el numeral 13 del artículo 24 de la Constitución del Ecuador, es decir, alega que el fallo dictado por el Presidente de la Corte Provincial carece de la motivación adecuada. Respecto de la motivación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párrafo 107) que la motivación "es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión." Y que "...las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serán decisiones arbitrarias.". El recurrente, para sostener que la sentencia no está motivada, cita extractos de la sentencia como: "A juicio de esta Presidencia...", "Es obvio que la litis se traba...", "No hay en el proceso confirmación probatoria", "Esta Presidencia ha analizado la demanda de nulidad propuesta por la Asociación Ecuatoriana de Ecoturismo ASEC y la contestación a la misma, así como el contenido del laudo arbitral y concluye que no tiene fundamento, ni en los hechos ni en el derecho, la acción de nulidad...". Por supuesto, si se analiza de manera individual y descontextualizada a cada una de estas frases, se llegará a determinar inequívocamente que no están fundamentadas; que tan solo recogen la conclusión del proceso cognitivo realizado por el Presidente de la Corte Superior, hoy Provincial. Sin embargo, no se puede pretender dar esa lectura totalmente abstracta a las citas transcritas. Del análisis detenido del fallo, podemos observar como el juez a quo, efectivamente presenta sus argumentos: "Si el Tribunal de Arbitraje, ha acogido las objeciones de la parte demandada, se encuentra resolviendo la litis, puesto que de todas maneras, tiene que comenzar su análisis conociendo el contenido de la contestación a la misma, para una vez con los elementos probatorios introducidos legalmente por las partes, resolver lo que a su juicio sea lo justo, conforme al derecho, la ley y el contenido procesal...". Muy distinta es una sentencia a la que le falta la motivación con aquella respecto de la que no coincidimos con el razonamiento jurídico del juez. La sentencia recurrida se muestra adecuadamente motivada y la simple discrepancia que tenga el recurrente Resolución: 154-2010 Juicio No. 124-2008 ER Actor: ASEC Demandado: MINISTERIO DE TURISMO Y OTROS con el razonamiento jurídico del juzgador no es motivo suficiente para casarla por esta causa. SEXTO.- Ahora se analizará la causal tercera invocada en el escrito de casación, respecto de la cual, dice el recurrente, que se ha dejado de aplicar el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil. La causal tercera permite casar el fallo cuando el mismo incurre en inaplicar, aplicar indebidamente o interpretar en forma errónea las normas relativas a la valoración de la prueba, cuando ello ha conducido a la no aplicación o errónea interpretación de normas de derecho en el fallo impugnado. No está en la esfera del tribunal de casación revalorizar la prueba, ni juzgar los motivos que formaron la convicción del juez a quo o del tribunal ad quem. Así, la ex Corte Suprema de Justicia determinó que "...la doctrina de Casación Civil atribuye a la soberanía del Tribunal de instancia la apreciación de la fuerza probatoria de los distintos medios que no estén sujetos a tarifa legal. Esta soberanía significa que el mérito valorativo que de tales medios desprenda el Tribunal de Instancia o su desestimación al considerarlas insuficientes para adquirir su convicción, pertenecen al criterio soberano del juzgador de instancia y

no puede ser modificado por la Corte de Casación a menos que se desconozca la evidencia manifiesta que de ellos aparezca. El artículo 119 del Código de Procedimiento Civil dispone que la prueba debe ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. La doctrina de la casación lógicamente determina que no puede servir de fundamento para el recurso de casación la antedicha disposición porque lejos de contener preceptos sobre apreciación de la prueba, faculta a los Tribunales para apreciarla conforme a las reglas de la crítica racional. Las reglas de la sana crítica no se hallan consignadas en ningún precepto legal concreto y taxativo que haya podido citarse como infringido y, por lo tanto, tal expresión no obliga a la Sala de instancia a seguir un criterio determinado." (Resolución publicada en la Gaceta Judicial. Año XCV. Serie XVI. N° 4, página 893). No sólo eso, sino que además en Resolución 568 de 8 de noviembre de 1999, juicio N° 109-98 (Sarango vs. Merino), publicada en el R.O. 349 de 29 de diciembre de 1999, también sostuvo que: "la valoración de la prueba es una atribución jurisdiccional soberana o autónoma de los jueces o tribunales de instancia. El Tribunal de Casación no tiene otra atribución que la de fiscalizar o controlar que en esa valoración no se hayan violado normas de derecho que regulan expresamente la valoración de la prueba. En esta virtud, el recurrente para que prospere su recurso de casación debe cumplir las siguientes exigencias: 1. Identificar el medio de prueba en el que, a su juicio, se ha infringido la norma o normas de derecho que regulan la valoración de esa prueba; 2. Identificar la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba, que estima ha sido transgredida; 3. Demostrar, con razonamientos de lógica jurídica completos, concretos y exactos, en qué consiste la transgresión de la norma o normas de derecho que regulan la valoración de la prueba; y 4. Identificar las normas sustantivas o materiales que en la parte resolutive de la sentencia han sido equivocadamente aplicadas o no han sido aplicadas, por carambola o en forma indirecta, por la transgresión de los preceptos jurídicos que rigen la valoración de la prueba...". Queda, entonces, suficientemente explicado que no se puede invocar esta causal de casación para lograr una nueva valoración de la prueba; menos aún para Resolución: 154-2010 Juicio No. 124-2008 ER Actor: ASEC Demandado: MINISTERIO DE TURISMO Y OTROS lograr que el tribunal examine el alcance de la facultad oficiosa de los árbitros para solicitar pruebas. Así también, esta Sala de Conjuces no considera que hubiere existido una valoración absurda de la prueba por parte del Presidente de la Corte Provincial, pues entre otras cosas analiza las piezas probatorias fundamentales del caso, y en base a ese análisis llega a sus conclusiones. Finalmente, el artículo 113 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la carga probatoria, mas no a la forma en que el juez debe valorar determinadas pruebas. SÉPTIMO.- Por último corresponde analizar a esta Sala de Conjuces la causal primera: errónea interpretación del artículo 31, literal d) de la Ley de Arbitraje y Mediación en concordancia con los artículos 3, último inciso de la Ley de Arbitraje y Mediación; 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado; 4, 20 y 40 de la Ley de Consultoría, en relación con los artículos 81 y 83 de la Ley de Contratación Pública, y 108 del Reglamento a la Ley de Consultoría. Esta Sala de Conjuces considera que es pertinente mencionar que las partes han intentado que se discuta nuevamente el fondo del asunto, dentro del juicio de nulidad de laudo arbitral, o al menos han conducido sus argumentos en estrecha relación con los hechos acaecidos, cuando la competencia del Presidente de la Corte Provincial era

simplemente conocer sobre la procedencia o no de la nulidad del laudo arbitral propuesta. En todo caso, el recurrente ha alegado expresamente que el Presidente de la Corte Provincial ha interpretado erróneamente el alcance del literal d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, relacionado a los denominados vicios de incongruencia de los fallos. Para poder dilucidar esta cuestión es importante determinar cuándo efectivamente existe un vicio de incongruencia. La letra d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, establece como una de las causales para que un laudo sea nulo, que dicho laudo contuviera alguno de los denominados vicios de incongruencia, particularmente los vicios extra y ultra petita. Esta Sala anota que dicho literal no contempla el vicio de citra petita. El alcance de los vicios de incongruencia han sido profundamente tratados por la Jurisprudencia de esta Corte; es así que se ha determinado que estos vicios implican inconsonancia o incongruencia resultante de la confrontación de la parte resolutive del fallo con las pretensiones de la demanda y con las excepciones propuestas: "...esta Sala ha analizado las diferentes proyecciones del principio de congruencia, sosteniendo que el principio de la congruencia que toda decisión judicial debe observar delimita su contenido, en tanto cuanto ésta debe proferirse de acuerdo con el sentido y alcance de las pretensiones o impugnaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas a fin de que exista la identidad jurídica entre lo pedido y lo resuelto. La incongruencia es un error in procedendo que tiene tres aspectos: a) Cuando se otorga más de lo pedido (plus o ultra petita); b) Cuando se otorga algo distinto a lo pedido (extra petita); y, e) Cuando se deja de resolver sobre algo pedido (citra petita o infra petita). Entonces como instrumento de análisis, el defecto procesal de incongruencia debe resultar de la comparación entre la súplica de la demanda, la contestación y la parte dispositiva de la sentencia. El artículo 277 del Código de Procedimiento Civil establece que la sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre los que se trabó la litis; lo que quiere decir la norma es que el Juez debe resolver no sólo aquello que fue objeto de la demanda, Resolución: 154-2010 Juicio No. 124-2008 ER Actor: ASEC Demandado: MINISTERIO DE TURISMO Y OTROS sino también sobre lo que fue materia de la contestación dada por cada uno de los demandados. Estos son, pues, los límites de la controversia. 2) La "causa petendi" o causa de pedir se ha definido como aquella situación de hecho jurídicamente relevante y susceptible, por tanto, de recibir la tutela jurídica solicitada. La causa petendi puede entenderse en un sentido restrictivo o en un sentido amplio; en el primero, la causa de pedir se reduciría a la sola fundamentación fáctica, al conjunto de hechos, a las circunstancias concretas o al relato histórico sobre los que el actor basa su petición; en sentido amplio, la causa de pedir estaría formada por dos elementos: el fáctico (conjunto de hechos, circunstancias concretas, relato histórico) y el elemento jurídico o normativo (el título jurídico en virtud del que pide; la subsunción de los hechos en una norma jurídica que otorgue la eficacia que el actor pretende). Históricamente se ha admitido el sentido restrictivo, de allí los aforismos latinos "iura novit curia" y "da mihi factum dabo tibi ius", que expresan que la causa petendi está constituida únicamente por los hechos alegados, el acaecimiento histórico, la relación de hechos que, al propio tiempo que la delimitan, sirve de fundamento a la pretensión que se actúa, y es el Juez quien ha de señalar el derecho que corresponde aplicar a tal fundamentación fáctica; los tribunales no tienen la obligación, y tampoco la necesidad de ajustar los

razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes, y bien pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, puesto que ello significa, precisamente el antes señalado aforismo "iura novit curia", porque es suficiente que las partes le den los hechos para que el Juez les dé el derecho: "da mihi factum dabo tibi ius". Nuestro ordenamiento jurídico recoge el principio iura novit curia en el artículo 284 del Código de Procedimiento Civil y por ello los jueces y tribunales están obligados a suplir las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, siempre y cuando los fundamentos de hecho relatados por la parte actora en su demanda sean pormenorizados y explícitos y su petición clara y concreta; lo propio cabe decir de la contestación a la demanda; de tal manera que el juzgador pueda establecer con certeza cuál es la norma legal aplicable al caso específico. El artículo 71 del Código de Procedimiento Civil determina que la demanda debe ser clara y contendrá, entre otros requisitos, "3.- Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión; 4.La cosa, cantidad o hecho que se exige;...". Es exigencia de la debida determinación del petitium que los hechos que sirven de fundamento a la demanda sean narrados o expresados de forma ordenada y clara, de manera tal que los fundamentos de derecho referidos por el demandante a tales hechos, puedan conducir al juzgador a pronunciar una resolución sobre el fondo del conflicto planteado por el actor. De la misma manera, el artículo 106 del Código de Procedimiento Civil prescribe que el demandado al contestar a la pretensión deducida, debe redactarla en forma ordenada y clara, negando o admitiendo los hechos invocados por el actor, y deduciendo las excepciones que estime convenientes, proponiendo al mismo tiempo, y de ser permitido, -reconvención, la cual cumplirá con iguales requisitos que los exigidos al actor para formular su petitium; ambas partes, por lo tanto, están en la obligación de expresar con claridad Resolución: 154-2010 Juicio No. 124-2008 ER Actor: ASEC Demandado: MINISTERIO DE TURISMO Y OTROS cuáles son los fundamentos de hecho y de derecho de sus pretensiones, y cuál es la tutela jurídica que reclaman, o fundamento dederecho de su pretensión. Ahora bien, los hechos no pueden ser susceptibles de modificación alguna, una vez que se haya establecido el objeto del proceso en la demanda, contestación y reconvención, en su caso, y vencido el término para reformar sea la demanda (artículo 74) o la contestación (artículo 108), las partes no pueden alterar posteriormente dicho objeto, ya que la actuación procesal de cada una de ellas está condicionado por lo manifestado por la otra. Es muy ilustrativo lo que dice al respecto la Ley de Enjuiciamiento Civil española, en su artículo 218, primer apartado, segundo párrafo, después de prescribir la necesidad de que las resoluciones sean exhaustivas y congruentes, precisa: "El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes." Se advierte que, de una parte el juzgador no puede variar los fundamentos de hecho ya que deproceder así incurre en incongruencia; y de otra, que puede corregir el fundamento jurídico si fue mal alegado por las partes, dictando sentencia congruente con el derecho. El juzgador debe disponer que se aclare o complete la demanda o la contestación (artículos 73 y 106 inciso final del Código de Procedimiento Civil), pero si de hecho no lo hace y la demanda o la

contestación resulta obscura, por un principio de economía procesal al momento de resolver habrá de interpretar la demanda o la contestación para establecer el verdadero sentido de dichos actos procesales, pero ni en virtud de esta reglade economía ni en aplicación del principio iura novit curia está facultado, a pretexto de interpretar los hechos invocados por las partes, darles un alcance distinto del que aquellas les han otorgado, ya que de proceder así estaría incurriendo en el vicio de incongruencia. Al igual que está vedado a las partes innovar, también a los jueces y tribunales les está prohibido modificar, en definitiva innovar, la causa petendi. La interpretación, en consecuencia, en ningún caso implicará cambio de la causa de pedir: éste es un principio fundamental que, de ser transgredido por el Tribunal de última instancia, podrá ser impugnado por la causal cuarta del artículo 3 de la Ley de Casación, ya que la resolución adolecerá del vicio de incoherencia, por incurrirse en extra petita (por haberse resuelto sobre asunto extraño al litigio) y en infra petita (por no haberse decidido sobre lo que fue material de la litis)” (el énfasis y resaltado es nuestro). (Resolución número 123-2003, publicada en el Registro Oficial número 127 de 17 de julio de 2003; y Resolución No. 507 de 20 de diciembre de 2000, publicada en el Registro Oficial 284 de 14 de marzo de 2001). Revisada la sentencia dictada por el Presidente de la Corte Provincial, en particular el número 5 dentro del considerando cuarto, esta Sala considera que efectivamente dicho Juez interpretó indebidamente el verdadero alcance de los vicios de incongruencia, pues según el fallo, el hecho de se niegue la demanda no implica bajo ningún concepto que exista incongruencia, pero nunca entra a analizar si efectivamente el Tribunal Arbitral alteró la causa petendi (hechos) del caso, pues al parecer para el Presidente de la Corte, para determinar si existe incongruencia solo debe Resolución: 154-2010 Juicio No. 124-2008 ER Actor: ASEC Demandado: MINISTERIO DETURISMO Y OTROS revisar las pretensiones y excepciones establecidas por las partes, lo cual como hemos visto, implica una indebida interpretación del alcance de la institución de la incongruencia. En virtud de lo anterior, considerando procedente, esta causal alegada por el recurrente, esta Sala de Conjuces casa el fallo dictado por el Presidente de la Corte Provincial, y sobre la base de lo establecido en el artículo 16 de la Ley de Casación, procede el dictar el fallo que en derecho corresponde. OCTAVO.- Comparece el doctor Pablo Sarzosa Játiva en su calidad de Procurador Judicial de la Asociación Ecuatoriana de Ecoturismo, ASEC, e interpone acción de nulidad en contra del laudo arbitral dictado el 10 de octubre de 2006, a las 9h30 dentro del proceso arbitral No. 58-05 llevado a cabo al interior del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Resumiendo de manera sucinta la pretensión de la parte actora diremos que alega que existe nulidad del laudo arbitral dictado pues este incurrió en las causales b), c) y d) del artículo 31 de la Ley de Casación. Mientras que la parte demandada interpuso las siguientes excepciones; por parte del Ministerio de Turismo (i) la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, (ii) falta de derecho del actor para interponer la acción de nulidad y (iii) ilegítimo contradictor; mientras que la Procuraduría General del Estado interpuso las siguientes (i) negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho; (ii) improcedencia de la acción porque el actor no cumplió con una cláusula del contrato suscrito y porque el laudo arbitral no “cumple” con la causal del literal d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación; (iii) falta de derecho del actor; y

(iv) nulidad del trámite. NOVENO.- Respecto de que el laudo arbitral ha incurrido en los vicios establecidos en los literales b) y c) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación esta Sala de Conjuces, una vez revisados los recaudos del proceso arbitral, no encuentra evidencia alguna que (i) no se hubiere notificado a ASEC con alguna providencia y peor aún que se hubiere impedido el ejercicio del derecho a la defensa como consecuencia de dicha omisión; y (ii) tampoco encontramos evidencia sólida que confirme que no se hubiere practicado alguna prueba, pero lo que es más importante, esta Sala no considera que la prueba que alega el actor no se cumplió, tenga relación con el fondo de la cuestión tratada, más bien la propia actora establece que dicha prueba nada tenía que ver con la materia controvertida. Por lo que respecto de estos dos literales esta Sala considera que la parte actora no las ha probado debidamente. DÉCIMO.- Sobre la causal d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, la actora realiza una larga argumentación la cual se puede resumir en el hecho de que de acuerdo con dicha parte, el Tribunal Arbitral basó su fallo, y el rechazo como tal de la demanda arbitral planteada, en un hecho que nunca formó parte del proceso. Dicho hecho se refiere a que de acuerdo con el contrato suscrito entre ASEC y el Ministerio de Turismo previo a la realización del último pago, y sin perjuicio de haberse ya suscrito el acta entrega recepción definitiva, debía obtenerse por parte de la actora la aprobación del denominado informe final. En este punto debemos aclarar que no es función de este Tribunal entrar a analizar el cumplimiento o no de las obligaciones de las partes en relación al contrato suscrito, simplemente su tarea es la de determinar si analizando la demanda arbitral y su contestación el Tribunal Arbitral que conoció el caso efectivamente Resolución: 154-2010 Juicio No. 124-2008 ER Actor: ASEC Demandado: MINISTERIO DE TURISMO Y OTROS cayó en un vicio de incongruencia. Revisada tanto la demanda arbitral interpuesta, así como las contestaciones realizadas por el Ministerio de Turismo y la Procuraduría General del Estado, encontramos que efectivamente ni en los hechos relatados ni en las excepciones interpuestas se hace alegación alguna respecto del supuesto incumplimiento contractual por parte de la actora. Como ya se señaló en este fallo en su considerando séptimo, la causa petendi está formada por aquellos hechos que las partes exponen como relevantes y premisa de sus pretensiones y excepciones. La aprobación del informe final, elemento determinante en el laudo del Tribunal Arbitral para rechazar la demanda, es un hecho que nunca fue alegado ni mencionado por alguna de las partes. Ninguna prueba solicitada por las partes apuntaba a probar el hecho de la falta de dicha aprobación; fue el Tribunal el que solicitó la prueba de un hecho que nunca formó parte de la causa petendi (de los hechos). En definitiva, el laudo dictado por el Tribunal Arbitral efectivamente adolece de un vicio de incongruencia, pues resolvió el caso apartándose de la causa petendi establecida por las partes. DÉCIMO PRIMERO.- En este punto es importante hacer un análisis de lo dicho por el Ministerio de Turismo tanto en la contestación de la acción de nulidad como en la audiencia de estrados llevada a cabo ante este Tribunal, en el sentido de que la excepción de negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda arbitral implicaba que en el fondo se había alegado como excepción el incumplimiento del contrato (incluso el Ministerio dice en la contestación a la demanda arbitral que existe incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del actor, pero nunca dice en qué consistía dicho incumplimiento y tampoco hace mención a esta situación en la contestación a la acción de nulidad de laudo), y que por tanto era

procedente que el Tribunal Arbitral entre a conocer si efectivamente la parte actora había cumplido o no con el contrato. La negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho ya ha sido analizada por varios fallos de esta Corte (Resoluciones No. 133-99, publicada en el Registro Oficial No. 162 de 5 de abril de 1999; No. 439.2000, publicada en el Registro Oficial 281 de 9 de marzo del 2001; Resolución No. 285-2001, publicada en el Registro Oficial 420 de 26 de septiembre del 2001), y se ha recogido la "opinión del maestro Víctor Manuel Peñaherrera: 'Efecto jurídico de la excepción simplemente negativa y en general, de las contestaciones vagas y de las reticencias. La omisión de nuestro código respecto de las expresiones que deben ser obligatorias al demandado, dio lugar a que en el foro fuera generalizándose la creencia de que las contestaciones más hábiles y seguras eran las más vagas y lacónicas, capaces de ser interpretadas con toda la amplitud que el mismo demandado quisiese. Contestar simplemente no debo a una demanda por el pago o entrega de cualquier cosa, o por el cumplimiento de cualquier obligación, se consideraba, en todo caso, como lo más conveniente y acertado; porque si el demandante no rendía suficiente prueba de su derecho, nada tenía que hacer el demandado, y si la presentaba, le quedaba a éste campo expedito para defenderse, comprobando el pago, la prescripción, la novación, la compensación, etc; todo lo cual se creía comprendido en la frase no debo. Y si los primeros esfuerzos del demandado le fracasaban, podía él desenvolver sucesivamente su amplísima e ilimitada contestación, e ir ensayando la Resolución: 154-2010 Juicio No. 124-2008 ER Actor: ASEC Demandado: MINISTERIO DETURISMO Y OTROS prueba de todas las excepciones posibles hasta que alguna le resultase eficaz; de manera que, si el juez de primera instancia había fallado, declarando, v. gr., que la excepción de pago no estaba comprobada, y que en consecuencia, se admitía la demanda, el tribunal de apelación podía declarar, en virtud de las pruebas de segunda instancia, extinguida la misma deuda por remisión o por prescripción, siendo así que sobre estos puntos nada había dicho el inferior, por no habérselos discutido ni alegado en primera instancia. Ruidosa discusión suscitose a este respecto en el Tribunal Supremo, a propósito de un cuantioso litigio, entre el antiguo Banco Internacional y el Gobierno; y desde entonces triunfó el verdadero principio de que en la contestación del demandado no se han de considerar deducidas otras excepciones que las expresas o las que de un modo preciso e inequívoco se infieran de las expresiones en ella consignadas. En consecuencia, la contestación simplemente negativa, o bien la frase no debo u otra equivalente, se estima como una simple negación de los fundamentos de la demanda, esto es de los hechos constitutivos de la acción; y no comprende la excepción de pago ni la prescripción, remisión, etc., es decir, ninguna de aquellas que deben fundarse en hechos positivos diversos de los que dieron origen al derecho del actor; hechos que, por lo mismo, deben ser clara e inequívocamente alegados por el demandado, para que puedan considerarse como puntos controvertidos, y servirle defundamento a su defensa. Sólo así resulta que, al tiempo de la litis contestación, conozcan ambas partes y el juez, a punto fijo, cuáles son los hechos controvertidos; cuáles los que deberán ser comprobados por una u otra de las partes en el segundo período del juicio, y constituirán, en el tercero, la materia de la sentencia. Esto es lo legal y científico, dentro del concepto esencial del juicio y de los tres períodos en que se divide; y sólo así se asegura el que los Tribunales de segunda y tercera instancia se limiten, como deben limitarse, a la revisión de lo resuelto en primera instancia, sin

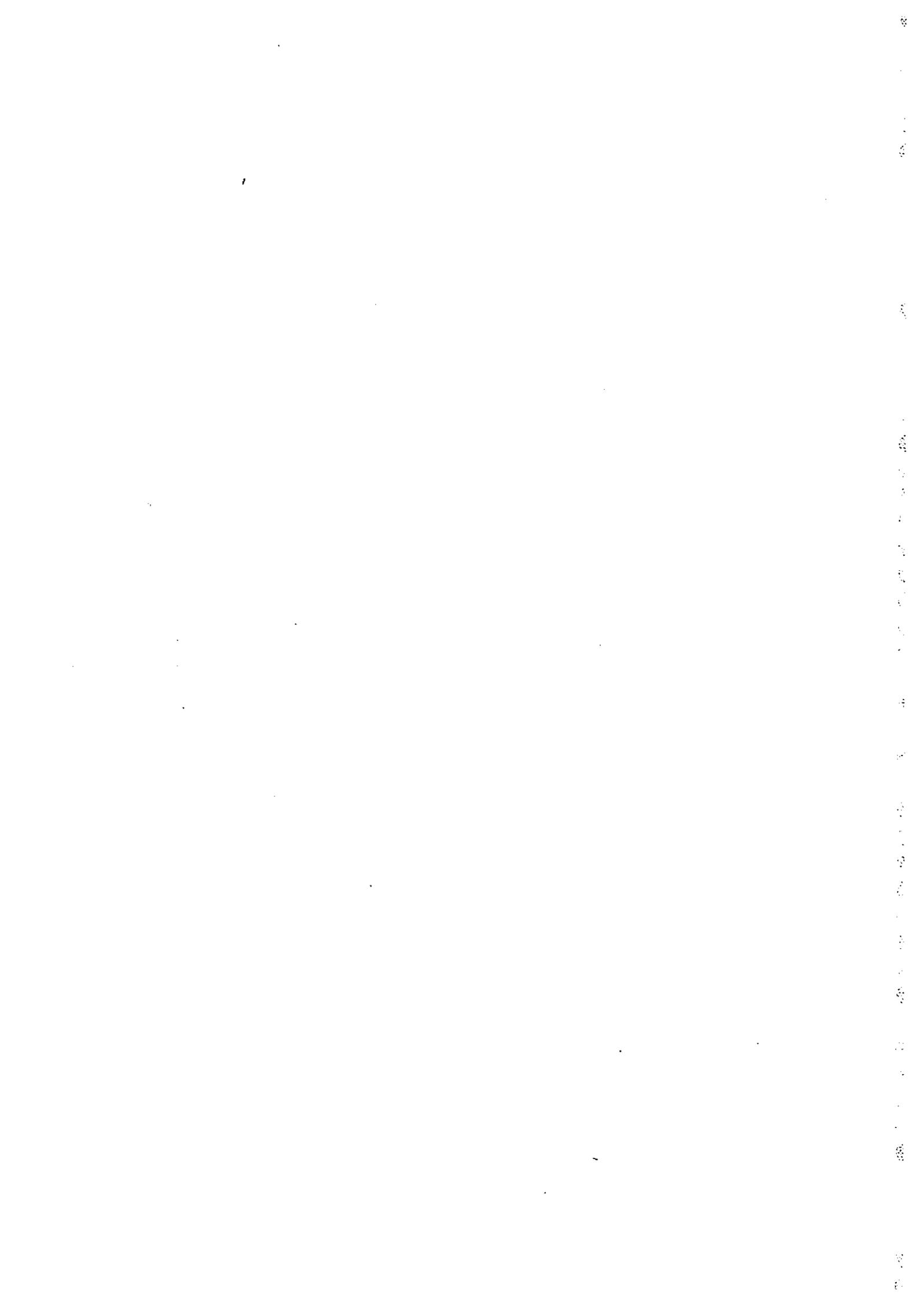
creerse llamados a fallar sobre nuevas cuestiones no planteadas ni discutidas ante el inferior' (Lecciones de Derecho Práctico Civil y Penal, Tomo I, Imprenta Julio Sáenz, 1912, páginas 457 a. 459). En igual sentido el autor colombiano Hernando Devis Echandía sostiene que 'cuando el demandado o el imputado se contentan con negar los elementos de derecho o de hecho de la demanda o de la imputación o con afirmar su inexistencia, ciertamente hay discusión de la pretensión, pero no existe excepción, sino una simple defensa'; por el contrario cuando el demandado afirma 'la existencia de hechos distintos de los que presenta la demanda o circunstancias o modalidades diferentes de los contenidos en ésta, con el objeto de plantear nuevos fundamentos de hecho que conduzcan a la desestimación de las pretensiones del demandante; en estos casos se dice que propone o formula excepciones' (Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I, Bogotá, 1996, página 237)." (Resolución No. 20-99, publicada en el Registro Oficial No. 142 de 5 de marzo de 1999) (el énfasis y resaltado es nuestro). Como vemos entonces, el único efecto real de la negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda (cuando se establece como única defensa), es que la carga absoluta de la prueba recae sobre el actor, nada más. Por lo tanto, no es para nada exacta la afirmación realizada por el Ministerio de Turismo de que por el simple Resolución: 154-2010 Juicio No. 124-2008 ER Actor: ASEC Demandado: MINISTERIO DE TURISMO Y OTROS hecho de alegar la negativa pura y simple, el Tribunal Arbitral estaba autorizado a revisar el cumplimiento de todo el contrato. Si dicha institución quería establecer como excepción (o defensa en términos más amplios) el hecho de que la actora no había cumplido con las exigencias contractuales para tener derecho al pago, puesto que no había obtenido la aprobación del informe final, así debía decirlo en su contestación, cosa que no hizo. Por lo tanto, ese hecho, el no cumplimiento del contrato por parte de la actora al no obtener la aprobación del informe final, nunca formó parte de la causa petendi del proceso arbitral. DÉCIMO SEGUNDO.- Por otro lado, es importante analizar el resto de excepciones propuestas por las demandadas dentro del proceso arbitral. Cabe indicar, como se ha vuelto costumbre dentro del foro ecuatoriano, que tanto la contestación de la Procuraduría General del Estado como la del Ministerio de Turismo establecen excepciones generales y vagas que no tienen relación alguna con los hechos que dichas instituciones someramente alegan. La Corte se ha expresado de esta manera respecto de estas excepciones rituarías: "las expresiones vagas y genéricas utilizadas en la contestación a la demanda, tales como "Alego nulidad del proceso por violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto mismo"; "No me allano a ninguna nulidad procesal de este infundado juicio por omisión de solemnidades sustanciales... "; [o la que se esgrime en el caso bajo análisis: "Sin allanarme a las evidentes causas de nulidad que registra el proceso..."]; de modo alguno significa que se invoque la excepción de falta de legitimación en la causa o en el derecho, ya que en el fondo son fórmulas rituarías carentes de significación y eficacia procesal como verdaderos medios de defensa o excepciones"; "el repetir fórmulas rituarías, como lo es la de redargüir la falsedad u objetar la legitimidad de un documento privado, puede caer en el empleo de fraseología intrascendente"; "No basta con decir que se impugna una prueba; se ha dedeterminar concretamente por qué se considera que es falsa o ilegal, y demostrar estos vicios probatorios". (Resoluciones No. 105-2001 publicada en el Registro Oficial 417, 21 de Septiembre del 2001; No. 1722001

publicada en el Registro Oficial 521, 25 de Febrero del 2002; y, No. 68-2001 publicada en el Registro Oficial 420, 26 de Septiembre del 2001). Indudablemente el interponer una demanda, o contestarla, trae implícita la obligación de las partes (una verdadera carga procesal) de fundamentar adecuadamente tanto sus pretensiones como sus excepciones. Toda pretensión, y sobre todo toda excepción, deben encontrar su fundamento en el contenido de los hechos expuestos, caso contrario se vuelven fórmulas de defensa genéricas sin ningún contenido real, las cuales deben ser rechazadas por los jueces por carecer de la claridad que exige el ordenamiento jurídico ecuatoriano (artículo 67 números 3 y 4, y artículo 102 números 2 y 3 del Código de Procedimiento Civil). Por lo tanto, ninguna de las excepciones contenidas en las contestaciones a la demanda arbitral, le autorizaban al Tribunal Arbitral a tomar en cuenta un hecho que nunca fue parte de la litis, y sobre el cual dicho Tribunal falló. En virtud de lo antes expuesto ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, se rechazan las excepciones interpuestas por las demandadas y se acepta la Resolución: 154-2010 Juicio No. 124-2008 ER Actor: ASEC Demandado: MINISTERIO DE TURISMO Y OTROS acción de nulidad interpuesta por ASEC y en consecuencia se declara la nulidad del laudo arbitral dictado el 10 de octubre de 2006, a las 9h30 dentro del proceso arbitral No. 58-05 seguido por ASEC contra el Ministerio de Turismo y se ordena remitir el expediente del proceso arbitral al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, para que éste proceda a la conformación de un nuevo Tribunal Arbitral, de acuerdo al contenido de la cláusula compromisoria suscrita por las partes, para que este dicte un nuevo laudo. Notifíquese.- F) Drs. Marcelo Páez Sánchez, Dana Abad Arévalo y Fausto Raymond Cornejo.- CONJUECES PERMANENTES DE LA SALA CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA y Dr. Carlos Rodríguez García SECRETARIO RELATOR que certifica. En Quito, dos de marzo de dos mil diez, a partir de las once horas con treinta minutos, noifiqué con la vista en relación y resolución que anteceden a: Dr. Pablo Sarsoza Jativa ASEC por boleta en los casilleros judiciales Nos. 5682 y 4896; a Dr. Hernán Sombrierilla MINISTERIO DE TURISMO por boleta en el casillero judicial No. 4269; y a PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO por boleta en el casillero judicial No. 1200.- Certifico.- F) Dr. Carlos Rodríguez García SECRETARIO RELATOR CERTIFICO: Que las dieciséis (16) copias fotostáticas que anteceden son auténticas, ya que fueron tomadas del cuadernillo de casación original; del juicio de nulidad de laudo arbitral; No. 124-2008ER, que sigue ASEC contra MINISTERIO DE TURISMO.- Quito, 17 de Marzo de 2010.



ANEXO XII





REDACTAR
Recibidos (4)
Destacados
Importantes
Antonella
Nicolás Ricardo Muñiz

Xavier Andrade

Añadir a círculos



Mostrar detalles

2. 2) Según su criterio, la amplia discrecionalidad que brinda al juez lo dispuesto en el artículo 31 de la LAM, en relación a los recursos que caben sobre la sentencia que resuelve la acción de nulidad del laudo arbitral, y las reglas del juego a seguirse durante la sustanciación del proceso, ¿Puede servir como herramienta para los jueces sesgados a favor de una de las partes para dilatar el cumplimiento del laudo o incluso anularlo fuera de las causales previstas en la Ley?

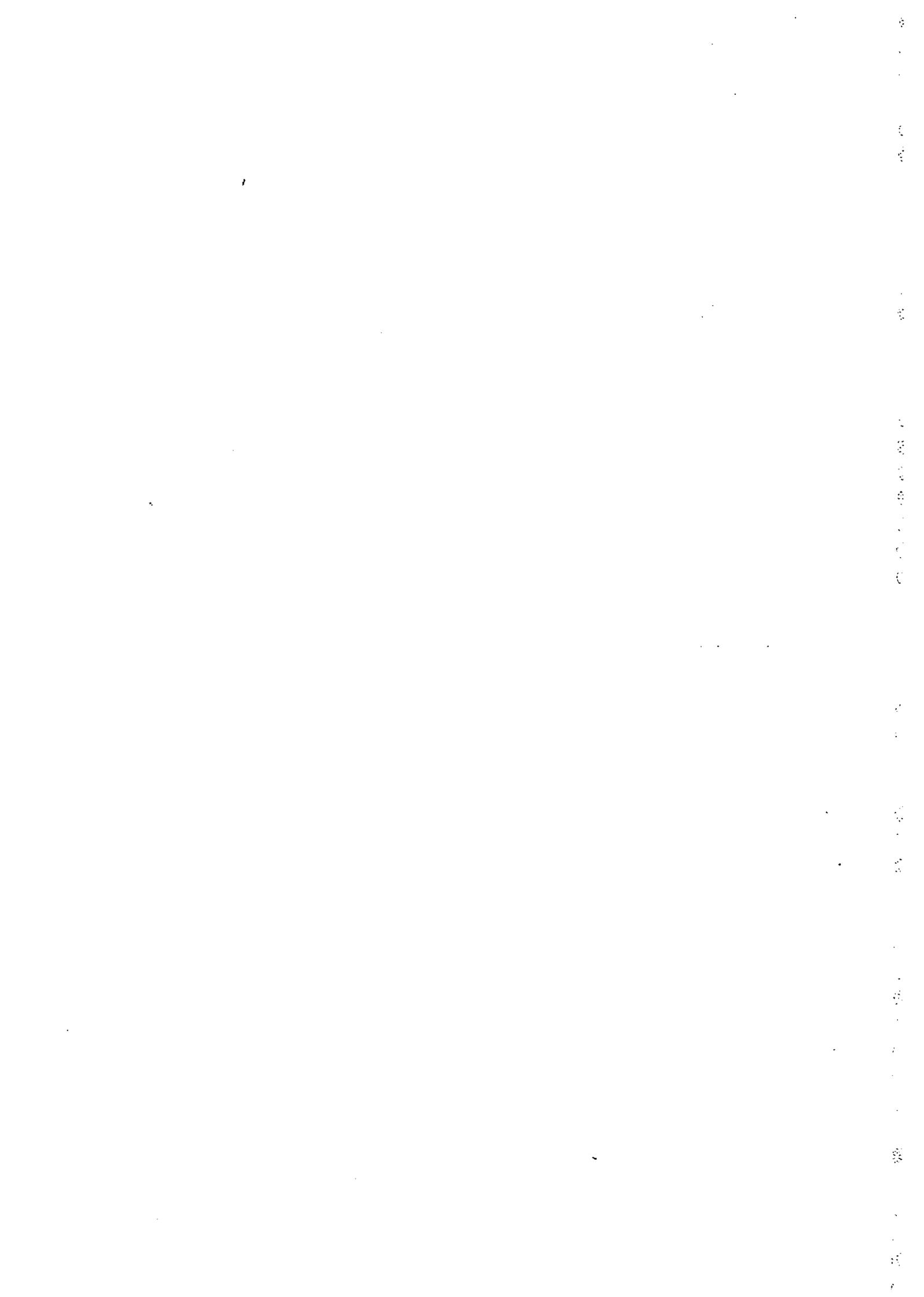
3. 3) El Código Orgánico General de Procesos busca transformar la justicia en términos de celeridad y eficiencia, en este orden ¿Considera Usted que la simplificación de los procedimientos ordinarios, puede poner en peligro de alguna manera la institución del arbitraje en el Ecuador?

Le agradezco de antemano su atención; su respuesta sin duda brindará un aporte y realce muy importantes a mi trabajo.

Saludos Cordiales,

Xavier Andrade <xandradae@andradeveloz.com>
para mi

27 abr



REDACTAR
Recibidos (4)
Destacados
Importantes

Antonella
Nicolás Ricardo Muñiz

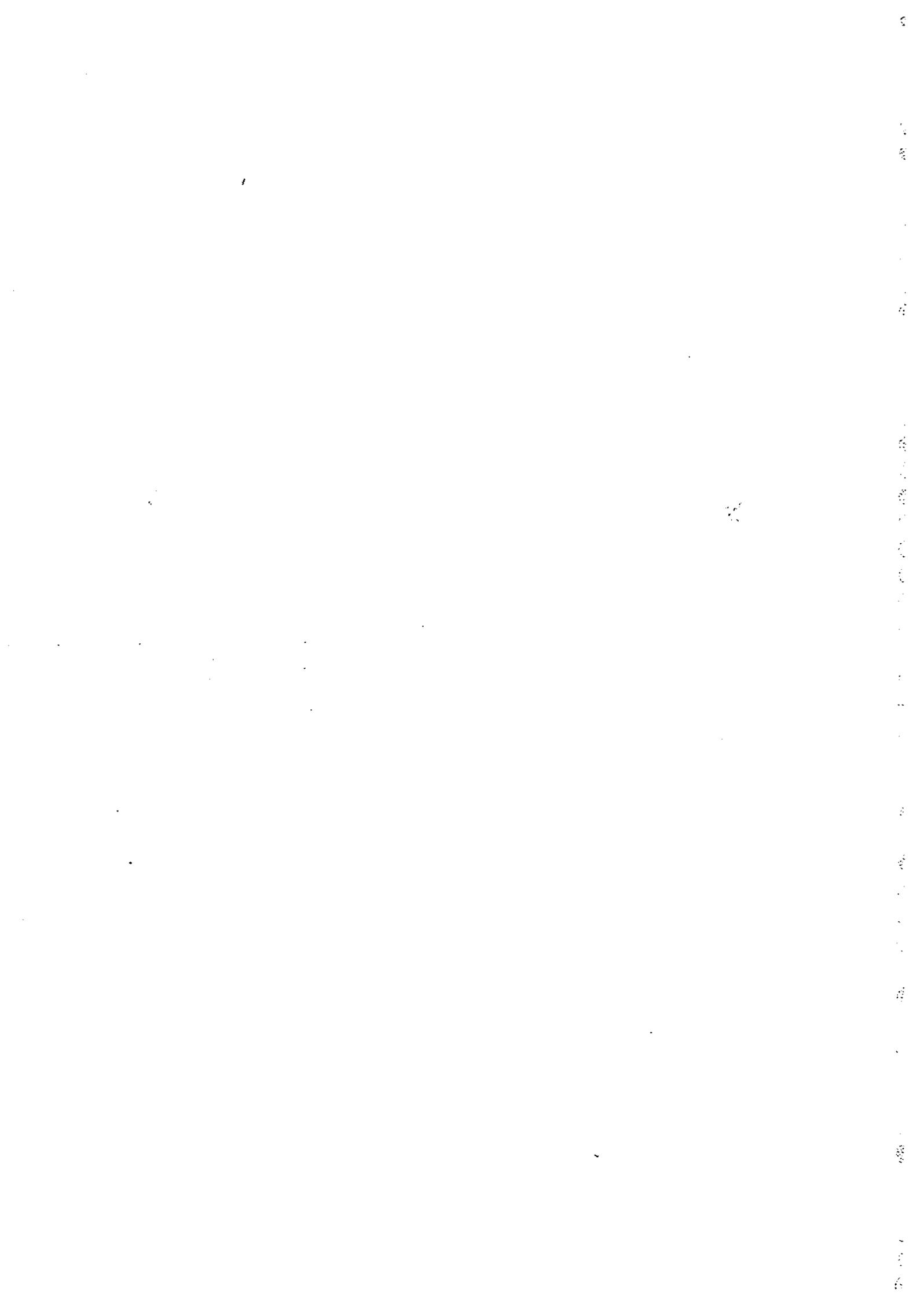
27 abr.

Xavier Andrade
Desactivar para: español x
Mostrar detalles

Xavier Andrade <xandrade@andradevelez.com>
para mí

español > cebuano Tractar mensaje
Estimada Antonella:
Con gusto respondo tus preguntas (abajo).
Saludos,
Xavier Andrade Cadena

ANDRADEVELOZ | **Since 1974** | **Headed to Chambers & Partners 2014, 2015, 2016**
A B O G A D O S
Av. República 396 y Almagro
Ed. Feruni 300, of. 504
Quito, Ecuador
Tel: (593 2) 2508040
Móvil: (593 9) 8350080
www.andrad-velez.com



Antonella v
Nicolás Ricardo Mujit

Estimado Dr. Xavier Andrade Cadena
En primer lugar le extiendo un cordial saludo, mi nombre es Antonella Cordero, soy estudiante de la Universidad del Azuay, actualmente estoy realizando mi Trabajo de Titulación para la obtención del título de Abogada, el tema es: "El arbitraje y la justicia ordinaria: la acción de nulidad del laudo arbitral en la legislación ecuatoriana".

Para la culminación del mismo me gustaría poder contar con el criterio de abogados expertos en la materia, especialmente con el suyo propio por tener amplia experiencia en materia de arbitraje nacional e internacional; por lo que le estaría muy agradecida si puede responder a las siguientes preguntas que son muy importantes para la realización de mi trabajo:

1. 1) Tomando en consideración que por regla general la anulación del laudo solo puede invalidarlo de manera total o parcial, o afirmar su validez, sin modificar el contenido del mismo, A su criterio, ¿Podía el Comité de anulación constituido para caso Occidental Exploration & Production Co. Vs. Ecuador vía nulidad del laudo, reducir el monto de la indemnización que le corresponde pagar al Estado Ecuatoriano a favor de la petrolera OXY?

Es un tema difícil y no creo que exista una posición unánime. Personalmente, creo que no era posible reducir el monto vía anulación y se debía, como tú sugieres, anular parcialmente el laudo sin modificar el monto. La pregunta, sin embargo, es ¿qué otra alternativa tenía el tribunal? ¿Enviar a las partes a un nuevo y costoso proceso para definir el monto? El argumento del tribunal de la economía procesal es interesante. Te paso una nota de nuestro blog al respecto. <http://andradexveloz.com/blog.php?idio=esp&idSubCap=174>

2. 2) Según su criterio, la amplia discrecionalidad que brinda al juez lo dispuesto en el artículo 31 de la LAM, en relación a los recursos que caben sobre la sentencia que resuelve la acción de nulidad del laudo arbitral, y las reglas del juego a seguirse durante la sustanciación del proceso, ¿Puede servir como herramienta para los jueces sesgados a favor de una de las partes para dilatar el cumplimiento del laudo o



Xavier Andrade

Añadir a círculos



Ver detalles

incluso anularlo fuera de las causales previstas en la Ley?

En toda legislación existen causales de nulidad de laudos. El control que realizan los jueces es legítimo. Ahora, si existen casos de parcialidad o de extralimitación, estamos frente a otro tipo de problema. La redacción del art. 31 no es ideal, pero permite realizar un examen de la regularidad procesal de los laudos, siempre y cuando los jueces aplican la norma correcta y limitadamente (no extensivamente).

3. 3) El Código Orgánico General de Procesos busca transformar la justicia en términos de celeridad y eficiencia, en este orden ¿Considera Usted que la simplificación de los procedimientos ordinarios, puede poner en peligro de alguna manera la institución del arbitraje en el Ecuador?

Creo que no. El arbitraje siempre será un método "alternativo" a la justicia ordinaria. Es decir, mientras exista la justicia ordinaria, existirá una opción distinta y alternativa (jurisdicción voluntaria). Lo que sugiere (al menos hipotéticamente) es que el COGEP mejore el sistema de justicia a tal punto de que la sociedad vuelva a confiar en la justicia ordinaria y no tenga un motivo para recurrir a arbitraje. Sin embargo, dudo que un código pueda corregir los problemas estructurales que sufre nuestra justicia. Una nueva ley no curará sus enfermedades.

Adicionalmente, inclusive en los países con los mejores sistemas de justicia ordinaria (ej. Suiza, Francia), el arbitraje ha seguido creciendo debido a las ventajas que supone frente a la justicia ordinaria (ej. neutralidad, especialización, tiempos, etc.)

Le agradezco de antemano su atención; su respuesta sin duda brindará un aporte y realce muy importantes a mi trabajo.

Espero que mis comentarios sean de utilidad. Estoy a las órdenes.

Saludos Cordiales,

Antonella Cordero.

