



**“La Tutela Judicial Efectiva: Aplicación y Vigencia en el Arbitraje”**

**Trabajo de Grado previo a la obtención del título de Abogado de los  
Tribunales de Justicia de la República del Ecuador**

**Autor**

María Gabriela Cordero Vásquez

**Director**

Dr. Esteban Xavier Segarra Coello

Cuenca - Ecuador

2014

## **DEDICATORIA**

A mi familia: Pablo, Fanny, Pablo Andrés y Esteban.

Y de manera especial a mi abuela Inés.

## CONTENIDO

<b>RESUMEN:</b> .....	<b>v</b>
<b>INTRODUCCIÓN:</b> .....	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I: EL ARBITRAJE</b> .....	<b>3</b>
1.1 Nociones generales.....	3
1.1.1 Definición: .....	3
1.1.2 Características del Arbitraje: .....	4
1.1.3 Cláusula Arbitral:.....	6
1.1.4 El laudo arbitral: .....	17
1.1.4.2 Ejecución del Laudo Arbitral: .....	20
1.1.5 Clases de Arbitraje: .....	20
1.2 Orígenes del Arbitraje:.....	21
1.2.1 El Arbitraje en el Derecho Romano: .....	22
1.2.2 El Arbitraje en la Edad Media.....	24
1.2.3 El Arbitraje en la Edad Moderna:.....	25
1.2.4 Arbitraje en la Actualidad: .....	25
1.3 Desarrollo del Arbitraje en el Ecuador.....	26
1.4 Naturaleza Jurídica del Arbitraje:.....	28
1.4.1 Teoría Contractualista: .....	29
1.4.2 Teoría Procesalista: .....	31
1.4.3 Teoría Mixta: .....	34
1.5 Fundamento del Arbitraje.....	35
<b>CAPÍTULO II: EL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA</b> .....	<b>37</b>
2.1 Nociones generales del debido proceso .....	37

2.2 Las garantías básicas del Debido Proceso: .....	39
2.2.1 Derecho a la defensa: .....	40
2.2.2 Titularidad del derecho: .....	41
2.3 La tutela "judicial" efectiva:.....	41
<b>CAPITULO III : EL ARBITRAJE, SU REGULACIÓN CONSTITUCIONAL, EFECTOS DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES EN EL ARBITRAJE.....</b>	<b>47</b>
3.1 Reconocimiento Constitucional del Arbitraje: .....	47
3.2 El debido proceso en el Arbitraje.....	47
3.3. Control de Legalidad de los Laudos: Acción de Nulidad: .....	59
3.3.1 Causales:.....	60
3.3.2 Órgano Competente:.....	62
3.3.3 Término para interponer la acción: .....	62
3.3.4 Trámite de la Acción de Nulidad:.....	63
3.4. Acción Extraordinaria de Protección en Laudos Arbitrales: .....	69
3.4.1 Regulación: .....	69
3.4.2 Procedencia: .....	70
<b>CONCLUSIONES: .....</b>	<b>76</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA: .....</b>	<b>80</b>

## **RESUMEN:**

El arbitraje, como medio alternativo de solución de conflictos, es un sistema de administración de justicia por el que se sustrae de conocimiento y resolución de una determinada controversia de la justicia ordinaria, y se faculta a un órgano privado para que conozca y resuelva la misma. La tutela judicial efectiva y el debido proceso son derechos fundamentales, constitucional e internacionalmente reconocidos y garantizados, que deben estar presente en todo proceso, tanto en el ámbito público como en el privado, más aún en la administración de justicia, por lo que su vigencia no es ajena al arbitraje que tiene sus características y particularidades propias, recordando que el fundamento para acudir a este proceso es la autonomía de la voluntad de las partes, en ejercicio del derecho también fundamental y constitucional de la libertad.

## ABSTRACT

Legal arbitration, as an alternative means for the resolution of a conflict, is a system of administration of justice which escapes the judicial actions of a dispute in ordinary courts and empowers a private authority to take a case over and resolve it. Both effective judicial protection and due process are fundamental rights which are constitutionally and internationally recognized and guaranteed. They must be present in every process, both in public and private spheres, especially in the administration of justice, this being the reason that their applicability is not foreign to legal arbitration, which has its own characteristics and peculiarities. It must be stated that autonomy of the will of the intervening parties and the exercise of their fundamental and constitutional freedom are the basis to participate in this kind of process.



Translated by,

Rafael Argudo

A handwritten signature in blue ink, which appears to read 'Rafael Argudo', is written over the printed name 'Rafael Argudo'.

## **La Tutela Judicial Efectiva: Aplicación y Vigencia en el Arbitraje**

### **INTRODUCCIÓN:**

Desde el comienzo de la humanidad, los conflictos y controversias han estado presentes. Con el desarrollo y evolución de la humanidad, cada vez los problemas y conflictos se tornaron mucho más complejos, así como los medios para su resolución. El Derecho como herramienta y creación social es el medio para regular la convivencia, que busca a través de todo sus componentes que, la convivencia social sea más llevadera.

En la organización social estatal actual, dentro de la división de poderes, se encuentra el poder judicial al que compete en principio la Administración de Justicia, sin embargo no solo los organismos estatales, solucionan las controversias de los ciudadanos, pues, constitucional y legalmente se contemplan otras figuras jurídicas, distintas a la justicia ordinaria, entre las que se encuentra el Arbitraje.

El arbitraje como medio de solución de controversias, tiene sus raíces en épocas primitivas, en el Derecho Romano, en la Edad Media, hasta nuestros días, y como es obvio a lo largo de la historia, ha evolucionado y ha sufrido las modificaciones necesarias de acuerdo a las circunstancias de cada época, dentro de un sistema dinámico como es el Derecho.

El presente trabajo tiene como objetivo general analizar la aplicación de los principios a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, en el sistema arbitral ecuatoriano, tomando en cuenta los derechos y garantías contempladas en la Constitución de 2008.

Comenzaremos revisando el Arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, su evolución histórica, su concepto, sus características, naturaleza jurídica; la cláusula arbitral como medio de materialización de este sistema de jurisdicción, sus efectos frente a la justicia ordinaria, así como su fundamento, partiendo de que ha sido el arbitraje un mecanismo de solución de conflictos presente desde la antigüedad, y que ha sufrido cambios a lo largo de la historia.

Como segundo punto, en el presente trabajo se analizará los principios generales del derecho a la tutela judicial efectiva, indicando desde ya que implica un derecho de compleja composición, además se tratará el derecho al debido proceso con sus garantías, que al igual que la tutela judicial efectiva participa de la característica de ser un derecho complejo, señalando que ambos derechos son interdependientes, pues coexisten entre ellos.

Una vez que revisemos los aspectos básicos y generales del arbitraje, para poder comprender los alcances de esta institución jurídica, y comprendamos los alcances del derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, analizaremos la compatibilidad del arbitraje y los derechos fundamentales mencionados.

## **CAPÍTULO I:EL ARBITRAJE**

### **1.1 Nociones generales**

#### **1.1.1Definición:**

Patricio AywlinAzócaren su obra El Juicio Arbitraldefine: "aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones."(Patricio, 1958)

Respecto al Arbitraje el tratadista argentino, Roque Caivano señala que "constituye una jurisdicción privada, instituida por la voluntad de las partes o por decisión del legislador, por la cual se desplaza la potestad de juzgar hacia órganos diferentes de los Tribunales estatales, a quienes se inviste para ello de facultades jurisdiccionales semejantes a las de aquellos en orden a la resolución de un caso concreto"(Caivano, 2000, pág. 49)

Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, autor citado por los estudiosos del Arbitraje, Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze, en su obra El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia, definen al arbitraje como " la institución que regula el acuerdo de voluntades por el cual dos o más partes deciden someter a uno o ,más terceros, que aceptan el encargo, la

solución de un cierto conflicto de Derecho Privado respecto del cual dichas partes tienen capacidad o disposición, obligándose previamente a no llevar la controversia a tribunales ordinarios...”(Mario Castillo Freyre, Ricardo Vásquez Kunze, pág. 37)

Por su parte la Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 1.señala: “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.”(Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)

De las definiciones y el concepto legal referidos, podemos destacar que el Arbitraje, es un medio alternativo de solución de conflictos, mediante el cual las partes que mantienen una controversia, por su voluntad, someten la resolución de la misma a un órgano privado, apartándose de la administración de justicia ordinaria.

### **1.1.2 Características del Arbitraje:**

Partiendo de las definiciones del arbitraje, a continuación analizaremos las características del arbitraje, y de conformidad con lo previsto en la legislación ecuatoriana así tenemos:

- **Mecanismo Alternativo** de solución de conflictos: es decir al que las partes optan y renuncian recurrir a los medios ordinarios para solucionar sus disputas, encontrándose en la misma categoría de la negociación y mediación, con la particularidad que en el arbitraje el tercero es quien dirime la controversia.<sup>1</sup>
  
- **Heterocompositivo:** (hetero= otro) En virtud de que con la intervención de un tercero se pone fin al conflicto, existe enfrentamiento entre los contendientes<sup>2</sup>, diferenciándose de otros medios alternativos de solución de conflictos, como la mediación y negociación, en los que son los directamente involucrados en la controversia quienes la resuelven. Los procesos comunes que se sustancian ante un Juez del Estado, también participan de esta característica.
  
- **Voluntario:** En nuestro país se contempla a este procedimiento como una expresión de la voluntad de las partes, a través del convenio o cláusula arbitral, a la que haremos referencia, así como al principio de la autonomía de la voluntad, como fundamento del arbitraje.

---

<sup>1</sup>Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación: “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...”

Art. 190 de la Constitución de 2008: “ Se reconoce el arbitraje,. La mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos...”

<sup>2</sup> Las partes sometens sus controversias a tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para ese propósito. ((Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)

- **Convencional:** Relacionada con la característica anterior pues, la voluntad se expresa por un acuerdo entre las partes, que debe cumplir con ciertos requisitos, de conformidad con la Ley.
- **Flexible:** en virtud de que permite a las partes crear su propio procedimiento, así como faculta a estas a elegir el tipo de arbitraje, el número de árbitros que resolverá la controversia, y ajustar a las necesidades de las partes de acuerdo a la complejidad de la controversia; y en el caso del arbitraje administrado se sujetan al Reglamento Interno del Centro, en el que se lo trámite, pudiendo contemplar disposiciones de carácter procedimental.

### **1.1.3 Cláusula Arbitral:**

Una vez que analizado el arbitraje como institución, es necesario referirse a la cláusula arbitral, ya que es a través de esta como se materializa el arbitraje. Así, de manera general podemos señalar que se trata de un acuerdo mediante el cual las partes que mantienen un determinado conflicto, deciden y expresan su voluntad de someterse al sistema arbitral.

Como consecuencia de la evolución del arbitraje, como institución, la cláusula arbitral, también ha sufrido cambios, en su concepción, en los medios de expresarla, y ha sido materia de estudio y discusión de varios tratadistas. Este acuerdo, tiene algunas denominaciones: Acuerdo Arbitral, Pacto Arbitral o Convenio Arbitral, como es el caso de la Ley ecuatoriana.

El tratadista ecuatoriano, Dr. Ernesto Salcedo, señala que el convenio arbitral "puede estar presente en un solo acto, o bien dividirse en dos actos sucesivos: en este último evento estamos frente a una "cláusula compromisoria" y un posterior "compromiso arbitral"" (Salcedo Verduga, 2006, pág. 103), conceptos que se confunden con la actual noción convenio arbitral, señalando que actualmente cualquiera de estas figuras tiene la misma eficacia, a continuación revisaremos de manera breve algunas definiciones y discusiones teóricas y obstáculos prácticos que ha sufrido esta figura.

La Cláusula compromisoria es entendida como "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", así lo define el tratadista Luis Martínez Vázquez de Castro, autor citado por Roque J. Caivano en su obra La cláusula arbitral. (Roque J., Caivano, 2011, pág. 26)

El Dr. Salcedo Verduga explica que mediante "la cláusula compromisoria, las partes acuerdan –en su momento- que todas o simplemente algunas de las controversias que se susciten o puedan suscitarse durante el desarrollo y ejecución de la relación jurídica comercial que las vincula, sean ventiladas exclusivamente ante un tribunal arbitral..." (Salcedo Verduga, 2006, pág. 104), mientras el compromiso arbitral tiene como objeto el someter a arbitraje las divergencias ya existentes.

Esta situación en el pasado trajo consigo varios inconvenientes de orden práctico. Doctrinariamente se consideraba que la cláusula compromisoria es un contrato preliminar, cuya finalidad es la de celebrar el compromiso arbitral, aunque ambas figuras tienen el mismo objetivo, separar del conocimiento de la justicia ordinaria una determinada controversia.

Respecto a la eficacia de la cláusula compromisoria en tiempos pasados tanto en Ecuador como en otros países latinoamericanos, ha sido materia de debate; en el caso de la legislación ecuatoriana se contemplaba la intervención de la justicia ordinaria, a través del Juez de lo Civil, para formalizar la cláusula, este proceso se encontraba previsto en el Código de Procedimiento Civil, normas que ya están derogadas; así también sobre la posibilidad de contemplar el arbitraje sobre controversias futuras; lo que tornaba en la práctica del arbitraje un obstáculo para su desarrollo.

Actualmente las doctrinas modernas sostienen que tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral son "dos especies de creación contractual del arbitraje, pertenecientes al género "convención arbitral" y que tienen los mismos efectos jurídicos" (Salcedo Verduga, 2006, pág. 105).

El jurista Roque Caivano, en su estudio sobre la cláusula arbitral, estudia varios aspectos como los indicados, que sin duda alguna fueron obstáculos para el sistema arbitral y una vez superados se ha llegado a lo que conocemos actualmente como el sistema arbitral, y atribuye especial importancia de su eficacia a la evolución de la cláusula arbitral, ya que si

no se hubiera superado los obstáculos respecto a la cláusula, los demás avances en materia arbitral no tendrían mayor sentido pues señala:

“Los fenomenales progresos que se han hecho para ensanchar la frontera de lo arbitrable no tendrían el efecto práctico que hoy tienen, si el arbitraje no pudiera pactarse válidamente con anterioridad al surgimiento de controversias entre las partes. Del mismo modo, nada hubiese significado reconocer a los árbitros la facultad de dictar medidas cautelares, si el tribunal arbitral no puede constituirse sin necesidad de un acuerdo luego de haberse exteriorizado el conflicto. De no darse la posibilidad de que la cláusula arbitral surta sus efectos, no habrá ni siquiera laudo que controlar o ejecutar.” (Roque J., Caivano, 2011, págs. 372-373)

Señalados los antecedentes históricos que nos llevan a lo que actualmente conocemos como convenio o pacto arbitral, a continuación revisaremos algunas de sus definiciones:

Por su parte la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 5 define al convenio arbitral:

**“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” (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006).

El tratadista colombiano Jorge Hernán Gil Echeverry define al pacto arbitral como: “un negocio jurídico de *naturaleza jurídica* mediante el cual las

partes manifiestan su voluntad de deferir la solución de sus conflictos de intereses actuales o futuros, originados en una relación contractual o en una situación de hecho, a la justicia arbitral, quedando derogada la jurisdicción ordinaria.” (Gil Echeverry, 2004, pág. 89)

“La cláusula compromisoria o cláusula arbitral es un dispositivo, en virtud del cual las partes, vinculadas por un contrato, establecen que las posibles controversias que surjan con motivo de dicha negociación serán resueltas por medio de arbitraje” (Palacio, 1987, pág. 44)

El autor uruguayo Dante Barros de Ángelis, citado por la autora Adriana Pucci define a la cláusula compromisoria señalando que “es un acuerdo expreso de voluntades que hacen necesario el arbitraje para la resolución de un determinado género de conflictos futuros” (Pucci, pág. 73)

Así también la Convención de New York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras, producto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1958, y de la que el Ecuador es signatario, al respecto señala: “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito, conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.” (Convención de New York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958)

#### 1.1.3.4 Características del Convenio Arbitral:

**Carácter convencional:** Como se señaló en líneas anteriores, el convenio, pacto o cláusula arbitral es el resultado del acuerdo de voluntades de las partes.

**Es Solemne:** Un contrato es solemne cuando está sujeto a la observancia de alguna formalidad especial, de manera que sin ella no surte efecto.<sup>3</sup> En el caso del convenio arbitral, de acuerdo a lo establecido en la Ley, este debe constar por escrito, así el segundo inciso del artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala:

“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.”

Además es necesario tener en cuenta que el convenio puede constar en un documento diferente al del contrato principal, mientras este conste por escrito, y se refiera a la relación jurídica determinada, así el artículo 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala:

---

<sup>3</sup>(Código Civil Ecuatoriano) Artículo 1459.

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

**Autónomo:** También conocido como el principio de separabilidad de la cláusula arbitral: Esta característica implica que si el contrato principal, adolece algún tipo de vicio, o jurídicamente fuera nulo o inexistente, el pacto arbitral sigue vigente, en términos generales si se considera que el pacto o convenio arbitral es accesorio al contrato principal y este adolece de nulidad o inexistencia, pues lo accesorio tendría igual calidad, sin embargo en materia arbitral esto no es así, doctrinariamente hay acuerdo respecto a este aspecto, siendo la razón principal que: “los árbitros nunca podrían entender en una controversia en la que se discuta, precisamente, la existencia o validez del contrato del cual surge la controversia, ya que solo el cuestionamiento de alguna de las partes llevaría a los árbitros a resignar su jurisdicción a la espera de una decisión judicial sobre la existencia o validez del contrato.” (Roque J., Caivano, 2011, pág. 200).

Considerando al convenio, “no como una cláusula más dentro del contrato sino que se la considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato principal.” (Salcedo Verduga, 2006, pág. 143). Al respecto la Ley ecuatoriana recoge claramente esta característica, al señalar en el artículo 5, tercer inciso de la Ley de Arbitraje y Mediación: “La

nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral.” (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006).

El arbitraje procede sobre **derechos disponibles**, esto quiere decir que se resolverán mediante este mecanismo las controversias cuya materia sea susceptible de transacción, así lo señala la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 1. Que señala “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,…”

De acuerdo a lo establecido en la legislación ecuatoriana, en el Código Civil en el artículo 2348, la transacción “es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que sólo consiste la renuncia de un derecho que no se disputa.”

Para el análisis que nos ocupa, más que la definición del contrato de transacción, es relevante el contenido del contrato, es decir sobre que puede versar la transacción. Dentro de la legislación ecuatoriana, en el Código Civil, expresamente se señalan casos en los que la transacción es nula, y por lo tanto tampoco pueden ser materia de arbitraje, entre ellos se encuentran: transacción sobre alimentos, transacción sobre el estado

civil, transacción sobre materia que fue materia de litigio y haya culminado con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.<sup>4</sup>

Se entiende que lo transigible, o lo que es materia de transacción, son aquellos derechos disponibles, y que no esté prohibida su renuncia, resumiéndose de manera general a cuestiones de orden patrimonial, con las prohibiciones legales, ya sea por el contenido de la materia, como es el caso de los alimentos, o que no afecten al orden público, y que la Ley no prohíba la transacción.

#### **1.1.3.2 Objeto del convenio arbitral:**

Como se ha señalado tanto en las definiciones del arbitraje, como de la cláusula arbitral, claramente se evidencia que el objeto, de este sistema es el apartar del conocimiento de la justicia ordinaria la resolución de una controversia determinada, y poner en manos de un tribunal arbitral, esta tarea. Siendo el objeto del convenio de naturaleza procesal o jurisdiccional, ya que por el acuerdo de voluntades se traslada la jurisdicción otorgada normalmente al Estado, a través de la Función judicial, a terceros privados que son los árbitros.

#### **1.1.3.3 Contenido del convenio arbitral:**

Como es evidente partiendo del objeto del convenio, su contenido debe estar claramente establecido en él, es decir el sometimiento al arbitraje de

---

<sup>4</sup> Código Civil, Título XXXVIII DE LA TRANSACCIÓN

una determinada controversia, este es el requisito indispensable que debe contener el pacto arbitral. Al ser un proceso flexible, como se indicó anteriormente, faculta a los suscriptores del convenio el establecer la cantidad de árbitros, el tiempo de duración, el facultar o no a los árbitros para tomar medidas cautelares, si la resolución será en equidad o derecho, método de designar a los árbitros, entre otros aspectos; pueden estar estos elementos expresados o no en el contenido del convenio, cuando no se explica nada sobre estos aspectos, la Ley es la que suple estos.

Recalcando una vez más que la voluntad de someter una controversia determinada al arbitraje debe ser expresa, clara e inequívoca, caso contrario estaremos frente a las llamadas cláusulas patológicas<sup>5</sup>, que es materia de un análisis más profundo.

#### **1.1.3.4 Efectos del Convenio Arbitral:**

Tomando en cuenta el objeto del convenio arbitral, coincidimos con lo señalado por la doctrina, respecto a los efectos que acarrea un convenio arbitral, podemos determinar que existe un efecto positivo y un efecto negativo, partiendo de que se trata de un contrato, una obligación de no hacer, que sería el efecto de carácter negativo, es decir para las partes el abstenerse de acudir a la justicia ordinaria para reclamar las controversias

---

<sup>5</sup> Carlos Ruska Maguiña define a las cláusulas patológicas como “todas aquellas cláusulas arbitrales que han sido mal redactadas y que debido a ello su contenido resulta ambiguo, contradictorio o simplemente poco claro, presentando serios problemas en la oportunidad en que, surgido el conflicto, una de las partes pretende iniciar el procedimiento arbitral, lo que estamos seguros generará mayores costos y favorecerá en algunos casos actuaciones de mala fe.” (Ruska Maguiña, 2007)

que resulten de la relación jurídica, sometida al arbitraje, y para los jueces el inhibirse de conocer dichas controversias; consecuentemente el efecto positivo o la obligación de hacer, es el de someter la controversia al procedimiento arbitral, de acuerdo a lo pactado por las partes, respecto de una relación jurídica determinada. Siendo evidente que tanto el efecto positivo como el negativo, tienen un carácter jurisdiccional y procesal. Al respecto el artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala:

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

Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley.” (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)

#### **1.1.3.5 Renuncia del convenio arbitral:**

En virtud del acuerdo de voluntades de quienes suscriben un convenio arbitral, teniendo como fundamento el principio de la autonomía de la voluntad, también pueden renunciar a dicho convenio arbitral, así se contempla esta posibilidad en la Ley, en el artículo 8 que claramente señala:

“Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede

acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral. En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado.

Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriado el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales." (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)

#### **1.1.4 El laudo arbitral:**

"El laudo es la decisión emanada de los árbitros que pone término al proceso arbitral, resolviendo en forma definitiva la controversia que las partes sometieron a su conocimiento." (Salcedo Verduga, 2006, pág. 257)

El tratadista uruguayo Dantsse Barrios de Angelis, citado por el doctor Ernesto Salcedo, por su parte señala: "la sentencia arbitral o laudo es el acto jurisdiccional por el cual los árbitros cumplen con su encargo, declaran el derecho o la equidad del caso, resuelven las cuestiones prometidas y transforman la inconformidad en satisfacción jurídica." (Salcedo Verduga, 2006, pág. 257)

Es decir que una vez que el laudo se encuentre ejecutoriado, pone fin a la jurisdicción transitoria otorgada a los árbitros. La resolución arbitral, se ejecutoria en el término de tres días, después de ser notificado a las partes.

El laudo se pone en conocimiento de las partes en audiencia, para lo que el Tribunal señalará día y hora, y se entregará copia a cada una de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Tanto las decisiones como el laudo se toman por mayoría de votos, si uno de los miembros del Tribunal, no estuviese de acuerdo con la decisión, lo hará constar y consignará su voto salvado haciendo constar sus fundamentos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

No está por demás señalar que el laudo, al ser una resolución debe contener la fundamentación, más aún cuando se trata de un arbitraje en derecho, es decir que el laudo debe ser motivado, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución del Ecuador, en el artículo 76, numeral 7, literal I, que señala:

"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: l) las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se

enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. ..." (Constitución de la República del Ecuador, 2008), esta garantía analizaremos en el próximo capítulo dentro de la aplicación de los principios del debido proceso en el arbitraje.

En resumen, como lo explica el doctor Salcedo Verduga: "La fundamentación o motivación del laudo implica expresar con claridad y precisión las razones jurídicas y los elementos de carácter legal o de equidad en su caso, en que se apoyan los árbitros para llegar a la decisión que resuelve el litigio sometido al arbitraje." (Salcedo Verduga, 2006, pág. 263)

#### **1.1.4.1 Valor Jurídico del Laudo:**

El artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, señala: "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." (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006).

#### 1.1.4.2 Ejecución del Laudo Arbitral:

De lo señalado la Ley, faculta al Tribunal Arbitral a ejercer una parte de la jurisdicción, es decir únicamente a juzgar, recordando la definición de jurisdicción que da el Código de Procedimiento Civil : “ potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”. Es decir los árbitros únicamente conocen y juzgan, pues la cláusula arbitral y la Ley no conceden la facultad coercitiva para hacer cumplir lo juzgado, siendo facultad exclusiva de los Justicia estatal. Es decir, una vez ejecutoriado el laudo, el Tribunal Arbitral ha perdido competencia en caso de incumplimiento, teniendo que, la parte interesada que acudir a la Función Judicial Estatal, para hacer ejecutar lo juzgado por el Tribunal Arbitral, siguiendo para ello la vía de apremio, del mismo modo que las sentencias.

#### 1.1.5 Clases de Arbitraje:

El arbitraje puede ser:

**-Administrado** es aquel que las partes han convenido que se desarrolle con sujeción a la Ley, como a normas expedidas de acuerdo a un Centro de Arbitraje.

**- Independiente** es aquel que se realice de conformidad con lo pactado por las partes, de conformidad con la Ley.(Ley de Arbitraje y Mediación, 2006).

De acuerdo a la fundamentación en el que se deba resolver, el arbitraje puede ser:

- **Arbitraje en derecho:** en este tipo de arbitraje los árbitros deben ser necesariamente abogados, y el laudo debe ser fundado en derecho, teniendo como base la ley, los principios universales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina.

- **Arbitraje en equidad:** en este arbitraje los árbitros están llamados a resolver con base a su leal saber y entender, atendiendo a los principios de la sana crítica. Los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados.

## 1.2 Orígenes del Arbitraje:

Es necesario revisar y referirse al origen del Arbitraje, este medio, como mecanismo de solución de conflictos, ha estado presente desde tiempos remotos, sin embargo no como se lo conoce ahora, esta institución ha evolucionado hasta ser un medio alternativo, partiendo que en las sociedades primitivas, en las que naturalmente ya estaba el conflicto presente, y el designar a una tercera persona para que resuelva una determinada controversia entre particulares, constituía la forma habitual de resolver las disputas, luego con el desarrollo y crecimiento social, la administración de justicia como regla general corresponde al Estado, a través del poder judicial; a continuación se analizará de manera breve la evolución histórica del arbitraje, así podemos distinguir las siguientes etapas:

### 1.2.1 El Arbitraje en el Derecho Romano:

Varios estudiosos del Arbitraje, así como del Derecho Romano, manifiestan que es en Roma, donde el arbitraje se configuró como un sistema de solución pacífica de controversias, así también se señala que es en el derecho Romano donde se establecen las bases doctrinales y jurídicas sobre las que se asentará el arbitraje como se lo conoce en nuestros días. (Merino Merchán & Chillón Medina, 2006, pág. 111).

Como se sabe el Paterfamilias en el derecho Romano, tenía un papel fundamental, así era este personaje en su calidad de jefe de grupo quien actuaba como el tercero imparcial en la solución de conflictos, rol que más tarde ocupara un árbitro al que recurrían las partes; surgiendo el arbitraje como "consecuencia de la necesidad de solucionar conflictos que se suscitaban entre particulares, en épocas en las que aún no hacía su aparición el proceso judicial oficial.", de acuerdo a lo señalado por el profesor Mario Catillo Freyre, en su artículo Orígenes del Arbitraje. (Freyre Castillo).

Durante la vigencia del Derecho Romano, en el campo del derecho privado, es decir sobre asuntos en los que predomina el interés particular, podemos distinguir tres sistemas en los que de alguna manera estuvo presente el arbitraje, así tenemos:

LegisActiones (Acciones de la ley): Este sistema estaba compuesto de dos fases: la etapa *in iure* y la *apudiudicem*, la primera fase estaba a cargo de un pretor, cuya tarea fundamental era decidir sobre la materia del conflicto, la pertinencia de la pretensión del actor, esta fase se

caracterizaba por la presencia de formalidades, y las pretensiones se las realizaba de manera oral y en presencia de testigos (*litiscontestatio*); mientras la segunda fase consistía en que el pretor otorga a un *iudex* o un *arbiter* la facultad de juzgar, es decir de decidir sobre la controversia. Las Legislaciones eran propios de los ciudadanos romanos.

El Procedimiento formulario: Al igual que las legislaciones, tenía dos fases, la diferencia radica básicamente en que en la etapa *in iure* que se realizaba de manera oral, se redactaba un documento, el *formula*, que recogía los detalles de la conflicto, la designación del juez, y las bases en las que tenía que emitir el fallo respectivo, teniendo como base la moral y el honor, verificando el cumplimiento de la *formula* por parte de los litigantes. Los jueces eran particulares, elegidos por mutuo acuerdo entre las partes, o en su defecto era elegido de una lista.

Estos procedimientos debían distinguirse del arbitraje romano propiamente dicho, que se conocía como *compromissum*, y al tercero que resolvía se le llamaba *arbiter ex compromisso*, quien era elegido por las partes. El contenido del *compromissum* es lo que limitaba la acción de acción del *arbiter*.

Como se ha demostrado el Arbitraje como sistema de administración de justicia ya estuvo presente en el derecho Romano, cuya existencia es determinante para nuestro sistema.

### 1.2.2 El Arbitraje en la Edad Media

Como se conoce, esta época se caracteriza por presentar grandes transformaciones en el aspecto económico, social y político, siendo una de las características sobresaliente la parte social, en el que el señor feudal era quien tenía gran protagonismo, así también la presencia de los mercaderes y la agremiación de los mismos, quienes dan al arbitraje un especial protagonismo, pues de acuerdo a lo señalado por los estudiosos el comercio y los negocios en esta época se iban desarrollando y se vio la necesidad de que en el desarrollo de estos negocios, los inconvenientes que puedan surgir como consecuencia, sean resueltos con celeridad.

Siendo un factor determinante el desarrollo de las ferias y mercados, en el que participaba gente de distinta nacionalidad, que sin duda los conflictos que surgían de este tipo de comercio requerían de una solución más ágil, lo que fomentó el uso del arbitraje, lo destacable en relación al arbitraje en esta época es que la sentencia no se podía ejecutar, sino a través de una cláusula penal, aunque de acuerdo a lo señalado por los estudiosos de la materia, a finales de esta época empezó a practicarse el procedimiento de homologación ante el Juez, quien dota a la resolución arbitral de la fórmula de ejecución.

### **1.2.3 El Arbitraje en la Edad Moderna:**

Sobre esta época los doctrinarios coinciden que ya en 1560, con el Edicto de Francisco II, se establecía al arbitraje como una obligación, para ciertos conflictos, como los suscitados entre los mercaderes, asuntos de partición entre familias, conflictos de tutela y administración; siendo el procedimiento elegir a tres o más personas para que resuelvan, en caso de que las partes no designarán a estas personas, sería el juez quien lo haga.

Como consecuencia del evento histórico de la Revolución Francesa, que sin duda marca una pauta en la historia, surge la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, teniendo como principales postulados la igualdad y la libertad, suprimiendo los privilegios de ciertos grupos. Con este antecedente la Asamblea Constituyente en 1790, otorga al arbitraje un papel fundamental señalando como derecho de los ciudadanos el terminar sus litigios por la vía del arbitraje.

### **1.2.4 Arbitraje en la Actualidad:**

El arbitraje en nuestros días se encuentra presente como un método alternativo de solución de conflictos tanto nacionales como internacionales, y es considerado como un mecanismo que entre sus ventajas está el de descongestionar la Función Judicial.

Esta institución jurídica ha evolucionado, y seguirá siendo sujeto de modificaciones pues, en la práctica se descubren sus limitaciones y

ventajas, lo que ha provocado tanto en nuestro país como en la comunidad internacional el legislar este mecanismo de acuerdo a las circunstancias de cada Estado, teniendo como común denominador el buscar a través de este mecanismo entre otros aspectos, la agilidad procesal.

### **1.3 Desarrollo del Arbitraje en el Ecuador**

A continuación haremos una breve referencia de los acontecimientos principales que han dado vida al arbitraje en el Ecuador.

El Arbitraje en el Ecuador, tiene como antecedente al igual que varios países latinoamericanos el derecho español. Como dato histórico El Estado ecuatoriano optó por el mecanismo del arbitraje, como medio para solucionar el problema limítrofe con el Perú, en el año de 1887, en el que se suscribió un convenio mediante el cual se sometían a la decisión del Rey de España.

Ya en 1958 el Ecuador suscribió la Convención de New York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras, producto de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, y ratifica en enero de 1962, en dicho tratado ya se hace referencia al arbitraje, es decir ya se reconoce expresamente este mecanismo.

En el Ecuador el Arbitraje, como método alternativo de solución de conflictos, en la legislación ecuatoriana ya se regula con el Código de

Procedimiento Civil de 1960, en dicho cuerpo legal ya se hizo referencia al Juicio de Arbitraje, que según lo señalado por varios tratadistas se regló a esta institución de una manera no muy práctica, como se analizó en el estudio de la Cláusula Arbitral. Por su parte la Ley de Arbitraje Comercial de 1963, instituida mediante Decreto Supremo 735 del 23 de octubre de 1963, cuyo ámbito de aplicación era exclusivamente los arbitrajes comerciales, administrados por una Cámara de Comercio; esta Ley tenía como propósito el facilitar la solución de conflictos derivados de las operaciones comerciales.

Al igual que algunos países latinoamericanos, en sus inicios presentaba algunas dificultades prácticas que, impedían su ejercicio como medio ágil, en virtud de que para este mecanismo, como se señaló en líneas anteriores es necesario que la voluntad de las partes se exprese, a través de la cláusula, para ello se exigía ciertas formalidades que limitaban la vigencia del arbitraje, sin embargo es de destacar que estos acontecimientos fueron un aporte al desarrollo arbitral en el país.

Con la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997, queda derogada la Ley de Arbitraje Comercial, así como las disposiciones pertinentes sobre el arbitraje, contempladas en el Código de Procedimiento Civil.

El inciso tercero del art. 191 de la Constitución de 1998 establecía que: "Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos

para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley". (Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, R.O. 1, 11.08.1998. )

En el año 2006, se promulga la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación, en la que se incluye los aspectos modificados por la Ley Reformatoria a la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 532 del 25 de febrero del 2005.

#### **1.4 Naturaleza Jurídica del Arbitraje:**

De lo expuesto en líneas anteriores sobre la definición del arbitraje, su materialización a través de la cláusula arbitral y sus efectos, se observa que el arbitraje es una institución jurídica de connotación compleja, y sobre la cual la doctrina ha discutido respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje, tomando en cuenta las características, componentes y efectos de esta institución, existiendo así varias posturas.

Partiendo que el arbitraje es un sistema alternativo por medio del cual las partes que mantienen un conflicto, expresan su voluntad a través de la cláusula arbitral, de someter la solución de ese conflicto a la decisión de un tercero imparcial ajeno a la justicia ordinaria, se destacan dos elementos:

Un elemento contractual, la expresión de voluntad, que se materializa en la cláusula arbitral, misma que para su validez se sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos, siendo un acuerdo de voluntades que debe manifestarse

por escrito de acuerdo a la legislación vigente, es decir a tres de un contrato.

Un elemento jurisdiccional: El objeto de este acuerdo de voluntades cuyos efectos están encaminados a renunciar a la jurisdicción ordinaria, es decir salir de la esfera habitual de administración de justicia, ejercida por el estado a través de la Función Judicial y dotar de facultades jurisdiccionales, es decir de administración de justicia a un tercero imparcial ajeno al poder judicial, un órgano privado, a quien se le confiere el poder de juzgar.

Ha sido preocupación de la doctrina el colocar al arbitraje como institución jurídica en las dos grandes ramas del Derecho, discutiendo así a que disciplina pertenece esta institución, al Derecho Público por su índole procesal o al Derecho Privado al materializarse a través de la cláusula considerado como un contrato, las teorías eclécticas, así tenemos las siguientes teorías:

#### **1.4.1 Teoría Contractualista:**

También conocida como Privatista, sostiene que el arbitraje se fundamenta en un contrato, así GuiseppeChioventa, uno de los principales exponentes de esta tesis, referido por el Dr. Ernesto Salcedo Verduga, señalando que "el arbitraje deriva su existencia de un contrato por virtud del cual las partes acuerdan voluntariamente que los conflictos que puedan surgir entre ellas respecto de sus derechos susceptibles de transacción , sean resueltos por

terceras personas, obligándose a aceptar la resolución que dichos terceros adopten, al amparo de la autonomía negocial de las partes interesadas" (Salcedo Verduga, 2006, pág. 89).

Chiovenda, además señala de que "el compromiso implica la renuncia voluntaria al conocimiento de una controversia por la autoridad judicial" (Merino Merchán & Chillón Medina, 2006, pág. 230)

Como lo señala el doctor Ernesto Salcedo , en su obra El arbitraje: La Justicia Alternativa, la teoría contractualista "considera al arbitraje desde el punto de vista del voluntario sometimiento de las partes expresado en un convenio determinado en virtud de ello que la naturaleza contractual de su origen proyecta a todo el sistema, incluyendo al laudo que no reviste la calidad de verdadera sentencia, y en tal virtud niega el carácter jurisdiccional a la actuación de los árbitros." (Salcedo Verduga, 2006, pág. 88).

Respecto de esta teoría, también se afirma que el árbitro no es un juez ni el arbitraje es un fenómeno procesal, por su parte Rocco, considera al arbitraje como una transacción anticipada.(Merino Merchán & Chillón Medina, 2006, pág. 230) Así también tenemos la postura de Ogayar quien señala que en el arbitraje los árbitros pueden imponer su parecer a las partes, si el laudo es obligatorio para éstas, es porque ellas previamente así lo quisieron, incluyendo al arbitraje dentro del Derecho material, en el ámbito del Derecho Privado, y dentro de éste en el campo contractual.(Merino Merchán & Chillón Medina, 2006, págs. 229-230).

De lo señalado se puede destacar que los defensores de que el Arbitraje pertenece al derecho privado, basan su tesis en el carácter contractual del mismo, es decir la manifestación de voluntad que hacen las partes a y a través del convenio arbitral, por el que deciden que determinada controversia se solucione por la decisión de un tercero, a quien en virtud de su manifestación de voluntad le otorgan facultades para aquello. Manifestando que en gran parte comparto el criterio de que el arbitraje tiene su carácter privado y de origen convencional, sin embargo no hay como soslayar el carácter procesal que tiene el arbitraje, al ser un mecanismo que tiene sus propias características procesales para la solución de una controversia determinada, a más de que la voluntad de las partes tiene límites, además que la Ley, como resultado de la potestad pública, es la que permite a los particulares el poder renunciar a la justicia ordinaria y optar por otros mecanismos como el arbitraje para solucionar sus controversias, y no cualquier controversias únicamente las que la Ley faculta para hacerlo, por lo que no es absoluto que el arbitraje participe únicamente del derecho privado. Podemos concluir que el arbitraje se manifiesta de manera contractual, convencional, pero su contenido es de carácter procesal.

#### **1.4.2 Teoría Procesalista:**

También conocida como publicista o jurisdiccionalista, siendo la teoría más tradicional, teniendo como fundamento el hecho de que la finalidad del proceso arbitral es el resolver un conflicto mediante la resolución de un

tercero, un juez, sosteniendo que “el arbitraje es, por tanto, un proceso, y el árbitro sería su juez.” (Merino Merchán & Chillón Medina, 2006, pág. 223). En esta teoría se reconoce el carácter de sentencia que reviste el laudo arbitral. De acuerdo a esta tesis los árbitros son verdaderos jueces, no solamente por la voluntad de las partes, sino porque el Estado así lo ha permitido. Además sostiene que el arbitraje es público porque la administración de justicia participa de esta misma característica.

GimenpSendra, autor citado por el Dr. Salcedo Verduga, señala: que la decisión arbitral ostenta todas las notas esenciales de la cosa juzgada, tales como la obligatoriedad, ejecutoriedad, imperatividad...y que, si bien es cierto que los árbitros no ejercen *potestasi* que gozan de *auctoritas*.” (Salcedo Verduga, 2006, pág. 94)

Además quienes comulgan con esta teoría sostienen que al ser la ley la que da la vigencia jurídica del sistema arbitral, y que por tanto “los árbitros son funcionarios públicos que imparten justicia y sentencian a nombre del Estado en un proceso que forma parte de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional de ese Estado” (Mario Castillo Freyre, Ricardo Vásquez Kunze, pág. 45), siendo uno de los promotores de este criterio el doctrinario Ugo Rocco, citado por los autores Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunse, en su obra *El Juicio Privado: La verdadera reforma a la Justicia*.

Por su parte me permito transcribir a lo señalado por el autor peruano Ulises Montoya Alberti, citado por el Dr. Salcedo Verduga, quien señala los

postulados de la tesis jurisdiccionalista o publicista en los siguientes postulados:

"1) Los árbitros son jueces que ejercitan la actividad jurisdiccional del Estado. La designación del árbitro mediante el acuerdo arbitral, constituye una ampliación de las funciones del Estado; para algunos el acuerdo arbitral es una derogatoria de jurisdicción, en virtud de la cual esta se traslada a los particulares.

2) Los árbitros, no obstante ser particulares, quedan revestidos de jurisdicción, porque la ley ha concedido a las partes la potestad de trasladarles una parte de la soberanía del Estado mientras dure el desempeño de sus funciones, a erecto que puedan resolver la disputa.

3) El laudo es una verdadera sentencia

4) La responsabilidad de los árbitros es similar a la que tienen los jueces".(Salcedo Verduga, 2006)

De lo anotado se destaca que para quienes promulgan esta teoría el arbitraje es un mecanismo de administra justicia, en el que los árbitros tienen atribuciones de administrar justicia en virtud del convenio arbitral, y a través de este acuerdo las partes otorgan a los árbitros deberes propios de la actividad jurisdiccional, en la que existe un proceso, y que los actos de las partes y los árbitros dentro del mismo, son de carácter jurisdiccional, tanto más que el laudo o resolución arbitral se considera una verdadera sentencia

### 1.4.3 Teoría Mixta:

También llamada Ecléctica, que refleja y comparte argumentos de las dos teorías referidas anteriormente, la Teoría mixta participa de los postulados de la Teoría Privatista o Contractualista, destacando el origen del arbitraje y de la Teoría Publicista o Jurisdiccionalista, en virtud de los efectos y objetivo del sometimiento al arbitraje que es el de que sea un tercero ajeno al justicia ordinaria quien ponga fin a una determinada controversia, a través de una resolución.

José Merino Merchán y José Chillón Medina, precursores de esta teoría señalan que: "no se trata de negar la naturaleza procesal y/o contractual del arbitraje, sino de armonizar y ensamblar amabas posiciones antagónicas." (Merino Merchán & Chillón Medina, 2006, pág. 231), en virtud de que la Teoría contractualista resulta insuficiente, mientras que la teoría procesalista resulta excesiva y olvida el origen contractual del arbitraje.

Sobre la naturaleza del arbitraje, es indudable el carácter convencional que este mecanismo tiene y su contenido jurisdiccional, por lo que coincido en los postulados de la Teoría Mixta o Teoría Elcética respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje, siendo imposible negar por las razones expuestas los caracteres que tiene el arbitraje de ambas tesis. Así podemos ver que en la legislación ecuatoriana el arbitraje participa de los dos supuestos, de acuerdo a lo señalado en los acápite anteriores.

El fundamento del arbitraje es la voluntad de las partes, mismo que se materializa a través de un acuerdo lo que hace evidente el carácter

convencional, y el contenido del acuerdo y los efectos del mismo es de carácter jurisdiccional, pues el fin de las partes que someten una determinada controversia es el desviar una parte de la jurisdicción (administrar justicia), y poner en manos de los árbitros.

### **1.5 Fundamento del Arbitraje**

El Fundamento del Arbitraje es la Autonomía de la Voluntad, este principio propio del derecho privado, relacionado con la libertad contractual y la libertad de obrar de las personas, teniendo como límite situaciones previstas por el Derecho, siendo "el principio en cuya virtud el autor o autores de un acto jurídico poseen la facultad de celebrar libremente y determinar a voluntad su contenido y efectos, aclarando que este principio no es ilimitado y se encuentra sujeto a lo establecido por la Ley." (Diccionario Jurídico Anbar, 1997)

También encontramos las siguientes definiciones señaladas en el Diccionario de Jurisprudencia Constitucional, de Domingo García Belaunde: "1. La autonomía, en abstracto, puede entenderse como"(...) la libertad de determinación consentida a un sujeto, la que se manifiesta en el poder de darse normas reguladoras de su propia acción, o, más comprensivamente, como la potestad de proveer a la protección de intereses propios y, por tanto, de gozar y disponer de los medios necesarios para obtener una armoniosa y coordinada satisfacción de los intereses." 2. La autonomía de la voluntad se refiere a la capacidad residual que permite a las personas

regular sus intereses y relaciones coexistentes de conformidad con su propia voluntad. Es la expresión de la volición, tendente a la creación de una norma jurídica con interés particular." (García Belaunde, 2009, págs. 52, 53)

## **CAPÍTULO II: EL DEBIDO PROCESO Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Partiendo que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, <sup>6</sup>el acceso a la justicia y la administración de justicia es de suma importancia, teniendo el debido proceso, así como la tutela judicial efectiva gran protagonismo, como derechos fundamentales, nos referiremos a continuación al debido proceso, su definición, importancia, y que garantías implica este derecho en la convivencia, así como la tutela judicial efectiva como derecho.

### **2.1 Nociones generales del debido proceso**

El debido proceso es un derecho fundamental, reconocido en nuestra Constitución, en el artículo 76, dentro del capítulo de los derechos de protección. Se entiende por derecho fundamental aquel que es regulado por un ordenamiento jurídico en un Estado, es decir positivizado y reconocido, dada la trascendencia del derecho, por estar ligado a la dignidad humana.

El tratadista colombiano Carlos Bernal Pulido estudia al debido proceso con una doble naturaleza, como un derecho fundamental autónomo y como un derecho fundamental indirecto o una garantía. Como derecho fundamental autónomo el debido proceso: " protege las facultades del individuo para participar en los procedimientos del Estado constitucional

---

<sup>6</sup> Art. 1 (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

democrático y el ejercicio dentro del marco de dichos procedimientos de las facultades de hacer argumentaciones, afirmaciones, aportar pruebas, y las capacidades de rebatir los argumentos de los demás y de autocriticarse.” (Bernal Pulido, 2005, pág. 337)

Mientras que como indirecto o una garantía debe ser un derecho fundamental, “porque es un mecanismo para la protección de otros derechos en el Estado democrático. El respeto a los debidos procesos garantiza en la democracia el respeto a la libertad, la igualdad, los derechos políticos o de participación y los derechos sociales.” (García Belaunde, 2009)

Al respecto el mismo autor señala que esta doble naturaleza se ha visto reflejado en el ámbito internacional bajo la perspectiva de un derecho humano, y como un derecho fundamental en el ámbito nacional (Colombia), y en el caso ecuatoriano también se lo considera como un derecho fundamental.

Este derecho según lo establecido por la doctrina es “un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales (como el derecho a la defensa, el derecho a probar, entre otros) que impiden que la libertad y los derechos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho.” (García Belaunde, 2009)

Otra definición de este derecho señala que se trata de: "el conjunto mínimo de elementos que deben estar presentes en cualquier clase de proceso para hacer posible la aplicación de la justicia en el caso concreto." (García Belaunde, 2009)

En el caso ecuatoriano se lo regula como ya indicamos dentro de los derechos de protección, dentro de este ámbito a continuación haremos referencia de los componentes o elementos de este derecho dentro del ámbito ecuatoriano.

## **2.2 Las garantías básicas del Debido Proceso:**

Como señalamos anteriormente el debido proceso como derecho de protección, está regulado en el artículo 76 de la Constitución, mismo que señala:

"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 garantía básicas:" A continuación nos referiremos únicamente a las garantías generales de todo proceso, y que interesan para el análisis posterior, así tenemos:

Garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, por toda autoridad administrativa o judicial. (Art. 76, numeral 1)

Las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la Constitución o la ley no tendrán validez alguna o carecerán de eficacia probatoria. (Art. 76, numeral 2)

El derecho a la defensa. (Art. 76, numeral 7)

### **2.2.1 Derecho a la defensa:**

- a. Es un pilar básico del debido proceso, dentro de los principios sustanciales que conforman este derecho tenemos:
- b. Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. (Art. 76, numeral 7, literal a).
- c. Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. (Art. 76, numeral 7, literal b)
- d. Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. (Art. 76, numeral 7, literal c)
- e. Publicidad de los procedimientos, salvo las excepciones contempladas en la Ley. (Art. 76, numeral 7, literal d)
- f. Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presente en su contra. (Art. 76, numeral 7, literal h)
- g. Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo. (Art. 76, numeral 7, literal j)
- h. Ser juzgado por un juez imparcial, independiente y competente. (Art. 76, numeral 7, literal k)
- i. Motivación de las resoluciones de los poderes públicos. (Art. 76, numeral 7, literal l)
- j. Recurrir la resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos. (Art. 76, numeral 7, literal m).

### 2.2.2 Titularidad del derecho:

Los titulares del derecho del debido proceso, como un derecho de protección, son todas las personas<sup>7</sup> que participen en un proceso<sup>8</sup>, sea este administrativo o judicial, que es el que para el análisis posterior nos interesa, proceso judicial entendido como aquel proceso en virtud del cual un órgano legalmente reconocido ejerce funciones jurisdiccionales, es decir tiene facultades para administrar justicia, en el cual se incluye el proceso arbitral, así dentro de la materia que nos ocupa, los suscriptores del convenio arbitral, son titulares obviamente de este derecho, exigiendo a través de sus actuaciones la aplicación de los principios y garantías generales del debido proceso, pertinentes, tomando en cuenta las particularidades del arbitraje.

### 2.3 La tutela “judicial” efectiva:

Al igual que el debido proceso, la tutela judicial efectiva se encuentra regulado como un derecho de protección en la Constitución del Ecuador de 2008, en cuanto a su regulación además encontramos en el Código

---

<sup>7</sup> En materia procesal los sujetos de un proceso, son el actor y el reo o sujeto pasivo de la reclamación del actor y el juez u órgano jurisdiccional. Siendo los dos primeros sujetos los titulares del derecho, y siendo el último sujeto velar por la aplicación de las garantías del debido proceso.

<sup>8</sup> Se entiende al proceso como un “instrumento de satisfacción de pretensiones” (Guasp, 1968). El autor Jaime Guasp, respecto al proceso y considerando la definición transcrita destaca dos elementos fundamentales: 1. **La satisfacción**, en sentido jurídico, que supone “recoger, examinar y decidir por el Poder público su queja”. 2. **La pretensión**, en sentido jurídico entendida como “una reclamación formalmente dirigida por un miembro de la comunidad frente a otro ante el órgano público específicamente instituido para satisfacerla.”

Orgánico de la Función Judicial dentro del Título de los Principios y Disposiciones Fundamentales.

“Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la Ley.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Art. 23.- PRINCIPIO DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS.- La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigido. Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso.

La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocado indefensión en el proceso. Para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos, y evitar que las reclamaciones queden sin decisión sobre lo principal, por el reiterado pronunciamiento de la falta de competencia de las juezas y jueces que previnieron en el conocimiento en la situación permitida por la

ley, las juezas y jueces están obligados a dictar fallo sin que les sea permitido excusarse o inhibirse por no corresponderles.” COFJ

En cuanto a las definiciones, al igual que el debido proceso, se considera a la tutela efectiva, o tutela judicial efectiva como un derecho de naturaleza compleja, además relacionado como un derecho de orden procesal. Desde mi punto de vista tanto el debido proceso, como la tutela judicial efectiva, están interrelacionados, pues la vigencia de los principios del primero, garantizan la real vigencia del segundo.

A continuación haré referencia sobre algunos aspectos de este derecho, a partir del artículo de Vanessa Aguirre, titulado La tutela judicial efectiva como derecho humano: una aproximación de su concepción y situación en el Ecuador.(Aguirre)

Así se señala que uno de los aspectos básicos de este principio es el acceso a la justicia, es decir el poder poner en movimiento al sistema de administración de justicia, a través de los órganos respectivos, reconocidos por la Ley, anotando que este derecho está relacionado con la noción de jurisdicción.

Este derecho impone no solamente una serie de garantías procesales, sino mecanismos adecuados para hacer efectiva la decisión de los juzgadores.(Jara Vásquez, Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis., 2011)

“Se conceptúa a la tutela judicial efectiva como el derecho a acudir al órgano jurisdiccional del Estado, para que éste otorgue una respuesta fundada en derecho a una pretensión determinada –que se dirige a través de una demanda–, sin que esta respuesta deba ser necesariamente positiva a la pretensión.”<sup>9</sup>

Entre las concepciones dadas a la tutela efectiva, a continuación señalamos la siguiente tomada de una resolución del antiguo tribunal Constitucional:

“un derecho que no se limita al simple acceso a los órganos de justicia [lo que resulta trascendental, en todo caso], sino a que se le permita a la persona hacer efectivos sus derechos e intereses, lo que se logra dentro de un proceso cuya sustanciación” incluye la presentación y contradicción de las pruebas” (art. 194 CE). En cuanto a la necesidad de defensa, el derecho

---

<sup>9</sup>Tomado del artículo de Vanessa Aguirre antes referido, en el que hace referencia a la sentencia del TC español (STC) 23/90 de 23 de mayo de 1990 –“la cual incorpora la reiterada jurisprudencia dictada sobre este aspecto– que expresa: “el contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva consiste en obtener una resolución de fondo, pero ello no impide que el derecho también se satisfaga cuando la resolución es de inadmisión, siempre que se dicte en aplicación razonada de una causa legal, debiendo el razonamiento responder a una interpretación de las normas legales de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental”.”

En el mismo sentido, la antigua Corte Suprema de Justicia (CSJ), en resolución (res.) 147, de 11 de julio de 2003, publicada en el Registro Oficial (RO) 663, de 16 de septiembre de 2002, precisó: “El derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses, de ninguna manera puede entenderse en el sentido de que es un deber ineludible del juez el dar la razón a la parte que formula su queja siempre y en toda circunstancia, aunque no acredite tenerla; precisamente el proceso se organiza de manera tal que pueda el juzgador llegar a concluir, con razonable certeza, a cuál de las partes le asiste la razón. La finalidad del proceso es, precisamente, servir de medio para que el juez, tercero no involucrado en el conflicto, realice la composición brindando la tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses a las partes envueltas en tal conflicto””

a la tutela judicial efectiva exige que la composición de la litis contenga un adecuado elemento de contradicción que brinde al juez un cabal conocimiento de la realidad (oír a las partes y de permitirles probar sus asertos, considerando sus afirmaciones y elementos probatorios)”<sup>10</sup>

Al respecto concluye la autora que “la posición adoptada por la nueva Constitución en torno a la tutela judicial efectiva es definitiva, pues se la conceptúa como un derecho fundamental, el cual, para hacerse patente, requiere de la concurrencia de varios factores. Puede decirse que el debido proceso no es sino una consecuencia del aseguramiento del derecho fundamental-tutela judicial, o en otras palabras, el concepto que hace posible su aseguramiento.” (Aguirre)

El acceso a la justicia implica que los ciudadanos, podamos ejercer nuestro derecho a accionar y a movilizar a la función jurisdiccional sin limitaciones, es decir que la idea de acceder a la justicia sea común a todos.

El derecho a obtener un fallo, como principio de la tutela judicial efectiva, es consecuencia de haber puesto en movimiento a un órgano jurisdiccional, configurándose el fin u objeto que se busca al presentar una acción, que es la de obtener una respuesta. Desde el momento en que un ciudadano presenta su acción, hasta la obtención del fallo, es decir durante el proceso, quien ejerce la función de juzgador debe velar por el respeto y vigencia de las garantías del proceso.

---

<sup>10</sup>Tribunal Constitucional, res. 002-2004-DI (voto salvado), de 19 de octubre de 2004

Para una real vigencia de este derecho, los juzgadores a falta de ley no pueden dejar de dar una respuesta a quienes han acudido con tal objetivo, teniendo como pilar fundamental la aplicación de normas y preceptos constitucionales.

En resumen la tutela judicial o jurisdiccional es “un atributo subjetivo que comprende una serie de derechos, entre los que se destacan el acceso a la justicia, es decir, el derecho de cualquier persona de promover la actividad jurisdiccional del Estado, sin que se le obstruya, impida o disuada irrazonablemente; y, como quedó dicho, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.” (García Belaunde, 2009, pág. 832)

## **CAPITULO III: EL ARBITRAJE, SU REGULACIÓN CONSTITUCIONAL, EFECTOS DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES EN EL ARBITRAJE**

### **3.1 Reconocimiento Constitucional del Arbitraje:**

Como se indicó ya en el primer capítulo de este trabajo, el reconocimiento a nivel constitucional, no fue novedad de la Constitución de 2008, pues ya en la Constitución anterior ya se reconoció al arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos. Actualmente en el texto constitucional se reconoce a este mecanismo en el artículo 190, dentro del Título IV Participación y Organización del Poder, Capítulo Cuarto Función Judicial y Justicia Indígena, Sección octava, Medios Alternativos de Solución de Conflictos, dicho artículo señala:

“Se reconoce el arbitraje y la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la Ley.”

### **3.2 El debido proceso en el Arbitraje**

Como se señaló el Ecuador reconoce constitucionalmente al arbitraje como medio de solución de conflictos, es decir se entiende que lo reconoce con todas sus particularidades.

Una vez que hemos señalado los aspectos generales del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos y como institución en el mundo jurídico, así como se ha estudiado los objetivos y generalidades del debido

proceso y la tutela judicial efectiva, se concluye que, en el proceso arbitral es un escenario en el que el aplicar los principios del debido proceso es totalmente factible, siendo los Árbitros o el Árbitro, los llamados a velar por hacer posible aquello, recordando que, la legitimación del arbitraje es la voluntad de las partes expresada a través de la cláusula respectiva, lo que es posible porque así la Ley lo permite y más aún el reconocimiento expreso, enfático con la Constitución de 2008.

La alternabilidad y flexibilidad que este mecanismo presenta, no es un límite de las garantías y principios de un debido proceso, en el ejercicio jurisdiccional de las atribuciones concedidas a los árbitros, quienes al igual que jueces y autoridades, están llamados a velar por el cumplimiento de los preceptos constitucionales. Si bien el optar por el Arbitraje como método de solución de controversias implica renuncia de ciertos derechos, derechos disponibles, cuya renuncia aparentemente podría poner en riesgo la real vigencia de los principios constitucionales.

Sin embargo recordemos cual es el fundamento del Arbitraje, la autonomía de la voluntad de las partes, como expresión de su derecho de libertad, también reconocido constitucionalmente, dentro del Capítulo Sexto del cuerpo constitucional, artículo 66, en el que expresamente se reconoce entre otras libertades, el derecho a libertad de contratación, recordando también el origen convencional del arbitraje, en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes aceptan los principios, características y efectos que produce el Arbitraje, es más conscientes de aquello optan por este

mecanismo, en busca de la resolución ágil de una determinada controversia, confiando en las bondades del sistema arbitral.

Al respecto me permito señalar lo expresado por la doctora María Elena Jara quien con claridad manifiesta: "En el arbitraje, un medio de solución de conflictos reconocido inclusive a nivel constitucional, deben respetarse las reglas esenciales del debido proceso y los laudos arbitrales pueden ser sometidos a un proceso de ejecución, en forma similares a la sentencia expedida por jueces estatales. Consecuentemente, como se tiene bien establecido, el arbitraje es una vía idónea para la vigencia de tutela efectiva." (Jara Vásquez, Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis., 2011)

A continuación analizaremos las diferentes garantías del debido proceso y su aplicación en el sistema arbitral:

- a. Garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes, por toda autoridad administrativa o judicial. (Art. 76, numeral 1 Constitución 2008): implica que el juzgador, es decir el Tribunal Arbitral tanto en el procedimiento, es decir en todo el conjunto de **actuaciones**, conducidas a tener una resolución, así como la resolución misma, debe observar la vigencia de las normas tanto del derecho sustantivo como del derecho adjetivo, teniendo presente las particularidades y regulaciones propias del arbitraje, así como si se trata de un contrato, garantizar los términos que las partes en el expresaron, y obviamente el procedimiento pactado en la cláusula arbitral por las partes, que es lo que rige la actuación de los árbitros.

b. Obtención de las pruebas: Las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la Constitución o la ley no tendrán validez alguna o carecerán de eficacia probatoria. (Art. 76, numeral 2 Constitución 2008): como se señaló ya, en el procedimiento arbitral, así como en cualquier otro proceso, las normas y principios constitucionales son aplicables, teniendo los árbitros que sujetarse a estas normas dentro del marco de la institución arbitral, como es normal cada parte que participa en el arbitraje fundamenta su pretensión, y lo hace a través de pruebas, que lo que busca es la verificación de los hechos manifestados en las pretensiones respectivas, y que orientan al juzgador para tomar la resolución. Siendo extenso las clases de pruebas que las partes puedan aportar, estas deben ser obtenidas con sujeción a la Constitución, sin que atenten a los derechos en ella reconocidos, caso contrario carecen de validez probatoria.

c. El derecho a la defensa (Art. 76, numeral 7., Constitución 2008): como revisamos este derecho implica un conjunto de garantías:

- Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. (Art. 76, numeral 7, literal a): es decir que las partes están asistidas de todas las garantías que este derecho contempla, a lo largo del desarrollo del procedimiento arbitral, en todas sus etapas.
- Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. (Art. 76, numeral 7, literal b), es decir que

las partes sean notificadas con el tiempo necesario de las actuaciones, en el caso concreto del arbitraje el procedimiento es ágil y sencillo, en el que conjuntamente con el árbitro en la diligencia de Audiencia de Sustanciación, una vez que el Tribunal Arbitral se declare competente, se fija el término en que se practicarán las diligencias probatorias, siempre que fueren pertinentes.(Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)

- Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. (Art. 76, numeral 7, literal c).
- Publicidad de los procedimientos, salvo las excepciones contempladas en la Ley. (Art. 76, numeral 7, literal d). Respecto a este principio en el caso del Arbitraje, de acuerdo a la regulación que este tiene en la Ley de la Materia, el arbitraje puede ser confidencial, si así las partes lo desean, de conformidad con lo establecido en el artículo 34 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que al respecto señala: "las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido." (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006). En caso de que se pacte la confidencialidad, no se atenta contra este precepto constitucional, ya que el mismo se remite a la Ley, es decir a la Legislación secundaria, siendo este caso una de las excepciones contempladas.

- Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presente en su contra. (Art. 76, numeral 7, literal h), es decir el Principio de Contradicción, que lo que busca es que las partes mutuamente confronten los argumentos, pretensiones, fundamentos y aportes del adversario, lo que en el proceso arbitral claramente se practica, en las diferentes etapas del proceso.
  
- Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo. (Art. 76, numeral 7, literal j), en el caso del proceso arbitral la prueba testimonial como medio para verificar los hechos indicados por las partes, los árbitros con iguales facultades que los jueces para obligar a comparecer a los testigos indicados por las partes procesales.
  
- Ser juzgado por un juez imparcial, independiente y competente. (Art. 76, numeral 7, literal k), al igual que las otras garantías esta no se aparta del sistema arbitral, es más cobra mayor importancia, en virtud de que las partes cuando optan por este mecanismo tienen plena confianza en quienes van a ejercer el cargo de árbitros, en el caso de que las partes opten por el arbitraje institucional o administrado, es decir a través de un centro, son conscientes de los mecanismos y requisitos de selección de árbitros de cada centro,

institución que vela porque sus listas se encuentren conformadas por los profesionales más idóneos, considerando la experiencia, trayectoria y especialidad, verificándose la imparcialidad, independencia y competencia; además cabe señalar que existen mecanismos, como la recusación, de los árbitros por las causas determinadas en el Código de Procedimiento Civil, en caso de que las partes se sientan asistidas de este derecho.

En cuanto a la competencia, son los árbitros quienes en virtud de del llamado principio competence-competence, deciden sobre su propia competencia, y en el caso ecuatoriano este principio, propio de la materia arbitral, se encuentra regulado en el artículo 22 , primer inciso, de la Ley de Arbitraje y Mediación que señala: " Una vez constituido el Tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el Secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el Tribunal resolverá sobre su propia competencia."

El fundamento de la competencia de los árbitros es el consentimiento expreso de las partes, de someter su controversia al sistema arbitral, que como vimos se lo hace a través de la cláusula arbitral, siendo de vital importancia que el sometimiento al arbitraje sea inequívoco, o en su defecto si la cláusula que dio origen a un proceso arbitral, es una cláusula patológica, dependerá del grado de "patología" que presente dicha cláusula, y es el Tribunal quien decidirá si es o no competente. Siendo fundamental el que las partes redacten la

cláusula cuidadosamente, de manera que no amenacen, a sus propios derechos.

En el caso de que exista una cláusula arbitral, y se acuda a la justicia ordinaria, la Ley de Arbitraje y Mediación, acoge el llamado principio "pro arbitris", por el que en caso de duda sobre si hay o no hay sometimiento a arbitraje de una determinada relación jurídica por las partes, el órgano judicial estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. (artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación). Además por mandato legal los jueces ordinarios tienen la obligación de inhibirse de conocer cualquier demanda, que verse sobre relaciones jurídicas que se hayan sometido a arbitraje.

- Motivación de las resoluciones de los poderes públicos. (Art. 76, numeral 7, literal I. Como se señaló en el primer capítulo del presente trabajo entre los aspectos que debe contemplar un laudo arbitral esta justo el de la motivación, es decir la enunciación de las normas o principios jurídicos en los que se funda la resolución, así como la explicación de la pertinencia de la aplicación a los antecedentes de hecho.

Al ser el laudo una resolución que soluciona una controversia determinada, sobre la cual las partes manifestaron sus pretensiones, el laudo al igual que las sentencias debe contener los motivos que llevaron al tribunal para llegar a la solución, de manera clara y precisa, en el caso del arbitraje en equidad en el que la Ley faculta a que quienes resuelven fundamenten en razón del leal saber y

entender, y conforme a los principios de equidad, la motivación del laudo debe ser en este sentido.

- Recurrir la resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos. (Art. 76, numeral 7, literal m). respecto a este principio vamos a analizar como primer paso que significa recurrir, de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua, Vigésima Segunda Edición, "Acudir a un juez o autoridad con una demanda o petición. Entablar recurso contra una resolución." <sup>11</sup>

Respecto del laudo arbitral de acuerdo a lo dispuesto en la misma ley cabe ampliación o aclaración antes de que el laudo se ejecutorie, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación. Y otorgando la misma ley el carácter de inapelable, así se señala en el artículo 30 de la Ley de la materia:

"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.

---

<sup>11</sup> Diccionario Real Academia de la Lengua española, Vigésima primera edición.

Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley.” (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)

A continuación haremos un breve análisis al respecto de la aplicación y pertinencia de este principio en materia arbitral, en virtud de que en la práctica por referencias del Centro de Arbitraje local, dentro de un proceso<sup>12</sup>, una vez culminado el teniendo como fundamento lo previsto en el art. 76, numeral 7, literal m) que dispone:

---

<sup>12</sup> Juicio Arbitral N° 001-2010, sustanciado en el Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay, el actor interpuso recurso de apelación del laudo arbitral fundado en la norma del artículo 76, numeral 7, literal m de la Constitución. Al respecto el Árbitro Único resolvió mediante providencia que el recurrente “*determine y fundamente legalmente la procedencia del recurso interpuesto y señale quien es el Juez y Tribunal Superior competente en esta materia que, de concederse el recurso, deba conocer el proceso*”. Al respecto el actor en contestación a mencionada providencia el actor señala: “... *la apelación la interpongo ante la Corte Provincial de Justicia del Azuay*”. A continuación citaré lo resuelto por el señor árbitro: “Para resolver la petición presentada se considera: 1) La Ley de arbitraje y Mediación dispone: **“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 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.”**(el resaltado corresponde al Tribunal), luego es claro que cuando el actor suscribió los contratos que obran de autos, reconoció que al someter las controversias derivadas de ellos, al conocimiento y resolución de un árbitro, que debía proceder acatando las normas del citado Cuerpo de Ley, no existía ni existe la posibilidad de apelar del laudo o resolución que se emita en procesos arbitrales. 2) Que es la propia constitución de la República la que garantiza el derecho al debido proceso y a la seguridad jurídica, luego el derecho a recurrir de las resoluciones que afecten los derechos de las personas implica que exista, de manera previa, un órgano competente con capacidad legal de conocer dicho proceso. En la especie no existe norma que otorgue competencia a ningún tribunal o juez para conocer en apelación los laudos o resoluciones dictadas al amparo de la Ley de

En este aspecto es necesario cuestionarse si en materia arbitral existe: 1. Si la naturaleza del Arbitraje permite aquello, pues la respuesta es negativa en el sentido que en el Ecuador la Ley de Arbitraje y Mediación claramente señala:

Así mismo es necesario revisar cual es el objetivo de que una resolución que decida sobre los derechos de una parte que interviene en un proceso; pues el objetivo. Señalando que, si bien los Centros de Arbitraje, buscan tener en sus listas a los mejores profesionales y conocedores, sobre todo en el arbitraje en derecho, quienes van a decidir no dejan de ser seres humanos susceptibles de cometer errores de apreciación, aplicación y de resolución, así en la justicia ordinaria se contempla los llamados recursos horizontales y verticales para la revisión de autos y sentencias.

Al respecto es necesario señalar que, como se señalado en líneas anteriores el fundamento del arbitraje es la autonomía de la voluntad, siendo este principio el que legitima al arbitraje que es constitucionalmente y legalmente reconocido como un medio eficaz y válido para la solución de controversias, como se señala en el artículo 190 de la Constitución, con sujeción a la Ley.

---

Arbitraje y Mediación, porque la Ley otorga a la sentencia arbitral la categoría de “cosa juzgada” y por lo tanto inapelable, como expresamente lo señala la norma transcrita, tan es así que el propio recurrente no ha podido señalar las normas pertinentes cuando fue requerido, pues las mismas no existen. Conceder la apelación interpuesta implicaría a criterio del Tribunal una violación al debido Proceso y a la Seguridad Jurídica. Por todo lo dicho se niega el recurso interpuesto por improcedente.”

Respecto al laudo arbitral la única acción que contempla la Ley es la Acción de Nulidad, a la que nos referiremos en líneas posteriores.

La posibilidad de apelar un laudo arbitral, si bien por mandato constitucional aparentemente es posible, no existe constitucionalmente ni legamente posibilidad de hacerlo, en virtud de que si ello fuera oportuno, se pondría en riesgo la agilidad, característica básica del arbitraje, así como no existe desarrollada esta posibilidad en la legislación secundaria. Si en base a este principio algún órgano, pretende mal aplicarlo, actualmente, no existe jurídicamente el órgano competente para conocer y resolver, ni establecido el trámite para ello, situación que pondría en clara incertidumbre jurídica atentando a un derecho básico y fundamental contemplado constitucionalmente, como es la seguridad jurídica.

En caso de que fuera oportuno contemplar la posibilidad de poder recurrir de un laudo arbitral, surge una inquietud, si el órgano competente debe ser compuesto por árbitros o debe ser competencia de la justicia ordinaria, y el riesgo de mal utilizar esta posibilidad para litigar de mala manera, buscando dilatar el proceso, lo que ocurre en la justicia ordinaria, corriendo el riesgo de desnaturalizar al sistema arbitral.

En resumen respecto a la aplicación de las garantías del debido proceso y la tutela judicial efectiva podemos decir que en todo proceso arbitral debe estar presente:

1. **Igualdad:** que implica el dar trato igualitario a las partes, es decir que en todo el procedimiento las partes contendrán en un escenario que no implique situaciones de privilegio para una de las partes, o que obstaculicen a cualquiera de ellas.
  
2. **Debido proceso,** resumido en las siguientes tareas del Tribunal Arbitral:
  - a. "El tribunal siempre tendrá que recibir de todas las partes los escritos donde hacen valer sus pretensiones. Lo anterior siempre y cuando no se haya cerrado la etapa de instrucción o sea contrario a la organización que el tribunal haya establecido.
  - b. El tribunal debe permitir a todas las partes presentar pruebas y que tengan la oportunidad de desahogar las mismas.
  - c. Es indispensable que el tribunal escuche los alegatos de las partes y que se les autorice para exponer sus presentaciones y defensas respectivamente.
  - d. El tribunal debe cerciorarse que ambas partes tengan acceso a la información presentada por la otra parte. Es decir, que ambas partes tengan acceso a toda la información/documentación que será presentada por las partes al tribunal.
  - e. No debe limitarse el derecho para probar ni para alegar, excepto cuando se trate de peticiones inconducentes o que únicamente tiendan a retardar el procedimiento." (Gonzalez de Cossio)

### **3.3. Control de Legalidad de los Laudos: Acción de Nulidad:**

Como revisamos una de las características del proceso arbitral ecuatoriano, es el de que el laudo es inapelable, y respecto a este proceso la única acción que cabe es la conocida Acción de Nulidad del Laudo, siendo este un mecanismo de protección a derechos y garantías básicas de un debido proceso.

Esta acción está prevista en la Ley de Arbitraje y Mediación como el único "recurso" aplicable a un laudo arbitral, de conformidad con lo señalado en el último inciso del artículo 30 de mencionada ley, que señala: "Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley." (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006).

En la Ley, este mecanismo se lo toma en su definición como un "recurso" teniendo este mecanismo de revisión del laudo, la categoría de acción, y no de recurso, pues el objeto es un control posterior de la validez formal del laudo, más no que una instancia superior (que en materia arbitral no existe), revise la decisión y tenga la posibilidad de sustituirla, lo cual es propio de los recursos.

Al respecto es necesario analizar las causales por las que se puede interponer esta acción, así como el trámite que se da a dicha acción.

### **3.3.1 Causales:**

Como se indicó el objetivo de esta acción es el realizar un control de validez del laudo, para ello se han establecido de manera taxativa las causales por

las que se puede interponer esta acción, las causales están señaladas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, siendo:

1. Falta de citación, cuando "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" (art. 31, literal a) (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)
2. Falta de notificación, a una de las partes con las providencias del Tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte.(art. 31, literal b)
3. Falta de convocatoria, notificación o realización de las pruebas a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse. (art. 31, literal c)
4. Extra petita o ultra petita, cuando el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda, más allá de lo reclamado. (art. 31, literal d)
5. Designación del Tribunal, cuando se hayan violados procedimientos previstos para designar árbitros o constituir el Tribunal arbitral. (art. 31, literal e)

De las causales anotadas, se puede decir que se busca amparar la vigencia de las garantías que conforman el derecho al debido proceso, velando porque en el desarrollo del proceso arbitral se respeten dichas garantías, así como el respeto de la voluntad de las partes, en cuanto al mecanismo de selección de árbitros y de constitución del Tribunal.

### **3.3.2 Órgano Competente:**

La acción de nulidad se puede interponer ante el árbitro o Tribunal Arbitral, para ante el respectivo Presidente de la Corte Superior, hoy Corte Provincial de Justicia.

### **3.3.3 Término para interponer la acción:**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, la acción se interpone en el término de diez días, contados desde la fecha en que se ejecutorió, es decir una vez notificadas las partes con el laudo arbitral, si en el término de tres días, no solicitan ampliación aclaración, el laudo queda ejecutoriado, caso contrario una vez que el Tribunal resuelva la aclaración y/o ampliación, la resolución queda ejecutoriada dentro de los tres días posteriores a que las partes sean notificadas con la resolución de su petición, a partir de lo cual se contarán los diez días término en que las partes pueden hacer uso de la acción de nulidad prevista.

### **3.3.4 Trámite de la Acción de Nulidad:**

Respecto de este tema, en la práctica en el país, el trámite de la acción de nulidad de los laudos, se ha convertido en un suplicio, ya que entre varios aspectos es de señalar que el trámite y la práctica en las distintas ciudades del país no es uniforme respecto a esta acción, así en una Provincia, la Corte Provincial, tramita como juicio ordinario, en otra provincia se ventila como un trámite sumario dentro de los treinta días contados desde el día en que el Presidente de la Corte avoca conocimiento.

Además en la práctica, se ha observado que respecto de la sentencia emitida por la Presidencia de la Corte Provincial, se interpone recurso de apelación, para ante una de las Salas de la Corte Provincial, se interpone recurso de casación sobre las sentencias emitidas por la Corte Provincial, incluso se interpone la acción extraordinaria de protección, siendo una de las principales discusiones sobre el trámite que debe tener la acción de nulidad. Lo que ha generado inseguridad jurídica, y ha llevado a que se dilaten los procesos, desnaturalizando el arbitraje. Por lo que es necesario que al respecto se reforme la Ley, y se indique la vía para tramitar esta acción, así como la posibilidad de impugnación a la sentencia por la cual la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia.

La falta de seguridad jurídica, así como la práctica dilatoria por parte de los litigantes que desvirtúan el carácter ágil del arbitraje ha sido muy frecuente en los últimos tiempos, lo que claramente ha afectado a la institución arbitral, para demostrar lo dicho haré referencia al proceso arbitral N° 010-

2004, sustanciado en el Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay, desde la emisión del laudo arbitral,

En fecha 19 de enero de 2006, quedan notificadas las partes con el laudo, en la audiencia señalada para el efecto, conforme lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, mediante el cual se declara con lugar la demanda propuesta por el actor.

En fecha 24 de enero de 2006, la parte demandada solicita aclaración y ampliación respecto al laudo dictado, lo que es proveído por el Tribunal Arbitral, en fecha 03 de febrero de 2006

En fecha 17 de febrero de 2006, la parte demandada interpone la acción de nulidad por la causal establecida en el literal c) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, solicitando además la suspensión de la ejecución del laudo arbitral, lo que es resuelto por el Tribunal Arbitral en fecha 20 de febrero de 2006, caucionando dentro de término la parte demandada (accionante de la acción de nulidad) el valor correspondiente de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación y valor señalado por dicho Tribunal.

En fecha 02 de marzo se envía el proceso a la Presidencia de la entonces H. Corte Superior de Cuenca.

En fecha 03 de abril de 2006, el Presidente de la H. Corte Superior de Cuenca avoca conocimiento de la acción de nulidad planteada.

Mediante resolución de fecha 06 de abril de 2006, las 09h00, el Presidente de la H. Corte Superior de Cuenca, resuelve la acción de nulidad planteada, por el que en la parte resolutive de su sentencia señala

“desestima la Acción de Nulidad”, resolviendo dentro del término que prevé la Ley de arbitraje y Mediación para tramitar esta acción. Siendo notificada dicha resolución a las 18h05.

En fecha 06 de abril de 2006, a las 17h00, la parte accionante, solicita audiencia en estrados en el trámite de acción de nulidad.

En fecha 11 de abril de 2006, la parte accionante solicita aclaración de la sentencia<sup>13</sup> por la que se resuelve la acción de nulidad, y en providencia de fecha 17 de abril, se corre traslado a la parte contraria por el término de 72 horas<sup>14</sup>.

Una vez que se pronuncia la contraparte dentro de término, en fecha 05 de mayo de 2006, el Presidente de la Corte, inadmite la aclaración solicitada.

En fecha 09 de mayo de 2006, la parte accionante solicita Recurso de Apelación para ante una de las Salas de lo Civil y Mercantil de la H. Corte Superior de Cuenca<sup>15</sup>, recurso que mediante providencia de fecha 19 de mayo de 2006, es negado.

---

<sup>13</sup>El accionante señala que el trámite a seguir para resolver la acción planteada es la vía ordinaria, en virtud de lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, artículo 59, que señala: “toda controversia judicial que, según la ley, no tiene procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario.” Además señalando que se ha dejado en indefensión al no haber tenido respuesta sobre la petición de audiencia en estrados.

<sup>14</sup> Por su parte la contraparte señala entre sus argumentos: “la acción de nulidad del laudo, constituye, a no dudarlo, una acción con características específicas, que la constituyen en un medio extraordinario de impugnación, es una acción limitada, sujeta igualmente a un trámite especial; pretender que el trámite es el ordinario, constituye una flagrante contradicción con el espíritu del sistema arbitral...; significaría retornar a la justicia ordinaria, a cuya jurisdicción las partes en forma voluntaria renunciaron al aceptar someter sus controversias al sistema arbitral”

<sup>15</sup> Petición que la fundamenta en el artículo 321 del Código de Procedimiento Civil vigente en esa época y el artículo de la hoy derogada Ley Orgánica de la Función Judicial. El artículo de la primera norma invocada señala “Siempre que la Ley no deniegue expresamente un recurso se entenderá que lo concede”, mientras que el artículo 21 de la antigua Ley Orgánica de la Función Judicial señalaba: “En

En fecha 24 de mayo de 2006, el accionante presenta Recurso de Hecho<sup>16</sup>, mismo que es negado por el Presidente de la Corte Superior, mediante providencia de fecha 31 de mayo de 2006.

En fecha 06 de junio de 2006, el accionante interpone recurso de casación de la sentencia de fecha 06 de abril de 2006, mediante la cual se niega la acción de nulidad, recurso que es negado por el señor Presidente de la Corte Provincial.<sup>17</sup>, mediante providencia de fecha 16 de junio de 2006.

En fecha 21 de junio de 2006, el accionante presenta Recurso de Hecho, mismo que es concedido.

El recurso de hecho mencionado, es conocido por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia,

De las piezas procesales a las que se tuvo acceso, encontramos que mediante auto de fecha 15 de mayo de 2007, por considerar que el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, mediante resolución de fecha 19 de mayo de 2006, violó el trámite previsto en el Parágrafo 1º de

---

las Cortes Superiores, integradas por dos o más Salas, cada una de ellas ejercerá, en los asuntos que le hayan correspondido en suerte, las atribuciones expresadas en los ordinales 2.-, 3.- y 6.- del artículo anterior; las atribuciones de los ordinales 1.-, 2.-, 4.- y 7.- de la misma disposición, y las demás, corresponden a todo el Tribunal. Cuando la primera instancia corresponda al Presidente de la Corte Superior, la segunda instancia será de competencia de la Sala a la que no pertenece el Presidente, o a la que le corresponda por sorteo, si existieren más de dos Salas, sin tomar en cuenta la del Presidente. Si existiere una sola Sala, para la segunda instancia intervendrá el conjuer correspondiente.”

<sup>16</sup> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 365, 366 y 367 del Código de Procedimiento Civil. Art. 365: “Denegando el juez o tribunal el recurso de apelación podrá la parte, dentro del término de tres días, proponer ante el mismo juez o tribunal, el recurso de hecho.” Art. 366. “Interpuesto este recurso, o el juez o tribunal, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente, sin calificar la legalidad o ilegalidad del recurso elevará el proceso al superior quien admitirá o denegará dicho recurso.”

<sup>17</sup> Entre los argumentos para negar el recurso de casación planteado por parte del señor Presidente del Corte Superior son: el artículo 2 de la Ley de Casación, así como los numerales 1 y 2 del artículo 7 de la misma Ley, además por considerar extemporánea la presentación de dicho recurso.

la Sección 10ª del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil<sup>18</sup>, se declara la nulidad de lo actuado, a partir de mencionada resolución.

En fecha 06 de junio de 2007, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de las Corte Suprema de Justicia, en razón de una solicitud de revocatoria y de ampliación y/o aclaración, rechaza lo solicitado.<sup>19</sup>

En fecha 25 de junio de 2007, es devuelto el proceso a la Presidencia de la Corte Superior de Cuenca

Mediante auto de fecha 16 de julio de 2007, se concede el recurso de apelación de la sentencia dictada en la acción de nulidad del laudo arbitral, correspondiendo conocer dicho recurso a la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca.

Mediante auto de fecha 26 de mayo de 2006, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca desecha el recurso, confirmando la sentencia dictada por el señor Presidente de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca, respecto del cual la parte accionante interpuso recurso de casación.

El recurso de casación fue admitido a trámite en fecha 17 de septiembre de 2008, y resuelto por la Segunda Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la

---

<sup>18</sup> El Parágrafo 1º de la Sección 10ª, del Código de Procedimiento Civil, señalada por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, corresponde a la regulación de la apelación, art. 323-art.343.

<sup>19</sup> Señalando en dicha providencia con fundamento en el artículo 291 del Código de Procedimiento Civil que, “En la especie, que consta que el auto 15 de mayo de 2007, las 16h30 cuya revocatoria se solicita, no solo que revoca el dictado el 19 de diciembre de 2006-*por lo que no cabía solicitar una nueva revocatoria contraviniendo la norma legal citada-...*” Además señala “Por otro lado, habiendo esta Sala declarado la nulidad de lo actuado a partir del auto de 19 de mayo de 2006, las 10h40, dicatao por el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Cuenca , corresponde a este último, y no a esta Sala, el retomar el proceso a partir de ese momento procesal y disponer lo que en derecho correspondiere...”

Corte Nacional de Justicia, que resuelve no casar la sentencia de la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca, mediante sentencia de fecha 05 de noviembre de 2009.

El mismo accionante presentó en contra de la sentencia dictada por el Tribunal de Casación, Segunda Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, presentó acción extraordinaria de protección para ante la Corte Constitucional , para el Período de Transición, misma que mediante sentencia de fecha 07 de abril de 2010, resuelve inadmitir a trámite dicha acción<sup>20</sup>

El caso señalado fue un ejemplo que permite observar que la oscuridad de la Ley, en cuanto a la regulación del trámite de la Acción de Nulidad, han llevado y dado oportunidad para que se den prácticas dilatorias, dejando ver una inseguridad jurídica y la desnaturalización del arbitraje como medio constitucionalmente reconocido, ágil.

### **3.3.5 Suspensión de la Ejecución del Laudo:**

De conformidad con lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, quien interponga la acción, podrá solicitar al árbitro que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la

---

<sup>20</sup>La Corte Constitucional , para el Período de Transición, inadmitió a trámite la acción extraordinaria de protección planteada por considerar 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.”

demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte, para fijar el monto el tribunal tiene el término de tres días, y una vez determinado la parte accionante en el término de tres días después de ser notificado deberá consignar dicho valor. (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006).

Del caso señalado anteriormente, como se observa el tiempo en el finalmente se ejecutorió el laudo y por lo tanto tuvo el carácter de ejecutable, fue muy amplio, situación que difícilmente fue prevista por el Tribunal Arbitral, por lo que probablemente la caución fijada no fue suficiente sobre los perjuicios que causó a la contraparte. Respecto al cálculo de estos valores, la norma deja una puerta abierta dejando a criterio.

#### **3.4. Acción Extraordinaria de Protección en Laudos Arbitrales:**

En relación al tema es necesario analizar si cabe el control constitucional del proceso arbitral, y si es el caso, la acción extraordinaria de protección es el mecanismo idóneo para este control. Para ello es necesario referirse a varios aspectos:

##### **3.4.1 Regulación:**

Esta acción se encuentra reconocida constitucionalmente en el artículo 94, dentro del Capítulo de las Garantías Jurisdiccionales de la Constitución, y en

la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, a partir del artículo 58.

### **3.4.2 Procedencia:**

De conformidad con lo señalado en la Constitución, esta acción procederá “contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional del derecho.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Por su parte la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el artículo 58 de señala que el objeto de la acción extraordinaria de protección, es 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 por la Constitución. ( Ley Orgánica de Garantías Jurisciccionales y Control Constitucional)

Respecto a la procedencia de esta acción en contra de laudos arbitrales, a continuación nos referiremos a la posición que mantiene el jurista ecuatoriano Edgar Neira Orellana, y que señala que la acción extraordinaria de protección no procede contra laudos arbitrales ni contra

ninguna decisión adoptada por Tribunales Arbitrales, basándose en los siguientes argumentos:

Inexistencia de una norma que hubiere contemplado esta acción contra laudos arbitrales.

La alternabilidad del sistema arbitral, pues este sistema como sistema alternativo de solución de conflictos, está regulado por diversas normas, y por institutos y métodos de interpretación propios del arbitraje.

La naturaleza del objeto controvertido en un juicio arbitral, al tratarse de materia transigible, pues los derechos materia del litigio en este mecanismo son de libre disposición, lo que no implica que el actuar de los árbitros sea ajeno de aplicar y observar normas constitucionales, como se señaló ya en el desarrollo de este Capítulo.

La eliminación que la Asamblea Constituyente de Montecristi hizo respecto de la norma que preveía el control de constitucionalidad de las decisiones arbitrales, según lo señalado por el autor.

Respecto al primer argumento, que sin duda a nuestro juicio es el de mayor peso, señala que no existe norma constitucional que incluya a los laudos arbitrales, como objeto de ser impugnado a por medio de la acción extraordinaria de protección, pues el artículo 94, anteriormente señalado, indica que esta acción procede contra: sentencias y autos definitivos, cuando se hubieren agotado los recursos ordinarios y extraordinarios; manifestando que en este precepto constitucional "ni los laudos arbitrales ni

ningún otro género de decisiones adoptadas por árbitros quedaron comprendidos dentro de los pronunciamientos judiciales susceptibles de esta acción extraordinaria." (Neira Orellana, 2011)

Además señala que la regulación del art. 437 de la Constitución, dentro de la regulación de la Corte Constitucional, al regular nuevamente la acción extraordinaria de protección, con una redacción distinta, "jurídicamente defectuosa", misma que contiene dos partes y "en cada una de ellas alude a resoluciones jurisdiccionales diversas: en la primera parte se refiere a (i) sentencias, (ii) autos definitivos y, (iii) "resoluciones con fuerza de sentencia". Pero en la segunda parte, cuando se refiere a los requisitos de procedibilidad establece algo distinto. Exige que la Corte Constitucional, antes de admitir a trámite el recurso, debe verificar que se trate de (i) sentencias, (ii) autos y (iii) resoluciones firmes o ejecutoriados." (Neira Orellana, 2011), señalando en un mismo artículo diversos requisitos.

Al respecto nos adelantamos en señalar que en el caso al que se hará referencia más adelante, el mencionado Artículo 437 de la Constitución es uno de los argumentos por los que la Corte Constitucional, para el período de Transición admite a trámite una acción extraordinaria de protección contra un laudo arbitral.

Para el jurista citado, la inconsistencia del artículo 437, al emplear las expresiones "resoluciones con fuerza de sentencia" y "resoluciones firmes y ejecutoriadas", como si fueran equivalentes, vuelve discutible el criterio de que estén incluidos los laudos arbitrales en dicha norma, ya que ni siquiera nombra a los laudos arbitrales.

Si bien la Ley de Arbitraje y Mediación, señala que el laudo arbitral tiene los efectos de sentencia, la razón es la de hacer cumplir el laudo, más no “volver ineficaz el pronunciamiento de los árbitros o retardar el cumplimiento de las decisiones arbitrales, menos en el sentido de abrir la puerta para volver a discutir el fondo de lo ya decidido.”(Neira Orellana, 2011)

Si bien son válidos los argumentos señalados y el criterio del doctor Orellana, en la práctica la Corte Constitucional ya ha admitido a trámite varias acciones extraordinarias, por las que se impugnan laudos arbitrales, a continuación haremos referencia al Caso N.º 1568-10-EP, en el que mediante auto de fecha 01 de diciembre de 2010, se admite a trámite la Acción extraordinaria de Protección, planteada por el EMVIAL EP, impugnando el laudo de fecha 10 de mayo del 2010, dictado en el juicio arbitral N.º 009-2009, sustanciado en el Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay, y sobre el cual se presentó además la acción de nulidad prevista en la Ley, misma que fue denegada.

La Corte Constitucional, en referencia a la acción extraordinaria de protección planteada, después de admitir a trámite se resolvió negando la acción extraordinaria planteada, en virtud de que no existe vulneración de derechos constitucionales.

En este caso, en el auto de admisión, la Corte entre los fundamentos para admitir a trámite, se encuentra el mencionado artículo 437 de la Constitución, y el artículo 58 de la Ley Orgánica de Garantías

Jurisdiccionales y Control Constitucional, como requisitos de procedibilidad, sin embargo simplemente se transcriben dichos artículos y no se señala los laudos arbitrales para el criterio de la Corte en cuál de las categorías señaladas por las normas constitucionales y la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, se encuentran.

Por su parte la sentencia mediante la cual se niega la acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia, en la Argumentación sobre los Problemas Jurídicos, se analiza como primer punto, si es la acción extraordinaria la vía adecuada para conocer vulneraciones a derechos constitucionales contenidas en un laudo arbitral, y al respecto señala que:

"Los artículos 94 y 437 de la Constitución de la República señalan frente a qué actos se puede interponer una acción extraordinaria de protección, los cuales son "sentencias o autos definitivos" , y "resoluciones con fuerza de sentencia". De la sola lectura del artículo, en aplicación del método de interpretación literal, queda claro que el laudo arbitral no califica como un auto definitivo o sentencia. Restaría realizar una interpretación distinta respecto de lo que se entiende como "resolución con fuerza de sentencia", para determinar si los laudos arbitrales pueden ser incluidos en esta clasificación. Dicha discusión lleva a preguntarse, al menos de manera sucinta, la naturaleza del arbitraje. (...)Por ello, cabe preguntarse si el laudo califica como una "resolución con fuerza de sentencia", a efecto de la aplicación del artículo 437 de la Norma Fundamental.(...) es claro que el arbitraje suple el ejercicio de la jurisdicción "pública"; es más, la ley determina lo siguiente: "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". Entonces, los laudos arbitrales tienen la misma fuerza que una sentencia ejecutoriada, lo que determina que sí pueden ser impugnados por medio de la acción extraordinaria de protección." <sup>21</sup>(ACCION EXTRAORDINARIA DE PROTECCION, 2010) Sentencia N.º 169-12-SEP-CC, CASO N.º 1568-10-EP

De lo anotado, la interpretación que realiza la Corte Constitucional, ubica a los laudos arbitrales en la categoría de las resoluciones con fuerza de sentencia, incluidas en el art. 437 de la Constitución, por lo que de conformidad con lo expuesto por la Corte, como el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia, en nuestro país sí es posible impugnar los laudos arbitrales, a través de la acción extraordinaria de protección.

---

<sup>21</sup>(ACCION EXTRAORDINARIA DE PROTECCION, 2010)

## **CONCLUSIONES:**

El arbitraje es un mecanismo que ha evolucionado y ha sufrido muchos cambios a lo largo de su vigencia, y seguirá evolucionando y modificando a medida que el Derecho y la sociedad avance, pues las necesidades, así como el crecimiento social así lo ameritan; además que el arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos es relativamente nuevo, y su desarrollo como su demanda en los últimos años ha sido más común, evidenciando varios aspectos sobre los cuales se puede perfeccionar y sobre los cuales existen ciertos vacíos.

El arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos que tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes, como una expresión de su derecho fundamental a la libertad, constitucionalmente reconocido, siendo esta la base que permite someterse a este mecanismo constitucionalmente reconocido con las particularidades que esta institución jurídica se caracteriza, con sujeción a la Ley.

Con la vigencia de la nueva Constitución, se han generado dudas sobre los principios en ella consagrados, y respecto los cuales en la práctica se ha tratado de limitar la vigencia del arbitraje como un medio ágil para la solución de conflictos, pues se han observado prácticas dilatorias sobre el mal uso de la acción de nulidad prevista en la Ley de Arbitraje y Mediación, en cuanto a su trámite, así como el uso de la Acción extraordinaria de

protección, que por pronunciamiento del Órgano competente, es decir de la Corte Constitucional, esta acción es procedente sobre laudos arbitrales, lo cual amenaza al sistema arbitral desde la perspectiva de que puede usarse como un práctica dilatoria, desvirtuando el legítimo objetivo que persigue esta acción constitucional, que es la declaración de violación de derechos constitucionales, en el proceso.

Los procesos arbitrales no son ajenos a que puedan existir vulneración de derechos constitucionales, por lo que además de lo señalado por la Corte Constitucional, este es un mecanismo para el control constitucional aplicable a laudos, a pesar de lo expresado por el Dr. Orellana, si bien la redacción en el texto constitucional no es muy acertada, no deja de ser la acción extraordinaria de protección un mecanismo válido para proteger una eventual violación a los derechos constitucionales. Sin embargo en la situación actual, con la normativa vigente y aplicable al proceso arbitral, y ciertas malas prácticas, han llevado a que este mecanismo constitucional, amenace al sistema arbitral.

De lo analizado y expuesto en el presente trabajo podemos concluir que el arbitraje como medio de solución de conflictos, mediante el cual los árbitros ejercen funciones jurisdiccionales, es decir se les otorga la facultad de administrar justicia, es un medio que permite la aplicación de las garantías básicas del debido proceso, teniendo como antecedente fundamental que este medio se legitima por la autonomía de la voluntad de las partes, como una expresión del derecho fundamental de la libertad, y que la renuncia de ciertos derechos no afecta la vigencia de las garantías básicas del debido

proceso, mientras en el procedimiento arbitral se observen los principios fundamentales de un proceso, como la igualdad de las partes, la oportunidad, la contradicción, la inmediación y la motivación de las resoluciones.

El momento en que se presenten estos principios dentro de un proceso arbitral, se ha configurado el debido proceso y como resultado existe una tutela judicial efectiva, en virtud de que las partes así lo querían y en uso de su libertad expresaron la voluntad de alejar sus controversias de la justicia ordinaria. Así como el acceso a la justicia alternativa a través del arbitraje, y la obtención de un fallo, mismo que cuenta con su vía de ejecución, en caso de incumplimiento, lo que deja evidente la vigencia del derecho a la tutela judicial efectiva.

De algunos casos analizados, se ha observado que por parte de árbitros y abogados el proceso arbitral en varias ocasiones se judicializa la práctica del procedimiento arbitral, inobservando la flexibilidad procesal que da el sistema arbitral, lo que no quiere decir bajo ningún concepto que con la flexibilidad se quiera poner en riesgo la vigencia de instituciones del derecho procesal.

Es necesario reformar algunos aspectos de la Ley, sobre todo lo relativo al trámite de la acción de nulidad, en virtud de que de lo investigado y revisado, no existe uniformidad al respecto, teniendo cada Corte Provincial su propio trámite para ventilar esta acción, lo que claramente atenta

contra el principio de seguridad jurídica. Al respecto existe intenciones y propuestas de reforma de Ley, sin embargo no se concreta, siendo urgente que esto suceda.

Es tarea tanto de los Centros de Arbitraje, como de los abogados litigantes, usuarios de este sistema, así como de los protagonistas, es decir los árbitros el impulsar y difundir a este medio con las ventajas que presenta y de acuerdo a las experiencias crear y proponer medios para superar las desventajas y obstáculos que se han presentado, así como el promocionar las buenas prácticas procesales.

## BIBLIOGRAFÍA:

- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (s.f.).
- ACCION EXTRAORDINARIA DE PROTECCION, 1568-10 EP (Corte Constitucional para el período de Transición 2010).
- Aguirre, V. (s.f.). *Programa Andino de derechos Humanos*.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho de los Derechos Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Caivano, R. (2000). *Arbitraje*. Argentina: Ad-Hoc.
- Código Civil Ecuatoriano. (s.f.).
- *Código de Procedimiento Civil*. (s.f.).
- Constitución de la República del Ecuador. (2008).
- Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, R.O. 1, 11.08.1998. . (s.f.).
- Convención de New York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. (1958). Ratificada por Ecuador el 30 de noviembre de 1961.
- *Diccionario Jurídico Anbar*. (1997).
- *Diccionario Jurídico Anbar*. (1997). Cuenca: Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- Freyre Castillo, M. (s.f.). Obtenido de [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com).
- García Belaunde, D. (2009). *Diccionario de Jurisprudencia Constitucional. Definiciones y Conceptos Extraídos de las Resoluciones y Sentencias del Tribunal Constitucional*. Lima: Editorial Jurídica Grijley.
- Gil Echeverry, J. H. (2004). *Nuevo régimen de arbitramento MANUAL PRÁCTICO*. Bogotá, D.C: Cámara de Comercio de Bogotá.
- González de Cossío, F. (s.f.). <http://www.juridicas.unam.mx/>. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/>
- Graham Tapia, L. E. (2004). La Cláusula Arbitral. En C. A. M, *MANUAL DE ARBITRAJE COMERCIAL*. México: Editorial Porrúa.

- Graham Tapia, L. E. (2004). La Cláusula Arbitral. En C. A. M, *MANUAL DE ARBITRAJE COMERCIAL*. México: Editorial Porrúa.
- Guasp, J. (1968). *Derecho Procesal Civil Tomo Primero Introducción y parte General*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- Jara Vásquez, M. E. (2011). Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*.
- Jara Vásquez, M. E. (2011). Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*.
- *Ley de Arbitraje y Mediación*. (2006).
- Loperena Ruiz, C., & Francisco, G. d. (2004). El Procedimiento Arbitral. En (. Cecilia Azar M, *Manual de Arbitraje Comercial*. México: Editorial Porrúa.
- Mario Castillo Freyre, Ricardo Vásquez Kunze. (s.f.). Naturaleza y Definición. En R. V. Mario Castillo Freyre, *El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia*. Lima. Obtenido de Estudio CastilloFreyre:  
[http://www.castillofreyre.com/biblio\\_arbitraje/vol1/capitulo2\\_naturaleza\\_y\\_definicion.pdf](http://www.castillofreyre.com/biblio_arbitraje/vol1/capitulo2_naturaleza_y_definicion.pdf)
- Merino Merchán, J. F., & Chillón Medina, J. M. (2006). Tratado de Derecho de Arbitral. En J. F. Medina, *Tratado de Derecho de Arbitral*. Navarra: editorial ARANZADI, SA.
- Montoya Alberti, U. (s.f.). Historia del Arbitraje. *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*.
- Neira Orellana, E. (2011). La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*.
- Palacio, L. E. (1987). *Derecho Procesal Civil, t. IX: Procesos Arbitrales y Universales*. Buenos Aires.
- Pallares Bossa, J. (s.f.). *Arbitraje, Conciliación y Resolución de Conflictos. Teoría, Técnicas y Resolución*. Leyer.
- Patricio, A. A. (1958). *El Juicio Arbitral*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Pérez Royo, J. (2010). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
- Pucci, A. (s.f.). *Arbitraje en los países del MERCOSUR*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Roque J., Caivano. (2011). *La cláusula Arbitral. Evolución histórica y comparada*. Bogotá: Workhouse Procesal. Editorial Universidad del Rosario.
- Rozas, J. C. (2006). El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino. En E. P. Albónico, *Estudios de Arbitraje, libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. Chile: Editorial Jurídica Chile.
- Ruska Maguiña, C. (2007). Pacte con cuidado, podría terminar en el Poder Judicial. *Revista Peruana de Arbitraje N° 4*, 49-64.
- Salcedo Verduga, E. (2006). *El Arbitraje: La Justicia Altrnativa*.