

**UNIVERSIDAD DE LOS HEMISFERIOS**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**

**FACULTADES DE INTERVENCIÓN DE LA FUNCIÓN JUDICIAL EN EL  
PROCESO ARBITRAL**

**Relación entre la judicatura y el arbitraje: ¿control o asistencia?**

**Tesina presentada como requisito para la obtención del Título de Abogado**

**Arturo Griffin Valdivieso**

**Director: Dr. Alfredo Larrea Falcony**

Quito, noviembre de 2013

El presente documento se ciñe a las normas éticas y reglamentarias de la Universidad de Los Hemisferios. Así, declaro que lo contenido en éste ha sido redactado con entera sujeción al respeto de los derechos de autor, citando adecuadamente las fuentes. Por tal motivo, autorizo a la Biblioteca a que haga pública su disponibilidad para lectura, a la vez que cedo los derechos de publicación a la Universidad de Los Hemisferios.

De comprobarse que no cumplí con las estipulaciones éticas, incurriendo en caso de plagio, me someto a las determinaciones que la propia Universidad plantee. Asimismo, no podré disponer del contenido de la presente investigación a menos que eleve por escrito el requerimiento para su evaluación a la Comisión Permanente de la Universidad de Los Hemisferios

Arturo Griffin Valdivieso

*A mi padre por su ejemplo y esfuerzo.*

*Un agradecimiento especial al*

*Dr. René Bedón Garzón y al*

*Dr. Alfredo Larrea Falcony*

*por su ayuda en la  
elaboración de este trabajo*

## ÍNDICE

<b>Relación entre la judicatura y el arbitraje: ¿control o asistencia?</b> .....	1
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>EL ARBITRAJE</b> .....	6
<b>1.1 Consideraciones preliminares</b> .....	6
<b>1.2 Concepto</b> .....	9
<b>1.3 Naturaleza Jurídica</b> .....	12
<b>1.3.1 Teoría jurisdiccional</b> .....	13
1.3.2 <i>Teoría contractualista</i> .....	14
1.3.3 <i>Teoría mixta</i> .....	16
1.3.5 <i>Tesis ecléctica</i> .....	17
1.3.6 <i>Nuestra postura</i> .....	17
<b>1.4 El convenio arbitral</b> .....	19
<b>1.4.1 Requisitos de validez</b> .....	24
1.4.2 <i>Las cláusulas patológicas</i> .....	25
1.5 <b>Recapitulación</b> .....	26
<b>LA AUTONOMÍA DEL CONVENIO ARBITRAL Y EL PRINCIPIO DE LA KOMPETENZ-KOMPETENZ</b> .....	29
<b>2.1 La autonomía del convenio arbitral</b> .....	29
<b>2.2 El principio de la Kompetenz-Kompetenz</b> .....	35
<b>2.2.1 Consideraciones preliminares:</b> .....	35
<b>2.2.2 Concepto</b> .....	37
<b>2.2.3 Análisis de derecho comparado</b> .....	41
<b>2.2.4 Posición ecuatoriana</b> .....	44
<b>2.4 Recapitulación</b> .....	46

<b>LA RELACIÓN ENTRE LA JUDICATURA Y EL ARBITRAJE: ¿CONTROL O ASISTENCIA?</b> .....	48
<b>3.1 Consideraciones preliminares</b> .....	50
<b>3.2. Intervención ex ante</b> .....	51
3.2.2 <i>El juicio de competencia entre árbitros y jueces</i> .....	55
3.2.3 <i>Las medidas cautelares dentro del proceso arbitral</i> .....	59
<b>3.3. Control ex post</b> .....	63
3.3.1 <i>Impugnación del laudo</i> .....	63
3.3.2 <i>La acción de nulidad</i> .....	64
3.3.2.1 <b>Las causales de nulidad de laudo arbitral</b> .....	68
3.3.2.1 <b>Análisis individual de las causales de nulidad</b> .....	71
3.3.2.2 <b>Recapitulación</b> .....	77
<b>3.4. Procedencia del Recurso de Apelación de la Sentencia de la Acción de Nulidad de Laudo Arbitral</b> .....	78
<b>3.4 Procedencia del recurso de casación de la sentencia de nulidad de laudo arbitral</b> .....	79
<b>3.6 Procedencia de la acción extraordinaria de protección (AEP)</b> .....	81
<b>3.7 La ejecución del laudo</b> .....	83
CONCLUSIONES .....	86
BIBLIOGRAFÍA.....	92

## INTRODUCCIÓN

El ser humano tiene una serie de necesidades que satisfacer. Su vida es un camino en búsqueda de bienes materiales e inmateriales que pretende, como fin último alcanzar la felicidad. Está en su propia naturaleza no detenerse ante los obstáculos para encontrar más y mejores cosas, lo que lo ha impulsado a adquirir un desarrollo inimaginable. Por ello, surgen las primeras controversias debido a que existe una cantidad limitada de bienes que son deseados por más de una persona.

En este sentido, el profesor Vescovi manifiesta que:

“Los hombres en sociedad tienen conflictos de intereses en virtud de que los bienes de la vida no alcanzan para las necesidades ni los deseos de todos. Surgen así pretensiones de algunos que no son aceptadas por otros, sino resistidas, lo cual genera la controversia.”(Vescovi, 1999, pág. 1)

Como dice Alvarado Velloso:

“Un mismo bien de la vida que el hombre no podía o no quería compartir, servía para satisfacer el interés de otro y otros que también lo pretendían excluyentemente (alimento, agua, vivienda, etc.). Si tal pretensión satisfacía a todos, permanecía incólume al estado de convivencia pacífica del grupo social. En cambio, si a la pretensión de uno se oponía la resistencia o la fuerza de otro, sea porque se negaba su legitimidad o porque contra ella se alegaba una pretensión contraria, se producía un estado de controversia que alteraba la paz del grupo porque el individuo que se sentía lesionado en su derecho, recurría a su propia fuerza física para defenderlo o

recuperarlo, es decir, aplicaba la justicia por su propia mano. A este fenómeno de alteración de la paz social se le ha dado el nombre de conflicto intersubjetivo de intereses”. (*cit. en* (Salcedo, 2007; Pág. 4):

Una vez que se ha generado la controversia es natural que las partes deseen encontrar una solución. El medio más antiguo, y tal vez el que resulta más acorde a la tendencia primitiva del hombre, sea el de imponer sus pretensiones por la fuerza. A pesar de esto, a medida que se va dando la evolución social y jurídica, se excluye su uso y, de hecho, se produce un rechazo a que se la emplee.

Entonces, cuando las partes no logran resolver un conflicto por sí mismas, era y es común que se busque a un tercero imparcial que los ayuda a encontrar una salida. Hoy por hoy, a este tercero se lo conoce como árbitro.

Así el Dr. Ernesto Salcedo Verduga:

“El arbitraje ha existido desde siempre. Los hombres han tenido siempre conflictos y muchas veces han buscado a terceros para dirimirlos de manera imparcial. Dentro de este orden de ideas, se puede decir que el arbitraje es anterior a la justicia ordinaria.”  
(Salcedo, 2007: pág. 18)

Por otro lado, el mismo autor, citando la obra de Ildefonso Bellón Gómez, nos dice que:

“El arbitraje se presenta como una de las más atractivas vías alternativas al proceso judicial. De muy antiguo se conoce la práctica de las personas cuyos intereses han entrado en conflicto de acudir a uno o varios terceros cuyos conocimientos y sabiduría les proporcionase la suficiente confianza para asumir la solución que les suministrasen, siendo común entre los autores la consideración de la institución como forma de

justicia precedente a la implantación de organismos judiciales permanentes”. (Salcedo, 2007: pág. 18)

Se puede decir que el arbitraje ha existido desde el principio de los tiempos. Se encuentra presente en mitos muy antiguos, en pasajes de la Biblia y se ha mantenido vigente hasta el día de hoy. La misma historia ha demostrado que constituye una de las mejores formas de resolución de controversias y es por esto que sigue presente dentro del ordenamiento jurídico mundial.

El Ecuador no es la excepción y en lo que nos compete, desde la Constitución Política de la Monarquía española promulgada en Cádiz el 19 marzo de 1812 hasta la Constitución de la República del año 2008, se considera al arbitraje como un método idóneo de resolución de conflictos.(Salcedo, 2007: pág. 39)

Actualmente es, sin duda, una de las mejores formas de resolución de conflictos. Las partes que deciden acudir a la justicia arbitral se benefician de poder determinar el proceso, de la celeridad, del estudio profundo de los casos, de la especialidad de los árbitros, de los costos en tiempo y dinero reducidos entre otras bondades (en comparación a los que se incurre en procesos ordinarios que por lo general mantienen una estructura de dos instancias más la posibilidad de presentar un recurso de casación e inclusive posteriormente una acción extraordinaria de protección).

Lamentablemente, son ventajas que tal vez no podemos encontrar en la administración de justicia estatal. La falta de preparación de funcionarios y jueces, procesos caducos, infraestructura inadecuada, entre otros, dificultan el acceso a la justicia.

Claro está que el arbitraje, como toda creación del hombre, no es perfecto, y esta investigación no pretende pasar por alto esas imperfecciones, pero, una vez que se las enfrenta con los problemas que tiene hoy en día la justicia ordinaria, tienden a desaparecer.

Ahora es indudable la importancia que tiene la Función Judicial en la organización estatal. Sus amplias facultades de acción son la base, muchas veces, para encontrar un equilibrio dentro de la sociedad. Si no existiera, probablemente los fines del derecho serían simples enunciados dentro de un estado primitivo de anarquía.

Entonces, nos encontramos frente a dos sistemas paralelos, que buscan un mismo fin y comparten las mismas herramientas para llegar a él. Ambos cuentan con sus prerrogativas propias: es así que la función judicial tiene, por lo general, mayores facultades que los tribunales arbitrales. A pesar de esto, los dos sistemas administran justicia y sus resoluciones son igualmente válidas.

Independientemente, existe una relación de apoyo entre ellos. Que su complementariedad funcione permite a ambos beneficiarse recíprocamente. Por ejemplo, el arbitraje es una fuente de desahogo de causas que podrían terminar en una ya colapsada justicia ordinaria. Por otro lado, el arbitraje busca en la judicatura apoyo para ejecutar sus resoluciones, entre otros.

Es así que surge el problema jurídico planteado en este trabajo. En un principio parecería que la situación es clara pero, a la hora de aplicar las normas para casos específicos, surgen una serie de dudas sobre el alcance de la “complementariedad” antes mencionada, por lo que nos preguntamos: ¿la relación entre la judicatura y el arbitraje es de control o asistencia?

Para contestar esta interrogante se enfrentarán las facultades de la función judicial estatal con los principios fundamentales del arbitraje. Análisis necesario por cuanto ambos buscan un mismo fin y muchas veces se los puede ver actuando dentro del desarrollo y resolución de las distintas causas.

## EL ARBITRAJE

### 1.1 Consideraciones preliminares

El artículo primero del Código de Procedimiento Civil<sup>1</sup> (CPC) inicia definiendo la jurisdicción como “el poder de administrar justicia, que consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes.”

El profesor Enrique Vécovi realiza las siguientes acotaciones en su obra:

“Etimológicamente, jurisdicción viene de *iuris dictio* que significa: decir el derecho. Su primera y esencial función es lo que Calamandrei ha denominado la “declaración de certeza”. Se trata de declarar cuál es el derecho ante el conflicto, o sea, quién tiene la razón.”(Vécovi, 1999, pág. 102)

Como se desprende de la propia definición del artículo 1 del CPC, la jurisdicción no sólo otorga la posibilidad de juzgar sino también la importantísima facultad de hacer ejecutar lo juzgado. Sin ello, lo resuelto corre el grave riesgo de convertirse en letra muerta, por lo que se la considera como un elemento constitutivo de la jurisdicción.

Así continúa el profesor Vécovi:

“(…) modernamente se considera que la función comprende no solo la actividad que el Estado realiza para aplicar la norma general y abstracta al caso concreto, e individualizar el mandato legal, sino también la actividad, generalmente ulterior, que el Estado lleva a cabo para hacer que este mandato concreto sea, prácticamente,

---

<sup>1</sup>Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial (RO), Suplemento 58 de 12 de julio de 2005.

observado, llegándose hasta el empleo de la fuerza física si fuere necesario.”(Véscovi, 1999, pág. 102)

Por otro lado, el tratadista Devis Echandía nos dice que:

“[La *jurisdicción*] se la considera como una función (potestad) del Estado, cuyo principal fin es satisfacer el interés de este en la realización del derecho y la garantía del orden jurídico y de libertad individual en los casos concretos y mediante decisiones que obliguen a las partes del respectivo proceso para que haya paz y armonía social.” (Devis Echandía cit. en (Véscovi, 1999, pág. 102)

Más adelante, el mismo CPC señala que: “El poder de administrar justicia es independiente; no puede ejercerse sino por las personas designadas de acuerdo con la ley” y en el artículo tres continúa haciendo una clasificación de los distintos tipos de jurisdicción, pero, para los efectos de este trabajo, las que nos interesan son las establecidas en los incisos séptimo y octavo; es decir: la jurisdicción legal y la jurisdicción convencional.<sup>2</sup>

La primera es la facultad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que otorga la Ley. Por otro lado, la jurisdicción convencional es la que nace del acuerdo de las partes y, en los casos en los que la ley lo permite (principalmente cuando se trata de derechos transigibles) o lo manda, otorga la facultad de resolver sobre controversias suscitadas entre los litigantes a “jueces” que no pertenecen a la función jurisdiccional, es decir a árbitros.

---

<sup>2</sup> Art. 3.- La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, preventiva, privativa, legal y convencional.  
Jurisdicción voluntaria es la que se ejerce en los asuntos que, por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción.  
Jurisdicción contenciosa es la que se ejerce cuando se demanda la reparación o el reconocimiento de un derecho;  
Jurisdicción ordinaria es la que se ejerce sobre todas las personas o cosas sujetas al fuero común;  
Jurisdicción preventiva es la que, dentro de la distribución de aquella, radica la competencia por la anticipación en el conocimiento de la causa;  
Jurisdicción privativa es la que se halla limitada al conocimiento de cierta especie de asuntos o al de las causas de cierta clase de personas;  
Jurisdicción legal es la que nace únicamente de la ley;  
Jurisdicción convencional es la que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la ley;

La Constitución de la República del Ecuador acepta los métodos alternativos de solución de conflictos en el artículo 190<sup>3</sup> el cual prescribe que: “se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.”

Véscovi se pronuncia al respecto diciendo:

“En el derecho moderno esta jurisdicción (la jurisdicción arbitral) ha tomado un mayor desarrollo, pese a ser la forma más primitiva de justicia. Se trata de una jurisdicción (según la mayor parte de la doctrina que rechaza el carácter contractual del arbitraje) en la cual el órgano judicial es privado, designado por acuerdo de partes, las cuales también, generalmente, deben ponerse de acuerdo en someter las cuestiones a dicho órgano.”(Véscovi, 1999, pág. 104)

El autor ecuatoriano Alejandro Ponce Martínez, en su obra Derecho Procesal Orgánico, hace el siguiente análisis sobre el tema que estamos tratando:

“Aparentemente contraría el principio de legalidad, en cuanto a la jurisdicción, la existencia de la denominada jurisdicción convencional, esto es aquella que no surge de la ley sino del compromiso de las partes. Sin embargo esta contradicción solamente es aparente, puesto que es la misma ley la que permite, en los casos y con las condiciones y requisitos por ella preceptuados, el que las partes se sometan a la jurisdicción de árbitros incluso designados por ellas (...)”(Ponce, 1991, pág. 80)

A esa cita es necesario añadirle que, a pesar de que los árbitros tienen la *auctoritas* carecen de *imperium*, por lo que no pueden ejecutar sus decisiones por sí mismos. Deben, en principio, acudir a jueces ordinarios para que hagan cumplir con lo ordenado en caso de que la parte condenada no lo haga.

---

<sup>3</sup> Constitución de la República del Ecuador. RO No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Es decir, las personas tiene la posibilidad (y el derecho) de acordar que sean árbitros los que resuelvan sus controversias susceptibles de transacción para así evitar acudir a los tribunales estatales.

## **1.2 Concepto**

Atendiendo la etimología de la palabra, arbitraje viene del latín *adbiter* que a su vez proviene de dos raíces *ad* y *arbiter*, que significa tercero que se dirige a dos litigantes para entender su controversia. (Salcedo, 2007: pág. 8)

La Ley de Arbitraje y Mediación<sup>4</sup> (LAM), en su artículo primero define al arbitraje como:

“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.”

Por otro lado, para el profesor Salcedo Verduga el arbitraje es:

“Un mecanismo al que las partes recurren voluntariamente a la solución de sus conflictos, pero es de carácter adversarial. El tercero o terceros neutrales, llamados árbitros, deciden la controversia emitiendo un laudo que es obligatorio para las partes; funciona generalmente en forma paralela a la jurisdicción ordinaria a la que recurre en diferentes oportunidades, para efectos de interposición de la acción de nulidad o de ejecución de medidas cautelares y del fallo. Las partes tienen poder de decisión sobre algunos aspectos del procedimiento que es menos formal que el procedimiento judicial.” (Salcedo, 2007: pág. 17)

El chileno Patricio Aylwin Azócar, lo entiende como:

“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

---

<sup>4</sup>Ley de Arbitraje y Mediación. RO No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones” (Aylwin, 2009, pág. 5)

Según Roque Caivano, “el arbitraje es un sistema de resolución de conflictos; una herramienta mediante la cual se resuelven los conflictos por particulares que no revisten la calidad de jueces.”(Caivano R. , 2000, pág. 10)

Para terminar, la Segunda Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia reconoció que:

“El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada por terceras personas, [...] sustrayéndolos de la jurisdicción común, previo sometimiento voluntario de las partes en tal decisión, y cuya existencia impide a la función judicial conocer de las cuestiones, litigiosas sometidas al arbitraje. Así, la disposición del Art. 31 de la Ley de Mediación y Arbitraje estatuye la inapelabilidad del laudo arbitral, por lo que la decisión arbitral se torna irrevocable y podrá obtenerse su ejecución forzosa del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio.”<sup>5</sup>

Pero, ¿para qué es necesario contar con la ayuda del arbitraje cuando el Estado ya ha dispuesto un sistema propio para solucionar las controversias de los individuos? La exposición de motivos de la ley española sobre arbitraje de 22 de diciembre de 1953 hace un análisis muy completo sobre los fines últimos de esta institución y consideramos necesario transcribirla para permitir al lector una comprensión más completa:

“Acaso ninguna institución de las que encierra el ordenamiento jurídico de un país revele con más hondo significado el sentido del derecho y del lugar que éste ocupa en la vida social como ocurre con la institución arbitral. El conjunto de normas que tiene por misión específica reparar, con criterio de justicia, los distintos bienes entre los miembros de una colectividad, está destinada- por la propia naturaleza de las cosas- a sufrir la ruda prueba que los conflictos de los intereses afectados le plantean diariamente. Y puesto frente a la necesidad de ordenar igualmente esos conflictos de intereses, el derecho- antes de llegar al puro mecanismo coactivo de la intervención

---

<sup>5</sup> JUICIO DE ARBITRAJE. Expediente 401, Registro Oficial 562, 24 de Abril del 2002. ACTORA: La Ganga Rca. Cía. Ltda. DEMANDADO: Colonial de Seguros y Reaseguros SA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SEGUNDA SALA DE LO CIVIL MERCANTIL

inapelable del poder público- idea una serie de resortes de conciliación que tratan de restablecer, en la medida de lo posible, el interrumpido orden de la convivencia social. Tal es, precisamente, el papel que asume el arbitraje dentro del sistema general de las instituciones jurídicas. Cuando ya no es posible un arreglo directo de la eventual contienda, pero quedan formas de armonía accesibles a terceros, sin necesidad de acudir a la fuerza del Estado, una experiencia secular ha consagrado la eficacia de dar entrada en el cuadro de las figuras jurídicas conocidas, a esta obra pacificadora de terceros que, gozando de la confianza de los contendientes, pueden recibir de éstos la autoridad necesaria para imponerles una solución satisfactoria. De este modo, no se menosprecia ni se desconoce la labor augusta del juez, como órgano de la soberanía del Estado, sino que, precisamente, por esta excelsitud de su carácter, se la reserva para aquellos casos en los cuales, desgraciadamente, un tratamiento amistoso no es posible ni si quiera por esta vía indirecta y se hace necesaria la intervención del imperio estatal. El desarrollo del arbitraje es solo un síntoma de que en un país determinado, las relaciones sociales no se agudizan continuamente, de manera que sea siempre preciso acudir al remedio extremo de los tribunales. De aquí que, precisamente, en los países de más densa cohesión social, sin perjuicios de su refinado espíritu jurídico, el arbitraje alcance dimensiones cada vez mayores en su amplitud.”<sup>6</sup>

Por lo que podemos concluir, especialmente de la última cita, que el arbitraje es una institución fundamental en la sociedad. Tiene intrínseco un deseo de paz y de bien común, de orden jurídico y social, pensado para que los conflictos que se dan dentro de un grupo sean resueltos con rapidez y seguridad jurídica. Es así que, su espíritu conciliador estuvo presente desde que se dio el primer arbitraje hasta nuestros días.

En general, las distintas legislaciones lo recogen y, como dice Roque Caivano, no sólo lo consideran un método idóneo de solución de controversias sino que es el método que se debe impulsar para cumplir con este fin:

“[...] en el decreto de 16-24 de agosto de 1790 se declaró que el arbitraje era “el medio más razonable de terminar un conflicto entre ciudadanos” y se dispuso que los

---

<sup>6</sup> Exposición de motivos, Ley de Arbitraje española, 22 de diciembre de 1953.

legisladores no podrán dictar disposiciones que tiendan a restringir ese derecho ni la eficacia del acuerdo arbitral.”(Jean Robert cit. por (Caivano R. J., 2008, pág. 38)

### 1.3 Naturaleza Jurídica

Para poder cumplir con los objetivos propuestos al iniciar el presente trabajo es necesario hacer un análisis acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje. Dependiendo de la posición que se asuma se resolverán, de una u otra manera, ciertos problemas jurídicos que han causado revuelo dentro del ámbito jurídico, planteados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Ahora bien, como dice Hugo García Larriva:

“Al preguntarnos por la naturaleza de una institución entramos en una suerte de ejercicio ontológico jurídico -de aceptar la autonomía categórica que posee el Derecho como ciencia-, es decir, nos preguntamos qué es, cómo es y por qué es.”(García, 2009, pág. 7)

El mismo autor hace un análisis de los orígenes de la institución en el que considera que es un “derecho natural” de los hombres el poder acudir a terceros que ellos designen para la resolución de sus controversias. Así:

“El arbitraje nace como un derecho que parecería conectarse con aquellos denominados como fundamentales para los ciudadanos. Tales son los casos de los preceptos incorporados en las constituciones que surgieron a fines del siglo XVIII y finales del siglo XIX, como la Constitución francesa de 3 de septiembre 1791 en cuyo capítulo V Art. 5 declara que “*le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l’arbitrage, ne peut auncune atiente par les actes du pouvo ir legislatif.*”<sup>7</sup> Así mismo es el caso del artículo 280 de la Constitución española de 1812, que declara que “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes” (García, 2009, pág. 7)

---

<sup>7</sup> “El derecho de los ciudadanos a resolver sus controversias por la vía del arbitraje, no puede verse perjudicado por los actos del Poder Legislativo.” Traducción disponible en [http://www.antorcha.net/biblioteca\\_virtual/derecho/convocacion/constitucion\\_24.html](http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/convocacion/constitucion_24.html)

Dicho lo anterior, proseguimos con el análisis del tema. La doctrina no es uniforme a la hora de pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje. Por un lado, la considera una forma de administrar justicia, por lo que necesariamente importa una especie de jurisdicción. Por otro, existe la postura que, atendiendo su origen, por lo general contractual, y la designación privada de los árbitros, sostiene que el arbitraje es simplemente una forma, contractual, extrajudicial y convencional de terminar conflictos intersubjetivos. (Aylwin, 2009, pág. 31)

Además, tenemos una teoría mixta o ecléctica, que intenta encontrar un equilibrio entre ambas, la posición particular del profesor Chiovenda y la doctrina autónoma que sostiene que ninguna de las anteriores consigue dar una solución universal a la problemática y concluye que la decisión de encasillar la naturaleza del arbitraje dependerá de la forma en la que cada ordenamiento jurídico la regule. (Salcedo, 2007; pág. 89)

### **1.3.1 *Teoría jurisdiccional***

Empecemos por el análisis de la doctrina jurisdiccional. Esta teoría equipara al árbitro a un magistrado perteneciente a la justicia ordinaria y le da el carácter de sentencia judicial al laudo. (Salcedo, 2007; pág. 93) Por lo tanto, le atribuye naturaleza jurisdiccional a la actuación arbitral.

Al respecto, el profesor Aylwin recoge la siguiente cita:

“Laurent la sostuvo (la teoría jurisdiccional) en el pasado siglo, haciendo hincapié en que los árbitros “son jueces, desempeñan un ministerio social...están investidos de uno de los grandes poderes a título de delegado de la soberanía nacional... y no pueden, por consiguiente, ser mandatarios de las partes”. (Aylwin, 2009, pág. 34)

Apoyados en el carácter público de la administración de justicia esta tesis sostiene que no puede pensarse que se trata de un particular designado por otros particulares para que dirima un conflicto“es preciso no olvidar que el arbitraje no existe sino por voluntad y consentimiento del legislador” (Aylwin, 2009, pág. 34) por lo que descarta de plano la tesis contractual que se verá más adelante-

A todas luces, los árbitros son verdaderos jueces por cuanto la ley les ha otorgado facultades jurisdiccionales. (Salcedo, 2007; pág. 94) Todo esto sin desmerecer las facultades que las partes les otorgaron en el contrato.

En una sentencia de la Corte Nacional de Justicia claramente apoya esta posición cuando menciona que:

“El argentino Osorio, define al árbitro como el Juez particular designado por las partes para que, por si o con otros iguales, decida sobre cuestiones determinadas con arreglo a derecho y conforme a normas de procedimiento, dentro del término establecido en el compromiso arbitral; (Osorio Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Heliasta, 34<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 2006)”.-<sup>8</sup>

Salcedo, citando a Gimeno Sendra manifiesta 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 *potestas*, sí que gozan de *auctoritas*.”(Gimeno Sendra. Cit. por Salcedo, 2007; pág. 94)

Está claro, entonces, que existen argumentos válidos para sostener y fundamentar la teoría de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje. Una vez que se ha perfeccionado el *receptum arbitri*, el tribunal, conducirá un proceso, jurisdiccional, que terminará con la expedición de la resolución de la causa o laudo. El mismo produce efectos de cosa juzgada idénticos a los de cualquier sentencia de última instancia expedida por jueces ordinarios

### **1.3.2 Teoría contractualista**

Por otro lado, tenemos la doctrina contractual. Esta teoría sostiene que la existencia y validez del arbitraje deriva de un contrato en virtud del cual las partes decidieron que los conflictos

---

<sup>8</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Expediente 151, Registro Oficial Suplemento 224, 29 de Junio del 2010. ACTOR: Luis Ernesto Martínez Cobo DEMANDADO: Faisal Misle Zaidán, Esteban Misle Echeverría, Francisco Misle Echeverría, María Cristina Misle Zaidán y Nicolás Misle Zaidán. Quito, 26 de mayo del 2008; las 12h00.

que surgieron o que puedan surgir respecto a sus derechos, susceptibles de transacción, sean resueltas por terceros y no por jueces. Por lo que destaca el carácter privado del arbitraje.

De este análisis se podría pensar que los árbitros son mandatarios de las partes y sólo pueden actuar en función del poder que se les ha otorgado, al cual deben ceñirse estrictamente.

Al respecto, Christian Larroumet nos dice que:

“En francés, de la misma manera que los términos que le corresponden en otros idiomas, el término *convention* tiene como significación un acuerdo contractual, es decir un intercambio de consentimientos para obligar las partes una con otra cuando se trata de un acuerdo sinalagmático. El objetivo del acuerdo arbitral es excluir la competencia de los jueces estatales, cualesquiera que sean estos jueces. Este acuerdo es un contrato en virtud del cual las partes se comprometen recíprocamente, lo que permite que él sea de naturaleza sinalagmática. Sin embargo, es un contrato muy particular que tiene como objeto un acto jurisdiccional”. (Larroumet, 2008, pág. 14)

Esta tesis sostiene que el árbitro es un privado con un poder generado por la voluntad de las partes contratantes y no del poder público por lo que difiere sustancialmente de los magistrados. Por lo tanto, las facultades de los árbitros provienen del contrato y no de la ley, sosteniendo que no se podría delegar a privados atribuciones indelegables propias de la soberanía del Estado, como es la de administrar justicia. (Aylwin, 2009, pág. 33)

En consecuencia, consideran que el laudo no es realmente una sentencia, debido a que su efectividad proviene del compromiso que asumieron las partes de acatarlo. Su ejecución forzosa no puede equipararse a la ejecución de una sentencia sino que simplemente se trata del cumplimiento judicial de un contrato. (Salcedo, 2007; pág. 90)

Es claro que el argumento más fuerte de esta teoría está en que la jurisdicción, como lo establece el artículo primero del CPC no sólo tiene la función de declarar el derecho (*jurisdictio non in sola notione consistit*), sino también la facultad de hacer ejecutar lo declarado. Debido a que el laudo no fue expedido por un órgano con *imperium*, que pueda obligar a las partes a cumplirlo, se corre el riesgo de que la administración de justicia- expresada en la sentencia- pueda frustrarse (*periculum in mora*) (Salcedo, 2007; pág. 91)

Así continua el profesor Aylwin:

“Sostienen categóricamente esta tesis los jurisconsultos franceses Merlin, Fuzier Herman, Weiss y Brachet los cuales concluyen de ella que para ser árbitro basta la capacidad necesaria para desempeñar un mandato y que las sentencias arbitrales dictadas en el extranjero no requieren para cumplirse en Francia la revisión de fondo que la ley prescribe para la ejecución de resoluciones judiciales extranjeras. Escriche, en España, adhiere ampliamente a esta doctrina, que es también la que, con particularidades propias a la organización del arbitraje en Inglaterra, consagra la jurisprudencia de los tribunales ingleses.”(Aylwin, 2009, pág. 33)

En conclusión, debido a la imposibilidad para “hacer ejecutar lo juzgado”, la actividad del árbitro mal podría tener carácter de jurisdiccional por lo que sostienen que es simplemente contractual.

### **1.3.3 Teoría mixta**

Continuando con nuestro análisis, existe un sector de la doctrina que sostiene que el arbitraje, en realidad, tiene una naturaleza mixta. Es decir, es contractual por su origen y jurisdiccional por sus efectos. Así la siguiente cita:

“[...] Margueritte Landrau y Louis Cremieu encuentran, dentro de esta doctrina mixta una verdadera solución al asunto [...] Según ellos, el nudo del problema reside en la distinción entre la investidura del árbitro y el ejercicio de sus funciones o atribuciones. La investidura tiene carácter privado, puesto que los árbitros no son encargados de juzgar un litigio por el Estado, sino por los particulares que los nombran. Pero una vez investidos de su calidad de árbitros, sus atribuciones son las de verdaderos jueces y el ejercicio de sus funciones es un acto público de jurisdicción.”(Aylwin, 2009, págs. 35, 36)

Al parecer ésta podría ser una solución adecuada y de hecho la jurisprudencia de los tribunales franceses, que en un principio se pronunciaban en favor de la doctrina jurisdiccional y luego se adhirieron categóricamente a la doctrina contractual, se decantaron por preferir la teoría mixta (Aylwin, 2009, págs. 35, 36)

#### **1.3.4 *Postura del profesor Chiovenda***

El procesalista italiano Chiovenda defiende una posición particular frente a las teorías antes descritas. Chiovenda sostiene que el proceso arbitral es una figura que mantiene una similitud lógica con la del proceso judicial debido a que, después de cumplir con una serie de etapas, llega finalmente a la decisión de un tercero que dirime y define la controversia. Por lo tanto se opone a que se considere al laudo como la simple ejecución de un mandato. (Aylwin, 2009, pág. 37).

A pesar de esto, para dicho autor el arbitraje no es un verdadero juicio ni el laudo una verdadera sentencia. Sostiene que el árbitro no es un funcionario del Estado, no tiene jurisdicción ni propia ni delegada y que sus facultades provienen de la voluntad de las partes que las otorgaron, su decisión es irrevocable por el mismo acuerdo de las partes, pero no es ejecutiva. (Aylwin, 2009, pág. 37).

#### **1.3.5 *Tesis ecléctica***

Finalmente, existe la Teoría Ecléctica. Ésta parte de la doctrina, que no niega ni acepta totalmente ninguna postura, pretende armonizarlas dándole a la institución características especiales y particulares dependiendo de la normativa que la recoge. (Salcedo, 2007; pág.95)

Esta posición es defendida por los autores Carnelutti y Prieto Castro. Según Carnelutti el arbitraje es un “equivalente jurisdiccional” ya que a través de él se pueden obtener los mismos objetivos que por la jurisdicción civil. En general, los autores consideran al arbitraje como una institución sui generis, de naturaleza mixta o híbrida, en la que conviven el origen contractual del mismo y su matiz jurisdiccional que explica su aparición. Por lo que resultaría ser una institución contractual por su origen y procesal por sus efectos. (Haderspock, pág. 7)

#### **1.3.6 *Nuestra postura***

Como se puede ver, es evidente la disconformidad y polémica que existe en la doctrina a la hora de pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje. No sorprende por cuanto existen elementos que colaboran con una y otra posición.

Fundamentalmente, la discusión se centra en si el arbitraje pertenece al Derecho Público o por el contrario a las disposiciones de Derecho Privado.

Consideramos que el arbitraje tiene, evidentemente, un origen contractual y privado. Es el convenio arbitral la causa que pone al sistema en movimiento y el *receptum arbitri* el que permite al tribunal sustanciarlo.

Por otro lado, los contratos que suscribieron las partes no constituyen el proceso arbitral. Por ello, no puede sostenerse que su naturaleza es exclusivamente contractual. El convenio arbitral simplemente es la puerta a través de la cual se aplica la disposición constitucional y legal para desplazar la competencia a determinadas personas.

Es totalmente erróneo que se considere que los árbitros actúan como mandatarios y que simplemente se limitan a hacer lo que las partes podrían hacer por sí mismas. El artículo 2020 de Código Civil<sup>9</sup> claramente aclara que el “mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera” lo que lleva implícito una representación.

Este argumento es insostenible debido a que los árbitros carecerían de imparcialidad por cuanto de una u otra manera se deben a la parte que los nombró. El mandatario debe cumplir con las órdenes del mandante a diferencia del árbitro que debe resolver las causas de acuerdo a la ley o la equidad de conformidad con su leal saber y entender (*ex aequo et bono*).<sup>10</sup>

Es más, los árbitros ni si quiera resuelven las causas en nombre de las partes, sino en nombre propio y de la justicia, fundamentados en un mandato legal que permite a los litigantes otorgarle la jurisdicción para hacerlo por lo que el proceso arbitral, en sí mismo, no tiene nada de contractual.

---

<sup>9</sup> Codificación del Código Civil del Ecuador, artículo 2020, Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005

<sup>10</sup> Para obtener más referencias acerca de la resolución de causas *ex aequo et bono* recomendamos el artículo del profesor chileno Hernán Corral Talciani que da una perspectiva muy interesante respecto al tema y se lo puede encontrar en la siguiente dirección: <http://corraltalciani.wordpress.com/2012/12/02/caso-de-la-haya-no-a-un-fallo-salomonico/>

Al respecto, el doctor Manuel Sánchez Zuraty, magistrado de la Corte Nacional de Justicia, en el voto salvado de la sentencia que se pronuncia dentro del proceso No. 113-2006 recoge la siguiente cita:

"Uno de los puntos complejos en la materia lo constituye el determinar si los árbitros ejercen o no jurisdicción; el tema ha tenido tratamiento tanto en la doctrina como en la jurisprudencia [...] la mayoría de la doctrina y jurisprudencia Argentina, afirma que el arbitraje importa el sometimiento por voluntad de las partes a una jurisdicción, es decir a un poder para decir el derecho, no obstante estar originado en la autonomía privada, tiene los mismos efectos atribuibles a las resoluciones de la jurisdicción estatal, sin que la falta de *imperium* de los árbitros incida en desmedro de su carácter, pues si bien está garantizado a favor del Estado la reserva de la fuerza, la potestad, el poder exclusivo de asegurar coactivamente el derecho, tal reserva no se extiende a la jurisdicción, esto es al poder de resolver la controversia...". "Explícitamente lo ha dicho la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación al resolver que "aún cuando el arbitraje sea un procedimiento de solución de controversias de origen contractual, es jurisdiccional por su función y por la especial eficacia que el derecho otorga a sus efectos, por lo que las tareas que realizan los árbitros no guardan relación con las ejercidas con los abogados y procuradores que defienden los intereses individuales de las partes". Julio César Rivera, Revista de Derecho Comparado. Arbitraje. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires"<sup>11</sup>

A todas luces, a pesar de que el árbitro cumple con funciones jurisdiccionales, no pertenece a la Justicia Ordinaria. Tiene la facultad para decidir y que en caso de incumplimiento su decisión sea ejecutada por la vía de apremio, pero no tiene un superior jerárquico en la Judicatura que revise su fallo.

#### **1.4 El convenio arbitral**

Las partes que desean sustraer la resolución de sus conflictos de la jurisdicción ordinaria requieren expresar su voluntad con tal fin en forma escrita. (Ponce, 2008, pág. 434)

---

<sup>11</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL. Expediente 242, Registro Oficial Suplemento 542, 6 de Marzo del 2009. No. 242-2007. Juicio No. 113-2006 ER ACTORA: LATIN AMERICAN TELECOM INC.DEMANDADA: PACIFICTEL S. A. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL Quito, 11 de julio del 2007; las 09h30. VOTO SALVADO DEL DR. MANUEL SANCHEZ ZURATY Quito, 11 de julio del 2007; las 09h30.

La LAM, que reemplazó a la Ley de Arbitraje Comercial y a las normas que sobre el juicio arbitral constaban en el CPC y en la anterior LOFJ, establece tres formas de someterse a arbitraje: mediante convenio arbitral constante por escrito en un contrato o en un documento distinto relacionado con el negocio jurídico, en comunicaciones recíprocas entre las partes o por cualquier otro medio escrito que deje constancia documental de la voluntad de someterse al arbitraje. (Ponce, 2008, pág. 433)

El contrato por medio del cual las partes se someten a arbitraje se denomina, en general, convenio arbitral y los autores han propuesto algunas definiciones que explican bien en qué consiste. Por ejemplo, para el profesor Gil Echeverry:

“El convenio arbitral es un contrato 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. El pacto arbitral puede acordarse por las partes bajo dos formas específicas: cláusula compromisoria y compromiso.”(Gil Echeverry, 1993, págs. 14-15)

R. Caivano lo define de la siguiente manera:

“La cláusula compromisoria es el convenio mediante el cual las partes deciden someter algunos asuntos a arbitraje, sustrayéndolos al conocimiento de los jueces ordinarios. Las divergencias a las que se refiere son, al momento de suscribir la cláusula, meramente eventuales, sin que siquiera se sepa si llegarán a producirse. A la cláusula compromisoria le son aplicables, en general, los requisitos genéricos de los contratos: tendrá que existir un consentimiento válido, manifestado por personas con capacidad para obligarse, versando sobre un objeto lícito y plasmado en la forma prevista por la ley. Adicionalmente, la cláusula compromisoria tiene un requisito específico, consistente en la necesidad de que exista entre las partes un vínculo jurídico más

amplio, del cual puedan surgir controversias que son así la materia sobre la que recaerá el arbitraje”. (Cavaino, 2000, pág. 86)

El artículo 5 de la LAM lo define como:

“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.”

Por otro lado, el artículo 7 de la LAM nos dice que: “el convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria”

El acuerdo arbitral es pues, un contrato solemne, pues exige la formalidad de constar por escrito. En principio, salvo interpretación distinta de expresiones de voluntad, no puede existir acuerdo arbitral como tal, si no hay expresión escrita. (Ponce, 2008, pág. 433)

La doctrina clásica recogía la posibilidad de que el convenio arbitral se celebrare en dos instancias distintas: inicialmente estaríamos frente a una cláusula compromisoria, en la cual las partes acuerdan que todos o algunos de los conflictos que surjan entre ellas durante el desarrollo y ejecución de la relación jurídica negocial que las vincula, sean ventiladas exclusivamente ante un tribunal arbitral, de conformidad a las condiciones particulares que las mismas partes convengan y, posteriormente, deberán celebrar un acuerdo arbitral, en el que incluirán todo tipo de previsiones para que el proceso arbitral pueda ser viable. Por ejemplo, la descripción del conflicto, la sede en la que se llevará a cabo, el nombre de los árbitros o la forma de designarlos, la ley aplicable, si los árbitros resolverán en derecho o en equidad (*ex aequo et bono*), entre otros. (Salcedo, 2007; Pág. 104)

Por lo tanto, se consideraba que la cláusula compromisoria sería un contrato preliminar, un precontrato o una promesa de contrato que tiene por objeto asegurar la celebración de un contrato futuro denominado compromiso (Rodríguez, 1954, pág. 179 y ss).

En este sentido, Aylwin:

“En efecto, por la cláusula compromisoria las partes no se limitan a prometer la celebración de un compromiso. Vale decir, a contraer la obligación de comprometer. Lo que hacen es comprometer, puesto que convienen desde luego un arbitraje, renuncian a las jurisdicciones ordinarias y se someten a la extraordinaria de árbitros. El hecho de que no determinen necesariamente el tribunal arbitral, no significa que no comprometan, ya que comprometer no es “nombrar compromisarios” sino “acordar un arbitraje”. La obligación que las partes contraen por la cláusula compromisoria es la de nombrar árbitros y no la de comprometer.”(Aylwin, 2009, pág. 302)

A pesar de esto, junto con el desarrollo de la institución, las distintas legislaciones han procurado la unificación de ambos acuerdos en favor de un solo convenio arbitral. Así, se pretende evitar los problemas que la ejecución de la cláusula compromisoria, que podría incluso calificarse como patológica, implicarían.

Roque Caivano se pronuncia al respecto de la siguiente manera:

“Esta es la tendencia que marcan los más modernos ordenamientos de arbitraje. Disponen los aspectos sobre los que habrá de existir acuerdo entre las partes, dejando librado a su determinación los modos en que ese acuerdo se concretará. Así, por ejemplo, la ley española de 1988 señala en la exposición de motivos que “se elimina la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso que efectuaba la ley de 1953. El convenio arbitral, instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición que reconoce el art. 1º, puede tener por objeto cuestiones presentes o futuras. Se trata con ello de superar la relativa ineficacia de la cláusula compromisoria o contrato preliminar de arbitraje, que solía estipularse antes del nacimiento real de la controversia entre las partes”. También la Ley modelo de arbitraje de UNCITRAL de 1985, y las nuevas regulaciones mexicana, peruana y boliviana receptan el “acuerdo de arbitraje” en forma genérica, careciendo de relevancia si el mismo se concierta antes o después de haber surgido la controversia.” (Cavaino, 2000, pág. 1117)

Ampliando la cita antes propuesta, el artículo 7, capítulo II la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>12</sup> define al “Acuerdo de Arbitraje” de la siguiente manera:

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

Así se pronuncia Larroumet al respecto:

“Según el Código francés de procedimiento civil, el acuerdo de arbitraje puede ser sea un compromiso, sea una cláusula compromisoria. En efecto, este código considera como *conventions d'arbitraje* ambos tipos de acuerdos. Si es cierto que hay reglas diferentes para el compromiso y para la cláusula compromisoria, hay también reglas que son las mismas para ambos acuerdos.” (Larroumet, 2008)

Al final, lo que se ha conseguido unificando los términos es que así se pacte acudir a arbitraje antes de que surja el conflicto, con una cláusula compromisoria, o después, con un compromiso arbitral, ambos tengan los mismos efectos y la misma fuerza bajo el genérico acuerdo arbitral.

Ambos actos producen un efecto común: derogar la competencia de los tribunales ordinarios y someter a las partes a la jurisdicción arbitral.

El convenio arbitral puede constar en un contrato escrito de cualquier naturaleza, en el cual se establezca que las controversias referidas en él se someterán a arbitraje. Puede celebrarse con relación a un contrato ya existente, sea este meramente consensual o escrito, antes o después de que surjan las controversias.

---

<sup>12</sup> Aprobado por la CNUDMI en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006.

En consecuencia, el acuerdo arbitral puede constar también en comunicaciones electrónicas cursadas entre las partes, tal como lo establece la Ley de Comercio Electrónico y Firmas y Mensajes de Datos <sup>13</sup> puesto que basta comunicación escrita para que el acuerdo de arbitraje se perfeccione. (Ponce, 2008, págs. 435-436)

#### **1.4.1 *Requisitos de validez***

Como se desprende del análisis anterior, el convenio arbitral es un contrato que tiene por objeto otorgar jurisdicción temporal y especial a quienes actuarán como árbitros. Por lo tanto, debe cumplir con todos los requisitos de validez necesarios para los negocios jurídicos en general. Es decir, las partes deberán ser legalmente capaces (que puedan actuar por sí mismas sin la intervención de otra persona), que su consentimiento no adolezca de vicios, a saber: error, fuerza o dolo, y finalmente que la causa y el objeto del contrato sean lícitos.<sup>14</sup>

Los contratos existen cuando entre las partes se ha dado la expresión de su voluntad libre de producir o transferir derechos u obligaciones. Los elementos para que una persona pueda obligarse con otra por acto o declaración de voluntad son, capacidad, consentimiento, objeto lícito, causa lícita a lo que debemos añadir, para el caso del Estado, la competencia del funcionario que interviene a nombre del Estado, y desde luego el cumplimiento de las solemnidades previstas por la ley [...] (Sosa, 2013, pág. 139)

En general, la legislación nacional e internacional y la doctrina reconocen que el convenio arbitral tiene el carácter contractual, es decir, es fuente generadora de obligaciones.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> RO. 557 (S), 17 de abril de 2002. Art 46: el perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes y se tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acordaren las partes. L. Recepción, confirmación de recepción, o apertura de mensajes de datos, no implica aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo de las partes.

<sup>14</sup> Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; Que recaiga sobre un objeto lícito; y, Que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

<sup>15</sup> El artículo 1453 del Código Civil ecuatoriano establece que: Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a

Así, el artículo II numeral 1 de la Convención de las Naciones Unidas, suscrita en Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras<sup>16</sup>:

“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 a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.”

Asimismo, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrita en Panamá en 1975 establece que: “es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil.”

De igual manera lo determina la norma de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional de la CNUDMI.<sup>17</sup>

#### **1.4.2 *Las cláusulas patológicas***

No es admisible un convenio arbitral que no contenga los elementos sustanciales para su existencia, como aquellos en los que aparecen determinadas cláusulas patológicas que, por obscuridad o imprecisión, afectarían a la naturaleza misma del arbitraje e impedirían su ejecución, como cuando se refieren a una ley derogada o, en el caso de arbitraje administrado, a una entidad que no es un centro arbitral existente legalmente, pues hay sin duda error sustancial que impide que el arbitraje se lleve a cabo y sea entendido como la expresión de la libre voluntad de las partes, y de que lo hubieran acordado con su pleno conocimiento de someterse a ese trámite, conforme las vigentes normas aplicables al arbitraje. (Sosa, 2013, pág. 139)

---

consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.

<sup>16</sup> Ratificada por Ecuador el 30 de noviembre de 1961, R.O. número 43 de 29 de diciembre de 1961

<sup>17</sup> Artículo 7, capítulo II: Acuerdo de arbitraje: es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

Estas imprecisiones evidencian lo que en materia de arbitraje se conoce como cláusula patológica. El término fue acuñado por Frederic Eisemann -Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, CCI y se ha vuelto común para hacer referencia a una cláusula que traerá problemas en un arbitraje o que incluso lo hará inoperante.

Eisemann considera que, para que un acuerdo arbitral se considere eficiente y eficaz debe cumplir con cuatro funciones esenciales<sup>18</sup>:

1. Producir consecuencias obligatorias para las partes;
2. Excluir la intervención de autoridades judiciales;
3. Darle facultades suficientes al Tribunal Arbitral;
4. Crear un procedimiento que lleve a un laudo arbitral el cual se pueda cumplir voluntariamente o, en su caso, sea ejecutable.

Es imperativo redactar un convenio arbitral que cumpla con las características antes descritas. Un acuerdo que no sea claro y completo corre el riesgo de no ser ejecutable, lo que provocará, necesariamente, que la competencia para conocer y resolver acerca de la controversia la tenga al final un juez estatal, en el mejor de los casos, o en el peor de ellos, la paradoja de que no pueda ser resuelta ni por un juez ni mediante arbitraje.

### **1.5 Recapitulación**

Recapitulando lo que hemos analizado a este momento, podemos decir que el acto jurídico es una manifestación de voluntad hecha con el propósito de crear, modificar o extinguir derechos. Dicho acto produce los resultados buscados por su autor o autores porque el derecho le otorga efectos jurídicos. El convenio arbitral es un acto jurídico

---

<sup>18</sup>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL Expediente 151, Registro Oficial Suplemento 224, 29 de Junio del 2010. ACTOR: Luis Ernesto Martínez Cobo DEMANDADO: Faisal Misle Zaidán, Esteban Misle Echeverría, Francisco Misle Echeverría, María Cristina Misle Zaidán y Nicolás Misle Zaidán. Quito, 26 de mayo del 2008; las 12h00.

Desde los albores de Ilustración en el siglo XVIII e impulsados por los principios filosóficos que guiaban este movimiento, se declara que el hombre es libre y éste puede obligarse y comprometer dicha libertad a otros si así lo quiere. (García, 2009) Es así como nace el principio de la autonomía de la voluntad el cual permite a las partes renunciar a ciertas libertades a favor del otro para así buscar beneficios mutuos. Nuestro Código Civil lo recoge en el artículo 1561<sup>19</sup> y es la piedra angular del sistema contractual. El arbitraje se fundamenta y tiene su primer origen en el principio de la autonomía de la voluntad.

Se puede utilizar el arbitraje como método alternativo de solución de controversias para solucionar conflictos derivados de una sucesión por causa de muerte, inclusive la partición, de la aceptación de una herencia o legado o de cualquier cuasicontrato. También, puede tener por objeto resolver las controversias derivadas de la responsabilidad civil proveniente de los delitos o cuasidelitos. Así, por ejemplo, puede convenirse que violaciones a los derechos de propiedad intelectual se resuelvan por arbitraje. La Ley de Propiedad Intelectual expresamente así lo señala.<sup>20</sup> (Ponce, 2008, págs. 435-436)

Para cerrar este capítulo, citamos una sentencia de la Corte Constitucional que en uno de sus considerandos resume bastante bien cuál es la situación del sistema de administración de justicia estatal y el porqué de la existencia del sistema arbitral:

“Como bien aduce el señor Presidente de la Corte Superior de Justicia, estas vías alternativas de solución de conflictos son mecanismos que pretenden evitar que se incurra en los mismos vicios que, lamentablemente, afectan a la administración de justicia de manera que las personas, al optar por este mecanismo para someter a resolución las controversias susceptibles de transacción, como señala la Ley de

---

<sup>19</sup> Artículo 1561: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

<sup>20</sup> Art. 374, Ley de Propiedad Intelectual, RO. No. 320, 19 de mayo de 1998; codificación, RO. No. 426 (S), 28 de diciembre de 2006

Arbitraje y Mediación y la actual Constitución, pretenden una solución oportuna y ágil.”<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup>DESECHA DECLARATORIA INAPLICABILIDAD DE CODIGO PROCEDIMIENTO CIVIL.Resolución de la Corte Constitucional 8, Registro Oficial Suplemento 605 de 4 de Junio del 2009.No. 0008-2008-DI. Juez Ponente: Dr. Hernando Morales Vinuesa "LA CORTE CONSTITUCIONAL para el Período de Transición En el caso signado con el No. 0008-2008-DI

## **LA AUTONOMÍA DEL CONVENIO ARBITRAL Y EL PRINCIPIO DE LA KOMPETENZ-KOMPETENZ**

### **2.1 La autonomía del convenio arbitral**

Sabemos que el convenio arbitral podría ser parte integrante de los contratos. Así, muchas veces se encuentran dentro de un mismo documento, incluso, el convenio arbitral se encontrará como una cláusula más del contrato principal, o se lo hará por medio de un documento aparte en el cual las partes decidan acudir a arbitraje.

A partir de un análisis superficial e inicial, se concluiría que, apoyados en el principio de la unidad contractual y el axioma de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, si se ataca el contrato en el cual se encuentra el convenio arbitral, no podrían ser los árbitros designados los que decidan las cuestiones litigiosas suscitadas por cuanto su competencia se vería atacada también.

El profesor Salcedo realiza la siguiente introducción a esta problemática:

“El tema se plantea en los siguientes términos: dentro de los postulados clásicos o tradicionales del derecho contractual, el convenio arbitral viene a ser un pacto accesorio, ligado a la existencia y la eficacia del contrato principal al cual pertenece; de tal forma que la inexistencia o la invalidez del contrato principal traerá aparejada necesariamente la del acuerdo arbitral.” (Salcedo, 2007; Pág. 140)

En otros términos, sólo el juez estatal podría tener el poder de decidir si un contrato es válido o nulo. Por ejemplo, en el derecho francés tal era la solución en otro tiempo. (Larroumet, 2008, pág. 18)

Por lo tanto, si es que se pusiera en tela de duda la validez o existencia del negocio jurídico sólo el juez ordinario podría pronunciarse al respecto, a pesar de que éste contenga una cláusula arbitral. *Contrario sensu*, en caso de que el convenio arbitral sea celebrado en instrumentos distintos, la nulidad de uno no afectaría la validez del otro.

De todas maneras, el problema aparece cuando un convenio arbitral se encuentra inserto dentro de un contrato. En este caso, se trata de saber si la existencia y validez del convenio arbitral depende de la validez del contrato principal.

Obviamente, de quedarse las cosas así, el sistema arbitral no tendría razón de ser. Vimos ya, que tiene un nacimiento contractual y si es que se produjeran controversias por la interpretación o ejecución de un contrato es muy probable que se pretenda su nulidad, impidiendo que se nazca la jurisdicción a favor de los árbitros.

Hoy por hoy, la doctrina y la legislación, nacional como internacional, consideran que el convenio arbitral goza de absoluta autonomía frente al contrato principal. Como ya dijimos, de no ser así, el arbitraje simplemente no se podría realizar en el caso de que una de las partes discuta la validez o la nulidad del contrato principal.

La intención del legislador es que las normas reguladoras del sistema arbitral no sean “letra muerta”, sino que realmente constituyan una herramienta eficaz de resolución de conflictos

por lo que, rápidamente, podemos concluir que el convenio arbitral es un contrato con características especiales distintas a la de los contratos recogidos en los distintos códigos, especialmente los inspirados en el derecho napoleónico. Una de estas particularidades es la de su autonomía.

Apoyando esta idea, Larroumet sostiene que:

“Sin embargo, (...) habían considerado que la existencia o la validez de la cláusula de arbitraje no debía depender de la existencia o de la validez del contrato en el cual la cláusula se encuentra. La jurisprudencia francesa admitió esa solución a fines de los años 1980 respecto al arbitraje internacional y luego al arbitraje interno”.  
(Larroumet, 2008, pág. 20)

Esta misma postura asume la Ley Modelo de la CNUDMI en el capítulo IV, denominado: Competencia del Tribunal Arbitral, artículo 16, numeral 1: Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia:

“[...] A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.”

Así también el inciso tercero del artículo 5 de la LAM: “La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”.

El profesor Salcedo coincide con esta posición y sostiene que:

Hoy en día, la doctrina en general coincide en que el convenio arbitral goza de autonomía respecto del contrato principal en que se inserta o al que pertenece, de manera que la eficacia del convenio arbitral no se vería afectada por aquellas causas por las cuales pueda impugnarse la validez del contrato principal. (Salcedo, 2007; Pág. 143)

Asimismo, Fernando Aguilar sostiene que:

Esta independencia de la cláusula arbitral procura mantener su eficacia frente a los embates de alguna de las personas que fueron parte en el acuerdo, o que razonablemente deben reputarse alcanzadas por el mismo por haberlo aceptado en forma tácita, y que luego utilizando para ello una demanda de nulidad del contrato o de la cláusula arbitral, pretende desligarse unilateralmente de alguna de las dos obligaciones fundamentales que emanan del mismo, a saber, (i) la obligación de someter a arbitraje las discrepancias que se reputen abarcadas por el convenio, y (ii) la obligación de aceptar y cumplir voluntariamente el laudo de acuerdo con sus términos. (Aguilar, 2013, pág. 4)

Por lo tanto, el convenio arbitral en realidad es un contrato dentro o perteneciente a otro contrato: “Se ha dicho así que el convenio de arbitraje no es una simple cláusula accesoria de aquél, sino que tiene la categoría de un verdadero contrato dentro de otro contrato más amplio”. (Salcedo, 2007; Pág. 143) De todas maneras cabe aclarar que se puede arbitrar cualquier controversia susceptible de transacción incluso si es de origen extracontractual como dijimos anteriormente.

Por otro lado Larroumet confirma el principio cuando dice:

En efecto, la Corte francesa de casación enuncia que la cláusula de arbitraje es autónoma salvo voluntad contraria de las partes. De ello se puede deducir que hay una presunción en virtud de la cual las partes en un contrato tienen la voluntad de otorgar a los árbitros el poder de resolver un litigio entre ellas antes que el contrato esté vigente, después de su fin y también cuando el contrato sea considerado nulo, lo que, de todas maneras supone un litigio si las partes no están de acuerdo para considerar el contrato como nulo. (Larroumet, 2008, pág. 20)

Es obvio, entonces, que la presunción de la autonomía del contrato de arbitraje en virtud de la cual las partes han acordado excluir la competencia de los jueces estatales se apoya en la naturaleza jurisdiccional de la que goza. De todos modos, esta autonomía de la que hablamos es limitada, dependiendo del punto de vista desde el cual se analiza. Por ejemplo, en el caso de que se produzca una cesión del contrato, la cláusula de arbitraje es transmitida al cesionario.

Continuando con nuestro análisis, podemos decir que la autonomía de la cláusula arbitral no se limita simplemente a permitir su subsistencia en caso en el que se declare la nulidad contractual. Existe doctrina que sostiene que la cláusula arbitral puede estar sometida inclusive a una ley estatal o internacional distinta a la ley aplicable al contrato principal.

Así Christian Larroumet:

“En efecto, en derecho internacional privado, el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, el cual unificó la norma de conflicto para determinar la ley aplicable a los contratos, consagra la teoría de la desmembración del contrato, es decir que las partes en el contrato tienen la posibilidad de someter estipulaciones distintas de dicho contrato a una ley distinta. Si es cierto que el Convenio de Roma no se aplica a los acuerdos de arbitraje, esto no impide, que la desmembración del contrato corresponda a una teoría que tiene alcance largo. De manera general, en derecho internacional

privado, la cláusula de arbitraje está sometida a una ley que las partes tienen la posibilidad de elegir.”(Larroumet, 2008, pág. 20)

La Corte de casación francesa desde 1993 enuncia que en virtud de una regla material del derecho internacional en materia de arbitraje, la cláusula de arbitraje es independiente jurídicamente del contrato principal, salvo las normas del derecho francés y del orden público internacional, según la voluntad común de las partes, sin necesidad de referirse a una ley estatal. (Larroumet, 2008, pág. 21)

En conclusión, el compromiso arbitral es autónomo al contrato principal en el cual se apoya. Ésta es la única salida a la problemática planteada debido a que, en el caso en el que se pretenda la nulidad del negocio jurídico, se arrastraría con él a la voluntad de las partes de no acudir al sistema ordinario de administración de justicia. Por lo tanto, se produce un efecto negativo en virtud del cual los órganos de la función judicial no pueden asumir el conocimiento de las controversias sometidas a arbitraje.

Para terminar, incluimos una cita de Fernando Aguilar que resume todo lo tratado hasta ahora:

La autonomía de la cláusula arbitral alude a su inmunidad que la torna inexpugnable en caso de ataque a la validez del contrato en la que se encuentra inserta, o ante la impugnación restringida exclusivamente a la validez de la cláusula. En los contratos internacionales, la autonomía alude, además, a la ley aplicable a la cláusula arbitral que puede resultar distinta de la ley aplicable a las restantes cláusulas del contrato que la contiene. La autonomía de la cláusula arbitral puede también calificar los efectos jurídicos de la cláusula que perviven con independencia de la vigencia del contrato correspondiente. (Aguilar, 2013, pág. 7)

## **2.2 El principio de la Kompetenz-Kompetenz**

### **2.2.1 Consideraciones preliminares:**

Como pudimos ver en el acápite anterior, el convenio arbitral goza de una autonomía, que hace que subsista a pesar de los “ataques” de las partes. Además, permite que se acuerde la legislación que desean aplicar al convenio y la que regulará los efectos que ésta produzca.

Pero una vez que hemos resuelto ese problema, se nos presenta la interrogante de cuál es la competencia de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia cuando lo que se está discutiendo es la validez del contrato del cual nace la jurisdicción convencional.

Así Allen Redfern sostiene que:

Cuando el arbitraje es obligatorio, los árbitros podrán señalar alguna disposición legal que les otorgue autoridad o competencia para actuar, con o sin el acuerdo de las partes; pero en un arbitraje voluntario, la autoridad o competencia del tribunal arbitral proviene del acuerdo entre las partes, Ciertamente, no existe ninguna otra fuente de donde pueda venir. Las partes son quienes otorgan autoridad para resolver disputas entre ellas, a lo que es en esencia un tribunal privado.(Redfern, 1986, pág. 24)

Como habíamos dicho, la facultad de decisión de los árbitros tiene su origen en la voluntad de las partes, por lo que sólo pueden actuar dentro de la “zona” en la que se encuentran válidamente autorizados. Entonces, la pregunta que surge es si un árbitro puede decidir inicialmente acerca de la jurisdicción que fue le cuestionada y, basado en esa decisión, continuar con la sustanciación del proceso.

El profesor Salcedo hace una introducción a la problemática en la siguiente cita:

Por ello...¿qué pasaría si una de las partes se opone a la jurisdicción del árbitro, alegando que no está obligado al arbitraje por la naturaleza de la controversia, o porque el objeto de la controversia está fuera de lo que le autorizó al árbitro a resolver, [...]? ¿Puede el árbitro decidir sobre el reclamo formulado en tal sentido por una de las partes, o puede suspender el proceso arbitral y remitir a las partes a la decisión de un juez ordinario acerca de la oposición de la jurisdicción planteada? (Salcedo, 2007: Pág.: 153)

De igual manera, Iñigo Salvador sostiene que:

“Debido a que en cualquier arbitraje voluntario la jurisdicción del árbitro proviene del propio acuerdo arbitral y de los reglamentos a que aquél hace referencia, y considerando también lo pactado por entre las partes, cuestionar la validez del acuerdo arbitral es equivalente a atacar a la fuente misma del poder del árbitro, a saber: su jurisdicción. El árbitro, entonces, quedaría encarado al problema de tener que decidir si tiene jurisdicción para juzgar sobre tu propia jurisdicción.” (Salvador, 2001, pág. 162)

Alrededor del mundo las soluciones planteadas por los distintos ordenamientos jurídicos son variadas. En algunos casos, optaron por negar a los árbitros la facultad de resolver acerca de su propia competencia otorgando dicha facultad a los tribunales ordinarios. Otros, encuentran la solución en la misma cláusula arbitral.

No debe dejarse de lado que, especialmente en el caso del arbitraje internacional, las partes pretenden expresamente evitar que los tribunales nacionales diriman cualquier conflicto que surja entre ellas. Por lo tanto, en el caso en que se negara la competencia a los árbitros para decidir sobre su propia competencia se estaría atacando directamente la seguridad jurídica, la

certeza y la legítima expectativa que se necesita para realizar, por ejemplo, transacciones comerciales internacionales.

Independientemente, la mayoría de legislaciones acepta la doctrina de que el árbitro es el único que tiene la facultad para decidir sobre su propia competencia sin tener que recurrir a los jueces locales. A esto se denomina *Kompetenz-Kompetenz*. (Salcedo, 2007; Pág. 162)

En esta sección estudiaremos este principio, pilar fundamental del sistema arbitral, ampliamente relacionado con la autonomía del convenio arbitral que a pesar de que hoy en día es generalmente reconocido, tradicionalmente ha sido “uno de los problemas más controvertidos en derecho comparado” (Fouchard, 1965, pág. 136) cit.por (Salvador, 2001, pág. 159)

### **2.2.2 Concepto**

El principio *Kompetenz-Kompetenz* (o competencia de la competencia en español) tuvo su origen en una resolución del Tribunal Superior de la República Federal Alemana dictado en 1955, en el cual se determinó que debía atribuírseles a los árbitros la facultad de pronunciarse acerca del alcance del acuerdo arbitral y de su competencia para dirimir el conflicto. (Bollmann, 2005, pág. 3)

En su origen, dicho principio significó que el tribunal arbitral era el único juez de su competencia (la escuela alemana). Luego se matizó y se le dio el alcance de que el árbitro es el primer juez de su competencia, sujeto a la determinación final que haga el juez competente (la escuela francesa). (Cossio, pág. 4)

El mismo autor realiza el siguiente análisis:

“Dicha solución es elocuentemente explicada por uno de los decanos del arbitraje: Gerold Herrmann. En su (frecuentemente citado) estudio *‘The Arbitration Agreement as the Foundation of Arbitration and its Recognition by the Courts’* Herrmann explicaba el juego entre el juez y el árbitro con la descripción de lo que, en mi opinión equivocadamente, <sup>22</sup> se ha conocido en castellano como la “Teoría de los Disparos”. Dicha teoría postula que la primera determinación sobre la validez del acuerdo arbitral (el ‘primer tiro’) le corresponde al árbitro, mientras que el segundo (y final) le corresponde al juez competente.” (Cossio, pág. 11)

Finalmente, lo que generalmente se ha aceptado es que el árbitro decide primero y el juez decide en definitiva, pero sólo extraordinariamente.(Cossio, pág. 12)

Está claro, entonces, que el árbitro es quien tiene la primera palabra a la hora de pronunciarse sobre su jurisdicción y sólo por vías alternativas y extraordinarias puede llegar a conocimiento de un juez ordinario la cuestión sobre la competencia del tribunal.

De todos modos, cabe señalar que a pesar de la general aceptación que tiene el principio, existen legislaciones que establecen que la decisión le pertenece al tribunal nacional. Según la legislación británica, por ejemplo, a menos que las partes hayan conferido específicamente al árbitro la facultad de decidir sobre su propia jurisdicción, corresponderá a los tribunales ingleses hacerlo. (Salvador, 2001, págs. 162-163)

---

<sup>22</sup> En este punto al autor hace propone una explicación interesante que nos parece necesario transcribir en el pie de página número 38 de estudio citado: “No deseo parecer iconoclasta, pero el motivo por el que considero que hay un ligero error obedece a que dicha teoría en inglés postula que el árbitro tiene el “First Shot” para conocer de la validez del acuerdo arbitral, y el “Second Shot” le corresponde al juez. El contexto en el que se utiliza “shot” me hace pensar que el maestro Herrmann más bien se refería a ‘oportunidad’, no ‘balazo’ (en inglés coloquial un ‘shot’ es una oportunidad). Como puede observarse, aunque fuera mal entendido, el mensaje permanece incólume.” (Cossio, pág. 12)

Ahora, para qué es necesario contar con dos instancias que se pronunciarán sobre un mismo problema ¿No atentaría esto contra el principio de seguridad jurídica y de legítima expectativa de los litigantes?

Esta situación se explica por dos motivos: para empezar, debe existir un mecanismo para que las causas que han llegado a manos de un juez ordinario y que contienen una cláusula arbitral puedan ser enviadas al foro competente. De lo contrario, la cláusula arbitral simplemente carecería de eficacia. Por otro lado, en el caso de que el árbitro no tuviera la primera palabra acerca de su propia competencia se llegaría al absurdo de que para poder resolver las controversias fuera de los tribunales ordinarios se debe acudir necesariamente a los tribunales ordinarios. (Cossio, pág. 4)

En el Ecuador, en caso de que se plantee una demanda ante juez ordinario cuando existe un convenio arbitral de por medio, se deberá presentar una excepción declinatoria de la jurisdicción, alegando la existencia de cláusula arbitral. El juez dispondrá la apertura a de un término de prueba de tres días y, de corroborar que efectivamente existe el convenio, archivará la causa y enviará a las partes a los árbitros de conformidad con lo dispuesto en la LAM.

Por el contrario, de haber acudido a arbitraje sin un convenio válido el tribunal deberá declararse incompetente para resolver acerca de la controversia y enviar a las partes a juez ordinario.

A pesar de que la disposición legal es clara, existen casos en los que los jueces no la han respetado. La Corte Constitucional se ha pronunciado así al respecto:

#[...] esta Corte advierte que el momento procesal para dilucidar sobre la existencia o no del convenio arbitral era precisamente la fase de sustanciación y resolución de la excepción declinatoria, como cuestión de previo y especial pronunciamiento ante el juez de primera instancia[...] Que la justicia ordinaria conozca y resuelva las divergencias que surgen, fruto de un convenio arbitral, ¿vulnera derechos constitucionales de las partes que firmaron el mismo? [...] Aplicando esta disposición, y una vez que, como quedó establecido, se configuró un convenio arbitral con todos sus efectos, la justicia ordinaria estaba impedida, por no tener jurisdicción ni competencia para este caso, de conocerlo y resolverlo. Pues bien, como a pesar de este impedimento, tanto el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, la Primera Sala de lo Civil de la ex Corte Superior de Justicia de Pichincha, hoy Corte Provincial de Justicia, y la Segunda Sala de lo Civil de la ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, fallaron en el caso en mención, atribuyéndose una competencia que no la tenían, vulneraron claramente el derecho del accionante al debido proceso en lo que respecta a ser juzgado por un juez o autoridad competente, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”<sup>23</sup>

A todas luces es evidente por qué el juez debe jugar un papel secundario. Se busca evitar frustrar el deseo de las partes que sus controversias fueran resueltas por arbitraje por lo que le compete al tribunal arbitral pronunciarse sobre ello.

---

<sup>23</sup> CORTE CONSTITUCIONAL Para el período de transición: ACEPTA ACCION EXTRAORDINARIA DE PROTECCION POR VIOLACION DE DERECHOS. Resolución de la Corte Constitucional 6, Registro Oficial Suplemento 159 de 26 de Marzo del 2010. Quito, D. M., 24 de febrero del 2010 Sentencia No. 0006-10-SEP-CC. CASO No. 0712-09-EP. Juez Sustanciador: Dr. Patricio Herrera Betancourt.

### 2.2.3 Análisis de derecho comparado

De todas maneras, cada sistema jurídico propone la solución que le parece más adecuada a su realidad. Así por ejemplo, dependiendo del nivel de revisión al que están autorizados los jueces dependerá de cómo procederán-

#### a) Nivel de revisión limitado:

En Francia en artículo 1458 del *Code de Procedure Civile* establece que el juez debe declararse incompetente a menos que el acuerdo arbitral sea “manifiestamente nulo”. La interpretación que la Corte de Casación ha dado es estricta. El juez debe realizar una revisión preliminar (*prima facie*) de la existencia del acuerdo arbitral. Lo mismo ocurre con Canadá (que adoptó la Ley Modelo) y Hong Kong. (Cossio, pág. 10)

#### b) Nivel de revisión profundo

Existen autores que consideran que un nivel de revisión que no sea limitado es posible para la determinación de la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del acuerdo arbitral y existen jurisdicciones que han sido este camino.

Por ejemplo, Estados Unidos, en donde en ciertos casos se ha interpretado el artículo II de la Convención de Nueva York en el sentido de permitir una revisión total de la validez del acuerdo arbitral, y en otros se ha decidido que la determinación de a quien corresponde la decisión de arbitrabilidad privada (es decir, cuando se controvierte el que las partes hayan acordado arbitrar) le corresponde al juez, a menos que las partes hayan expresamente dado dicha facultad al árbitro. (Cossio, pág. 10)

c) Nivel de revisión mixto

En Suiza existe una situación especial: cuando la sede es Suiza, se realizará una revisión *prima facie*; cuando no lo sea, el juez suizo debe hacer una revisión total. Esto se debe a que una revisión de la jurisdicción del árbitro es posible en el laudo final pero no cuando la sede no es Suiza. (Cossio, págs. 10-11)

Por otro lado, aparte de la clasificación antes propuesta existen acciones de previo pronunciamiento judicial sobre la jurisdicción del tribunal arbitral. A través de ellas se otorga la posibilidad de entablar una acción especial para que el juez realice una determinación preliminar sobre la jurisdicción del árbitro. Por ejemplo, en Estados Unidos, Inglaterra y Alemania. (Cossio, pág. 10)

Dicha posibilidad es expresamente rechazada en la Ley Modelo, en donde la revisión sólo puede hacerse del laudo, sea parcial (sobre jurisdicción) o final (al momento de ventilar la nulidad o el reconocimiento y ejecución). (Cossio, pág. 10). Lo mismo sucede en la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador que no recoge esta acción.

En Chile, el artículo 16.1 de la Ley N° 19.971, de 2004, sobre Arbitraje Comercial Internacional, dispone que “el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso iure la nulidad de la cláusula compromisoria”. (Aylwin, 2009, pág. 433)

En Paraguay, la nueva ley de arbitraje de 2002 dispone en su artículo 19 que “el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje”. (Aylwin, 2009, pág. 433)

El artículo 22 N°1 de la nueva Ley de Arbitraje de España de 2003 dispone que “los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia”. En Suecia, la nueva ArbitrationLaw de 1999 dispone que “los árbitros pueden pronunciarse sobre su propia competencia para resolver el litigio...”. (Aylwin, 2009, pág. 433)

El artículo 1697 del Código Judicial belga, actualizado por la ley de arbitraje de 1998, dispone que “el tribunal arbitral puede decidir sobre su propia jurisdicción y para este propósito puede examinar la validez del acuerdo arbitral”. (Aylwin, 2009, pág. 433)

Como afirma Diego Zavala:

“Sostener una doctrina contraria a la de la autonomía de la clausula arbitral y de su correlativa que sostiene la competencia de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, debilitaría las bases contractuales sobre las cuales se cimenta el arbitraje y tendría graves repercusiones en las transacciones comerciales nacionales e internacionales, sobre todo en estas últimas, donde para el inversor extranjero resulta de capital importancia tener la certeza de que no estará sujeto a la jurisdicción de los tribunales locales y que la clausula arbitral sobrevivirá a cualquier contingencia que se presente durante el curso de las actuaciones arbitrales. Esta certeza, contribuirá a la seguridad jurídica con lo que se promovería el mayor desarrollo económico y social de nuestro país.” (Zavala, 2003, pág. 220) cit. por (Salcedo, 2007; Pág. 155)

En materia de arbitraje comercial internacional, el reglamento de Arbitraje UNCITRAL dispone que: “El tribunal arbitral tendrá poder para decidir respecto de objeciones de que no tiene jurisdicción, incluyendo cualquier objeción con respecto a la existencia o validez de la cláusula arbitral o del acuerdo arbitral separado”.

El reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) establece un proceso en dos etapas que es ligeramente más complejo: Si una de las partes plantea una o más alegaciones respecto a la existencia o validez del acuerdo arbitral, y si la Corte ICC estuviera satisfecha de la existencia *prima facie* de tal acuerdo, la Corte, sin perjuicio de la procedencia o de la demanda o demandas, podrá decidir que el arbitraje continuará. En tal caso cualquier decisión sobre la jurisdicción del árbitro la tomará el propio árbitro. (Salvador, 2001, págs. 162-163)

Sin embargo el Reglamento de la CCI va más allá, y establece que:

“A menos que así haya sido previsto, el árbitro no cesará de tener jurisdicción en razón de cualquier reclamo de que el contrato sea nulo e inexistente, siempre que él sostenga la validez del acuerdo arbitral. El árbitro, a pesar de que el contrato mismo sea inexistente o nulo, continuará teniendo jurisdicción para determinar los derechos respectivos de las partes y decidir sobre sus reclamos y alegaciones.”(Salvador, 2001, págs. 162-163)

#### **2.2.4 Posición ecuatoriana**

Como vimos, la mayoría de legislaciones recogen el principio. En el Ecuador, por su lado, el artículo 22 de la LAM establece que:

“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”.

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Además, cabe recordar que de conformidad con el Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el Tribunal arbitral es el único competente para decidir su competencia sobre el asunto que se le somete a resolución, decisión que tuvo lugar en la audiencia de sustanciación, dentro del procedimiento arbitral”.<sup>24</sup>

Continuando con el análisis de la situación nacional, la LAM<sup>25</sup> establece (salvo que las partes hubieren acordado algo expresamente distinto) que en la audiencia de sustanciación debe el tribunal arbitral pronunciarse sobre su propia competencia. En este acto procesal se deberá analizar, tanto la existencia como el contenido del compromiso arbitral. (Ponce, 2008, págs. 443-444)

Entonces, el tribunal, en la audiencia de sustanciación, deberá efectuar las siguientes consideraciones con el fin de llegar a la decisión sobre la competencia que se torna irrevocable:

1. ¿Existe o no convenio arbitral?
2. ¿Han renunciado o no las partes al convenio arbitral?
3. ¿Es el convenio arbitral válido?
4. ¿Son las partes capaces de acudir a arbitraje?
5. ¿Recae el convenio arbitral sobre un asunto sobre el cual es posible transigir?

---

<sup>24</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL. Expediente 242, Registro Oficial Suplemento 542, 6 de Marzo del 2009. No. 242-2007. Juicio No. 113-2006 ER. ACTORA: LATIN AMERICAN TELECOM INC. DEMANDADA: PACIFICTEL S. A. Quito, 11 de julio del 2007; las 09h30.

<sup>25</sup> Para ejemplificar, se dio el caso, bajo la Ley de Arbitraje Comercial, en el que un tribunal arbitral, luego de toda la compleja tramitación de un proceso arbitral, se inhibió de dictar el laudo por considerarse incompetente, lo que provocó que entre las partes, que esperaban que con el laudo terminaran sus conflictos, se iniciaran varios procesos, inclusive de carácter criminal, que, ciertamente, no hubieran ocurrido si es que, luego de litigar, rehuido pronunciarse sobre el fondo, a través del atajo de declararse incompetente. (Tribunal de Arbitraje de la CCQ Garner Espinosa S.A. vs. LAVCA)”(Ponce, 2008, págs. 443-444)

6. ¿Existen los requisitos formales para que el convenio arbitral exista y sea válido?

7. ¿Los asuntos que cada una de las partes ha sometido a arbitraje, tanto en la demanda, como en la contestación, reconvencción y réplica se hallan comprendidos dentro del convenio arbitral que se lo considera válido?

8. ¿Debe excluirse de la competencia del tribunal uno o más asuntos constantes en los petitorios iniciales de cualquiera de las partes por cuanto tales pretensiones, posiciones o excepciones no se hallan comprendidos en el convenio arbitral o no son susceptibles de arbitraje? (Ponce, 2008, pág. 444)

De todas maneras, es una obligación impostergable que el tribunal declare las materias sobre las que se considera competente y sobre las partes intervinientes en la audiencia de sustanciación. Así se benefician las partes de tener la certeza de saber quién será el tribunal que resolverá su divergencia.<sup>26</sup>

Ahora, podría darse el caso, aunque nos parece poco probable, que un tribunal arbitral se declare competente para conocer una causa que no le correspondía. En este caso, siempre quedará abierta la posibilidad de plantear una acción de nulidad, aunque no es claro a través de cuál de las causales contenidas en el artículo 31 de la LAM.

## 2.4 Recapitulación

Existe una gran vinculación entre los principios estudiados en este capítulo. El *Kompetenz-Kompetenz* es aplicable sólo en virtud del principio de separabilidad debido a que el tribunal, para declararse competente, debe analizar el compromiso arbitral que suscribieron las partes, independientemente de la resolución que se tome acerca de la validez del contrato.

---

<sup>26</sup>En el proceso arbitral contra Hampton Court Resources S.A. compañía que no había suscrito contrato alguno ni cláusula compromisoria con los actores y así lo expresó. Más aún, el conflicto nada tenía que ver con dicha compañía. Sin embargo, sin motivación ni explicación alguna, en la audiencia de sustanciación de 6 de julio de 2009, el Tribunal Arbitral expresó: “el Tribunal resolverá posteriormente sobre su competencia para pronunciarse sobre los derechos u obligaciones de la compañía Hampton CourtResources S.A. a la cual también se demanda. Tribunal de Arbitraje de la CCQ, 26 de febrero de 2010, Ronald Smith y David Zondag vs. Gleenn Good y Haptom Courts Resources S.A. (Ponce, 2008, pág. 445).

Hay una ventaja evidente en conferir al árbitro la jurisdicción para determinar sobre su propia jurisdicción y es que un laudo definitivo podrá ser dictado con mayor celeridad. Además, sin esta facultad la voluntad de acudir a arbitraje podría no tener efectividad real.

Finalmente lo que se busca es que una alegación de que el contrato principal es nulo no paralice el arbitraje, porque no se priva al árbitro de su jurisdicción. Además, en virtud del principio de *favor arbitraris*<sup>27</sup>, la jurisdicción ordinaria deberá siempre preferir enviar a las partes a arbitraje por todas las ventajas ya mencionadas en capítulos anteriores.

De conformidad con la sentencias antes citadas y del análisis de la doctrina creemos firmemente que el acuerdo de arbitraje convierte al tribunal en “juez natural” de las partes, en el único competente para pronunciarse sobre su propia competencia y para expedir la resolución de cumplimiento obligatorio para las partes.

---

<sup>27</sup> Por lo general, los centros de arbitraje-nacionales e internacionales- así como la doctrina, han hecho innumerables recomendaciones en busca de un convenio de arbitraje ideal, surgiendo textos que, en la medida de lo posible, cubran todos los posibles eventos que permitan conocer el verdadero alcance del convenio, evitando en su redacción aquellos defectos que impidan o dilaten la resolución del conflicto a través del arbitraje. La interpretación en virtud de la cual el pacto arbitral produzca efectos debe preferirse a aquel en el cual no los genere. Se trata de una regla que según la doctrina más autorizada ha sido aceptada por las cortes y los tribunales de arbitraje como “una regla de interpretación universalmente reconocida”(Salcedo, El Arbitraje, la justicia alternativa, 2007)(Salcedo, El Arbitraje, la justicia alternativa, 2007)(Salcedo, El Arbitraje, la justicia alternativa, 2007)

## **LA RELACIÓN ENTRE LA JUDICATURA Y EL ARBITRAJE: ¿CONTROL O ASISTENCIA?<sup>28</sup>**

Como dijimos, el arbitraje es un verdadero juicio en el cual las partes encomiendan la resolución del conflicto a un tercero, que no pertenece a la función judicial.

Para poder acudir a un tribunal arbitral, es necesario que las partes expresen por escrito la intención de hacerlo. Dicha voluntad debe estar contenida en el convenio arbitral, fuente del arbitraje. Además de eso, la capacidad de las partes y que la materia sobre la cual versará el arbitraje sea transigible son los presupuestos básicos para llevar a cabo un proceso válido.

A lo largo de estas líneas hemos hecho énfasis en que existen poderosas razones por las cuales las partes no desean litigar ante un juez ordinario. Especialmente porque en el arbitraje el usuario encuentra un valor que reduce uno de los costos más serios de la actividad económica: el riesgo. El riesgo de una solución indeseable sea por su contenido o por el tiempo en obtenerla. En cambio el arbitraje es como plastilina: puede moldearse como se desee, permitiendo confeccionar procedimientos a la medida de la causa saciando adecuadamente las necesidades de las partes (Cossío, 2011, pág. XVII)

En todo caso, el común denominador es que las partes no desean litigar ante jueces y cortes ordinarias. Por esta razón es que el arbitraje ha ganado fuerza y, si se quiere, popularidad dentro de todo ámbito.

---

<sup>28</sup> Título obtenido del libro “Arbitraje” del autor mexicano Francisco González de Cossío (GonzalezdeCossío, 2011)

A pesar de esto el arbitraje no está completamente solo. Debe convivir con los sistemas de justicia estatales y algunas veces acudir a ellos para solicitar su ayuda. Con estos antecedentes, la pregunta que nos proponemos responder en este capítulo es: ¿existe una subordinación, un control o una cooperación entre la judicatura y el arbitraje?

Álvaro López de Argumedo sostiene que:

“Se ha afirmado que la eficacia de un procedimiento arbitral depende en gran medida del conocimiento y experiencia de los árbitros. Y esto es cierto. Pero el arbitraje también depende del apoyo que le presten los órganos jurisdiccionales. En efecto, tanto antes de la iniciación del arbitraje como durante su tramitación, así como con posterioridad a la emisión del laudo, puede ser necesaria la intervención de los jueces. Y sólo una intervención que muestre un apoyo decidido por la institución arbitral puede permitir que el arbitraje sea en verdad eficaz.”(Álvaro López de Argumedo Piñeiro)

De hecho, entender esto es clave para entender el Derecho arbitral, pues encierra una paradoja: el derecho arbitral busca cooperación de las autoridades (la judicatura) de las que desea librarse. Ello provoca una tensión entre su autonomía y eficiencia. Qué tanto se emancipa es una cuestión de conveniencia. De utilidad. (Cossío, 2011, pág. 873)

Como dice el mismo autor:

“El arbitraje no puede funcionar en un vacío. En algún momento, ya sea durante el procedimiento o al momento de la ejecución del laudo, puede ser necesario obtener la asistencia de alguna judicatura para lograr ejecutar las resoluciones del árbitro. El motivo es claro: el árbitro carece de imperio. Por ende, no tiene la herramienta indispensable para hacer cumplir coercitivamente la decisión que ha emitido. Por ello,

en ausencia de colaboración con la judicatura, la eficacia del arbitraje se vería mermada.” (Cossío, 2011, pág. 873)

### **3.1 Consideraciones preliminares**

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) establece que el Estado es el encargado de velar por el respeto de los derechos y las garantías de las personas. Para ello ha dispuesto que todas sus actuaciones sean conforme a sus disposiciones y ha creado tribunales a los cuales puede acudir cualquier persona para hacer respetar, si es necesario por medios coactivos, los derechos subjetivos. Entre ellos, reconoce que a través del arbitraje, (entre otros) como método alternativo para la solución de conflictos, se puede conseguir este fin.

De hecho el Ecuador no está solo ya que por lo menos cinco países de América Latina han hecho expresa referencia a la institución de arbitraje en sus respectivos textos constitucionales: Colombia, Costa Rica, El Salvador, Paraguay y Perú. (Landa, 2011, pág. 296).

En tal sentido, el arbitraje no puede desenvolverse al margen de la Constitución y del respecto por los derechos fundamentales de la persona, a riesgo de que sea declarado inconstitucional, puesto que no se trata de un fin en sí mismo, sino de un medio o un instrumento para la resolución pacífica de controversias que versen sobre materias de carácter disponible por las partes, de conformidad con la Carta Magna. (Landa, 2011, pág. 292)

Por otro lado, no debemos olvidar que el árbitro carece de *imperium* y que el Estado tiene el monopolio del uso de la fuerza. Debe entenderse, entonces, que hay una coexistencia entre jueces y árbitros. Al carecer de *imperium* carecen también de *coertio* es decir de la posibilidad de ejecutar sus decisiones, es decir, la *executio*.

Aunque es pues, excepcional, como explica Francisco Gonzáles de Cossío, la intervención judicial debe regirse por el principio *exceptio est strictissimae applicationis*. Tal intervención se ciñe y debe ceñirse a la interpretación funcional. Las facultades deben ser entendidas y aplicadas de tal forma que se le dé efectos al sistema arbitral. La judicatura es un aliado del arbitraje. Es una pieza más del sistema arbitral, de la misma manera que lo es el árbitro y los instrumentos del derecho arbitral. (Ponce, 2008, págs. 451-452)

En este Capítulo analizaremos las situaciones en las cuales los árbitros se ven obligados a acudir al auxilio de la justicia estatal. Además, estudiaremos las acciones que tienen las partes que consideran que el laudo violentó derechos o no se dictó conforme había sido pactado. Al ser más extenso lo hemos dividido en dos partes principales para facilitar la comprensión del lector.

La primera parte consistirá en la intervención judicial *ex ante* del proceso arbitral. Inicialmente se tratará el conocimiento de la excepción de convenio arbitral ante juez ordinario, el juicio de competencia y analizaremos el dictamen de medidas cautelares. Todas ellas, por lo general, son etapas pre-procesales o se dan justo cuando el juicio ha iniciado.

En la segunda parte estudiaremos la intervención *ex post* de la jurisdicción ordinaria. Así, revisaremos la acción de nulidad del laudo arbitral, la posibilidad de apelar la sentencia que resuelve dicha acción, la procedencia del recurso extraordinario de casación y de la acción extraordinaria de protección, para finalizar con la ejecución forzosa del laudo.

## **3.2. Intervención ex ante**

### ***3.2.1 El examen judicial del convenio arbitral en la excepción de existencia de convenio arbitral***

Nos planteamos un caso hipotético en el cual una de las partes signatarias de acuerdo arbitral acude a la justicia ordinaria. La parte emplazada deberá contestar la demanda y proponer, como excepción principal, la de existencia de convenio arbitral. En esta situación, el juez tiene la obligación de atender dicha excepción, sustanciarla y resolverla. De existir convenio el juez archivará la causa o, de lo contrario, continuará con la sustanciación del proceso.<sup>29</sup>

Al respecto, la jurisprudencia ecuatoriana se ha pronunciado de la siguiente manera:

“[...] esta Corte establece la existencia de un evidente incumplimiento de lo dispuesto en el mismo artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en lo que tiene que ver con la interposición por parte del demandado de la excepción declinatoria de la competencia del Juez, por existir un convenio arbitral. [...] se infiere que al haber propuesto el demandado dicha excepción declinatoria, el juez debió resolverla como una cuestión de previo y especial pronunciamiento, antes de disponer la apertura del término de prueba sobre los hechos que constituyeron el objeto de fondo de la controversia y por lo mismo, antes de expedir la sentencia [...] Este incumplimiento normativo, que no fue corregido por los Jueces Superiores, se traduce en una evidente vulneración a los derechos de tutela judicial efectiva, establecido en el artículo 75 de la Constitución de la República vigente, así como al derecho del debido proceso, establecido en el artículo 76, numeral 1 de la misma Carta Fundamental. Finalmente, esta Corte advierte que el momento procesal para dilucidar sobre la existencia o no del convenio arbitral era precisamente la fase de sustanciación y resolución de la excepción declinatoria, como cuestión de previo y especial pronunciamiento ante el juez de primera instancia.”<sup>30</sup>

---

<sup>29</sup> Art. 8 de la LAM. Renuncia al Convenio Arbitral.- 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.

<sup>30</sup> CORTE CONSTITUCIONAL para el período de transición: ACEPTA ACCION EXTRAORDINARIA DE PROTECCION POR VIOLACION DE DERECHOS. Resolución de la Corte Constitucional 6, Registro Oficial Suplemento 159 de 26 de Marzo del 2010. Quito, D. M., 24 de febrero del 2010. Sentencia No. 0006-10-SEP-CC. CASO No. 0712-09-EP. Juez Sustanciador: Dr. Patricio Herrera Betancourt.

Como podemos ver, al juez sólo le corresponde constatar que existe el convenio arbitral y declararse incompetente para seguir tramitando la causa. De lo contrario, si éste continuare conociendo el asunto, el proceso sería nulo, conforme lo ha dado a entender la jurisprudencia al afirmar que la omisión del juez en dar trámite previo a una excepción de existencia de cláusula arbitral es una solemnidad sustancial del proceso.<sup>31</sup> Empero, es necesario que la parte contra quien se ha iniciado un proceso ante un juez de jurisdicción legal u ordinaria, por una controversia que, por acuerdo de las partes, debía someterse a jurisdicción convencional, proponga ante el juez que se halla conociendo de la causa, la excepción pertinente en tal sentido. (Ponce, 2008, pág. 442)

En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje como dispone el artículo 7 de la LAM.

Por otro lado, en el Derecho Internacional, en cambio, podríamos vernos frente a dos situaciones: la primera es que en la resolución que emita el juez acerca de la excepción de existencia del convenio arbitral exista una *cognitio* plena por parte del juzgador sobre la validez y eficacia del convenio arbitral. (Álvaro López de Argumedo Piñeiro, pág. 5)

Como veremos en los ejemplos siguientes es claro que, en ambos casos el juzgador podrá pronunciarse acerca de la validez del convenio arbitral y, de considerar que adolece de alguna patología insubsanable, tiene la facultad para continuar con la sustanciación de la causa:

Artículo II. 3 del Convenio de Nueva York que dispone:

“El tribunal de uno de los estados contratantes al que se somete a un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá

---

<sup>31</sup> Corte Provincial de Pichincha. Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales. 15 de octubre de 2009, Segundo Rafael Bastidas y otros vs. FIDEVAL S.A. y otros.

a las partes al arbitraje, a instancia de una ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

Del mismo modo, el artículo 8.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI manifiesta que:

“El tribunal al que se someta a un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, o a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.”

Otro supuesto que se puede plantear es el de una *cognitio* limitada: por ejemplo, la que refleja el artículo VI.3 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra del 21 de abril de 1961. Éste dispone que el tribunal jurisdiccional ante el cual se haya planteado una demanda sobre una controversia sometida a arbitraje “deberá diferir toda la resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta el momento en que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que el tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma”.(Álvaro López de Argumedo Piñeiro, pág. 6)

Este tipo de análisis se aplica, por ejemplo, en España como se desprende de la siguiente cita:

“Los tribunales españoles siguen manteniendo que debe existir una *cognitio* plena sobre la validez y eficacia del convenio arbitral cuando se formula una declinatoria o una excepción de arbitraje y, por tanto, que no basta con un examen *prima facie* de la cuestión. Aunque no parezca ésta la opción más favorable al arbitraje (en la medida en que los órganos jurisdiccionales, en principio, se atribuyen de este modo preferencia con respecto a los árbitros a la hora de decidir sobre esta cuestión) debe subrayarse que en aquellos supuestos en que no concurren dudas sobre la existencia y validez del

convenio arbitral, la declinatoria ha sido estimada y las partes han sido remitidas al arbitraje correspondiente.”(Álvaro López de Argumedo Piñeiro, pág. 6)

En conclusión, en el Ecuador, a pesar de que una cause llegue originalmente donde un juez ordinario éste no podrá entrar a revisar el fondo ni la validez del convenio arbitral por cuanto la ley no se lo permite. Simplemente, deberá esperar que la parte emplazada proponga su excepción de existencia de convenio arbitral, abrir un término para que puedan actuar sus pruebas, archivar la causa y remitir a las partes al tribunal competente. La jurisprudencia lo ha ratificado y ha considerado que de es una solemnidad sustancial del proceso. De no hacerlo, las partes podrían apelar ante la Corte Provincial la cual ordenará que se atienda la excepción y, de ser lo procedente, enviar a las partes a arbitraje

Independientemente, es necesario tener presente que de no interponer la excepción la ley entiende que las partes están renunciando a acudir ante el tribunal arbitral y se someten a jueces jurisdiccionales de conformidad con el artículo 8 de la LAM.<sup>32</sup>

### ***3.2.2 El juicio de competencia entre árbitros y jueces***

A estas alturas del desarrollo del trabajo, estamos seguros que está claro que de conformidad con lo establecido por la doctrina y, especialmente por la jurisprudencia, el tribunal arbitral sólo encuentra auxilio en la justicia estatal. Ésta no constituye, de ninguna manera, su superior jerárquico, no puede entrar a revisar sus decisiones, ni puede declararse competente para conocer causas en las cuales existen convenios arbitrales suscritos.

A pesar de esto, se han dado casos en los cuales jueces, por lo general a petición de parte, han propuesto juicios de competencia con tribunales arbitrales.

---

<sup>32</sup> 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 la mayoría de casos, las Cortes han decidido no aceptar las pretensiones de la parte o del juez que solicita la competencia para sí, y entregársela a los tribunales arbitrales de conformidad con lo acordado.<sup>33</sup>

De todas maneras, creemos necesario hacer un pequeño análisis del juicio de competencia para poder entender mejor en qué consiste y resolver la interrogante de por qué no cabe.

El juicio de competencia se encuentra regulado en los artículos 848 y siguientes del CPC. El trámite que el proceso debe seguir es el siguiente: el juez o tribunal que pretenda la inhibición de otro juez o tribunal para conocer de una causa, le enviará un oficio en que, expuestas las razones en que se funde, anuncie su competencia. El juez o tribunal requerido, acusará inmediatamente recibo y en el término de tres días, contados desde que recibió el oficio, contestará cediendo la competencia o contradiciendo. En este segundo caso, deberá exponer las razones en que se funde y aceptar la competencia. Con esta contestación, se dará por preparada y suficientemente instruida la competencia y, sin permitirse otra actuación, se remitirán al superior a quien corresponda dirimir la competencia, las actuaciones originales que hubieren formado respectivamente, los dos jueces. En caso de que se considere necesario se abrirá la causa a prueba por el término de cuatro días.

Por otro lado, de acuerdo a lo que dispone la LAM, la jurisdicción arbitral nace de la convención de las partes y el artículo 22 otorga a los árbitros la facultad excluyente de pronunciarse sobre su propia competencia, recogiendo el principio del *Kompetenz-Kompetenz*. Además, las normas descritas en la sección 24<sup>a</sup> del título II del CPC regulan los posibles

---

<sup>33</sup> Juicio de Competencia No. 2012-0191, Juzgado Séptimo de lo Civil Pichincha, Juan Carlos Fabara Torres vs. Ponce Martínez Alejandro Presidente del Tribunal de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Solinez Moreno Juan Carlos, Parraguez Ruiz Luis; Juicio de Competencia No. 2005-0100, Juzgado Décimo Primero de lo Civil, Repsol YPF vs. Hidalgo López Jaime Director del Centro de Mediación de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, Neira Orellana Edgar, Internacional Security Society Societyseg Cía. Ltda. (Capitán Pablo Izurieta Canova)

conflictos de competencia entre órganos de la Función Jurisdiccional a la que por definición no pertenecen los tribunales arbitrales.

A todas luces, debería existir una norma expresa que permita que se plantee un juicio especial de competencia entre árbitros y jueces. Por supuesto, esta norma no existe por cuanto atentaría contra los principios del arbitraje. De igual forma, la ley no le otorga la facultad al tribunal para ceder o contradecir la competencia a órganos de la justicia ordinaria debido a que es él mismo el único autorizado para pronunciarse acerca de su jurisdicción (*kompetenz-kompetenz*).

Como vimos anteriormente, el artículo 37 de la LAM dispone que el CPC será norma supletoria exclusivamente para los arbitrajes en derecho, siempre y cuando su aplicación no atente contra los principios de la institución arbitral. Pretender dar paso a un juicio especial de competencia violenta la naturaleza del arbitraje en vista que la competencia de los árbitros y la solución del conflicto confiada a ellos ha sido expresamente regulado en trámites especiales en los artículos 8 y 22 de la LAM.

De la lectura de las normas antes descritas, se desprende que una eventual “incompetencia” se ventile como una excepción, en los casos en los que la demanda ha sido presentada ante un juez ordinario. En este caso el juez deberá pronunciarse acerca de la excepción de existencia de convenio arbitral que presenten las partes, y no como una acción.

A pesar de esto, se dio un caso en el cual la Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas aceptó un juicio de

competencia entre árbitros y jueces, se pronunció acerca de la validez del convenio arbitral y analizó los elementos que a su juicio son patológicos y hacen la cláusula inejecutable.<sup>34</sup>

Ésta actuación es muy peligrosa pues atenta contra los derechos de las partes a ser juzgada por su juez natural, que en el caso de existir una cláusula arbitral serán los mismos árbitros.

Hay que considerar que una de las razones primordiales por la cual las partes deciden pactar que sus diferencias serán resueltas por árbitros es, precisamente, evitar acudir y meterse en engorrosos trámites a ser sustanciados por jueces ordinarios. Por lo tanto, y en aplicación del principio *pro arbitri* la Corte no debió haber dado paso a la demanda.

Hemos dicho que el árbitro no tiene “superiores” por lo que mal puede la Corte entrar y dirimir el conflicto. Además, el árbitro no es un funcionario del poder judicial por lo que menos puede ser auditado por la Corte Provincial.

Podría existir la duda debido a que el artículo 37 del COFJ expresamente aclara que “los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley” y realizando un simple ejercicio deductivo cabría pensar que si los árbitros pueden ejercer dichas funciones, también deberían ser “supervisados”. Es necesario tener presente que por norma expresa el único que puede pronunciarse acerca de su competencia es el propio tribunal.

Ahora, nace la pregunta de qué pasaría si un tribunal arbitral se declara competente para conocer una causa que no le corresponde. Pensaríamos que esa debería ser una causal de

---

<sup>34</sup> Juicio de competencia No.- 363-2012, Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas

nulidad del laudo, pero no está claro si alguna de las causales listadas en el artículo 31 de la LAM, como aquella que se refiere a los procedimientos para constituir del tribunal, se aplicaría. De no ser aplicable una de las causales de nulidad previstas en la ley, concluiríamos que en nuestra legislación solo el tribunal tiene la potestad de pronunciarse al respecto de su competencia y que esa decisión no podrá ser revisada. Esto será analizado más a fondo en páginas posteriores.

### **3.2.3 *Las medidas cautelares dentro del proceso arbitral***

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 9 de la LAM, los árbitros podrán dictar las medidas que consideren son necesarias para asegurar los bienes materia del proceso y garantizar el resultado de este.<sup>35</sup> Las partes las pueden solicitar antes de presentar su demanda y en cualquier estado del juicio.<sup>36</sup>

En el auto por medio del cual el árbitro dicta la medida preventiva, se podrá ordenar a la parte solicitante el rendimiento de una caución. Esta garantía tiene como fin asegurar el pago del costo de la ejecución de tal medida y la indemnización por daños y perjuicios causados a la otra parte en el caso de que la medida haya sido declarada infundada en el fallo. De igual manera, la parte contra quien se dicte la medida puede rendir caución suficiente y solicitar la suspensión de dicha medida.

---

<sup>35</sup> Art. 9 de la LAM. Medidas Cautelares. - los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del código de procedimiento civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo.

La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.

<sup>36</sup> Art. 897 del CPC.- Puede una persona, antes de presentar su demanda y en cualquier estado del juicio, pedir el secuestro o la retención de la cosa sobre que se va a litigar o se litiga, o de bienes que aseguren el crédito.

En la práctica, este sistema lo que se busca es que quien solicita la medida cautelar se haga responsable por las consecuencias de ejecutarla y no se las requiera temerariamente. Además, asegura que la parte afectada tenga una compensación por los perjuicios que puedan causarle.

En la concesión de la medida cautelar debe buscarse un equilibrio entre el interés del demandante, a quien le favorece, y el interés del demandado, a quien se le impone un gravamen. Por esta razón las medidas cautelares no pueden ser concedidas automáticamente. Es por ello que en ese balance y análisis ponderado que permita conjugar ambas tipologías de intereses ha de intervenir el órgano-sea jurisdiccional o sea arbitral-, que vela por la concesión de la verdadera tutela efectiva. (Vilar, 2006, págs. 64-65)

Como dijimos anteriormente, los árbitros carecen de *imperium* lo que constituye un limitante para conseguir el cumplimiento obligatorio de sus resoluciones. Generalmente deberán acudir a jueces ordinarios que ejecuten las medidas cautelares que ellos han dictado.

A pesar de esto, si es que las partes así lo pactaren, los árbitros podrán ordenar la ejecución de medidas sin necesidad de acudir a los jueces. En ese sentido, el artículo 9 de la LAM establece que los árbitros solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios, sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas, si es que cuentan con la autorización expresa de los litigantes.

Finalmente, los árbitros mantienen la facultad de juzgar y resolver sobre la procedencia o improcedencia de una medida cautelar. Lo único que no pueden hacer es ejecutarlas por ellos mismos. Se considera que el recurrir antes del arbitraje a los jueces ordinarios para solicitar medidas provisionales o preventivas no constituye renuncia al arbitraje. Sin embargo no ha

existido ningún pronunciamiento sobre la materia por parte del juez de la jurisdicción legal.<sup>37</sup>  
(Ponce, 2008, pág. 442)

Esto se debe a que todas estas medidas buscan asegurar el objeto del litigio o su resultado. Por esta razón se inician *inaudita parte*. De ninguna manera fijan la competencia del juez que conocerá el proceso principal debido a que ésta termina una vez que se ha practicado la diligencia. (Salcedo, 2007; Págs. 242, 243)

En este sentido Roque Caivano aclara que:

“En definitiva, la resolución acerca de la procedencia o improcedencia de una medida cautelar sería asimilable a una resolución interlocutoria dictada por los árbitros, que al igual que el laudo, debe ser ejecutada ante la justicia ordinaria. La única diferencia con el laudo es que no resuelve el fondo del litigio, sino una cuestión accesoria y parcial. Pero por lo demás, tienen idéntica naturaleza, encontrándose igualmente revestidos de la característica de la cosa juzgada.”(Caivano R. , 2000, pág. 214)

Continuando con el estudio de la norma antes mencionada, hay que anotar que al árbitro le está permitido dictar todas las medidas cautelares que recoge el Código de Procedimiento Civil es decir, embargo de inmuebles, secuestro de bienes muebles, prohibición de enajenar, retención, arraigo, y además “las que se consideren necesarias para cada caso” otorgándoles una campo de acción muy amplio.

Los árbitros, entonces, están autorizados para analizar cada caso y, de conformidad con las circunstancias particulares, dictar las medidas que consideren necesarias. A la postre, el único límite es que la medida efectivamente sirva para asegurar el objeto materia del litigio o su resultado. Las medidas cautelares se mantendrán hasta que el laudo que resuelva sobre ellas

---

<sup>37</sup> Tribunal de Arbitraje de la CCQ, 26 de febrero de 2010, Ronald Smith y David Zondag vs. Glenn Good y Haptom Courts Resources S.A.

esté debidamente ejecutoriado y adquiera firmeza. De todas maneras siempre puede pedirse la suspensión de las medidas si se rinde la debida caución.

La amplia discrecionalidad que el artículo 9 de la LAM concede, permite considerar que se trata de una disposición integrante del grupo de preceptos denominados “flexibles o elásticos” en contraposición a aquellas normas típicas en la que se define legalmente el supuesto hecho y se enuncia de manera concreta una consecuencia jurídica. Los preceptos flexibles existen en las legislaciones con la amplitud necesaria para permitir una mayor adaptación a la realidad, posibilitando que el resultado de su aplicación pueda ajustarse mejor a la función y espíritu que preconizan dichas disposiciones. (Salcedo, 2007; Págs. 242, 243)

En conclusión, en el Ecuador los árbitros pueden dictar las medidas cautelares que consideren necesarias atendiendo las condiciones de la causa que están sustanciando. El campo de acción que les da la ley es amplio y permite adecuar las medidas consiguiendo resultados equitativos con las litigantes.

Esa maleabilidad del proceso arbitral para ser adecuado a cada situación es muy interesante debido a que permite procesos “hechos a la medida”, con las evidentes ventajas que eso trae.

Por otro lado, aunque la regla general es que el árbitro que ha dictado una medida cautelar deberá acudir al juez ordinario para que éste la ejecute, las partes siempre tienen la libertad de autorizarlos para que ellos mismos dispongan su cumplimiento.

### 3.3. Control ex post

#### 3.3.1 *Impugnación del laudo*

El artículo 76 numeral 7 literal m de la CRE otorga el derecho a recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se tomen decisiones sobre derechos subjetivos. Esto ha generado controversia respecto a la posibilidad de revisar el fondo del laudo por cuanto desnaturalizaría la institución arbitral. La solución a esta interrogante no es fácil pero creemos que una vez que las partes han acordado someterse a la decisión de los árbitros han escogido un foro de excepción, en el cual no existen recursos que revisen el fondo de las decisiones.

El arbitraje rompe el principio de unidad jurisdiccional permitiéndole tener sus normas y procedimientos propios. Cuando las partes acuden a él se someten a respetar estas características y no pueden pretender hacer un “enroque” con los beneficios y obligaciones que significa renunciar a la justicia ordinaria.

La Corte Constitucional mantuvo este criterio en la siguiente sentencia:

“Respecto de la aplicación de las normas sustantivas, cabe señalar que la representada del accionante hizo expresa manifestación de voluntad de someterse a la interpretación y aplicación legal que haga el Tribunal Arbitral de las Cámaras de la Industria del Azuay, por lo que no existiría posibilidad de que un órgano pudiese conocer el-fondo del litigio en otra sede, so pena de desnaturalizar la figura del arbitraje. Si el recurrir a dicho método implica el someterse por voluntad propia a la interpretación del derecho que hagan los tribunales arbitrales, está limitado de manera legítima el ejercicio del derecho a la doble instancia, lo que no implica una renuncia al mismo, sino una declaración previa de conformidad con el resultado obtenido, en uso de la libertad de contratación, expresada por medio de la suscripción del convenio arbitral.”<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> NIEGA ACCION EXTRAORDINARIA DE PROTECCION POR PAGO DE INDEMNIZACION. Resolución de la Corte Constitucional 169, Registro Oficial Suplemento 756 de 30 de Julio del 2012

Por lo tanto el laudo es inapelable, de conformidad con lo expresamente dispuesto en el artículo 30 de la LAM, y no se puede alegar el derecho a recurrir reconocido en el artículo 76 de la CRE para intentar que otro tribunal revise su decisión. Una vez que los árbitros lo han dictado y se ha ejecutoriado, no podrá ser alterado

### **3.3.2 *La acción de nulidad***

#### **3.3.2.1 Consideraciones preliminares**

Independientemente de lo antes mencionado, es deber del Estado velar por los derechos de sus ciudadanos.

Para cumplir con este fin, se ha creado una serie de mecanismos a los que se puede acudir en caso de considerar que existen derechos que han sido vulnerados para así conseguir su resarcimiento, respeto y cumplimiento.

Como ha dicho la Corte Constitucional:

“Conforme lo mencionado por esta Corte en sentencia No. 020-09-SEP-CC del 13 de agosto del 2009, "el derecho de tutela judicial efectiva, expedita e imparcial es aquel por el cual toda persona tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales, para que a través de los debidos cauces procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas.".<sup>39</sup>

Así, la acción de nulidad tiene por finalidad precautelar el cumplimiento de aquellas garantías procesales que el legislador ha considerado que son indispensables para la validez del proceso arbitral y del laudo (Ponce, 2008, pág. 451).

Al respecto, la Corte Provincial de Pichincha ha dicho lo siguiente:

“Las características principales de la acción de nulidad es que es una acción extraordinaria y limitada por decisión del legislador, que ha sido concebida como un mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral, mas no como una vía para

---

<sup>39</sup> CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICION. Resolución de la Corte Constitucional 155, Registro Oficial Suplemento 743 de 11 de Julio del 2012. Quito, D. M., 17 de abril del 2012 SENTENCIA No. 155-12-SEP-CC CASO No. 1037-10-EP. Juez constitucional sustanciador: Dr. Patricio Pazmiño Freire.

acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo [...]”<sup>40</sup>

Por su parte, la Corte Nacional de Justicia (CNJ) se pronunció al respecto y limitó el campo de actuación de los jueces que conocen acciones de nulidad:

“[...] El objetivo [de la acción de nulidad] no es otro que el verificar la existencia o no de determinados vicios anulatorios en el procedimiento arbitral [...] lo cual impide a los órganos jurisdiccionales que conocen tal acción, el dictaminar sobre el fondo del asunto sometido al procedimiento arbitral ya que lo que en éste se resuelve, de conformidad con el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada [...] No corresponde a esta Sala, atenta contra la naturaleza del laudo [...], analizar si el Tribunal arbitral hizo bien o mal en acoger los principios y las bases legales que fundamentaron su decisión, porque dicha acción de nulidad de laudo no comporta un recurso de alzada contra la resolución arbitral adoptada.”<sup>41</sup>

Como se puede ver, la acción de nulidad no es un recurso de revisión ni de impugnación del laudo, sino simplemente el medio que tienen las partes para dejarlo sin efecto si es que se ha configurado alguna de las causales que provocan su nulidad.

Así lo entendió la Corte Superior de Quito en el siguiente fallo:

“La nulidad no puede considerarse un recurso, puesto que la Ley de Arbitraje y Mediación no concibe recursos ordinarios de apelación ni de impugnación- a más de los recursos horizontales de ampliación y aclaración- por ser contrarios a la naturaleza misma del arbitraje. El legislador ha querido evitar que la justicia alternativa o convencional se empantane como la ordinaria; impidiendo de esta manera, que la parte perjudicada por el laudo, interponga recursos que trasladen el proceso arbitral a la

---

<sup>40</sup> Jr. Security Cía. Ltda. vs. Productos Avon del Ecuador SA, sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 30 de junio de 2010, pp. 3-4; ver también Empresa Pública Hidrotapi EP vs. Constructora Norberto Odebrecht, 20 de marzo de 2011, p. 7; Primax Comercial del Ecuador SA vs. Lafarge Cementos SA., 26 de abril de 2011, p. 7.

<sup>41</sup> Latin American Telecom vs. Pacifictel SA., Corte Suprema de Justicia, decisión no. 242-2007, 11 de julio de 2007, RO suplemento 542, 6 de marzo de 2009.

justicia ordinaria, anulando el esfuerzo de este medio alternativo de solución de conflictos.”(Chiriboga, 2006, pág. 19) <sup>42</sup>

Además, como dijimos en capítulos anteriores, los jueces que conocen la acción de nulidad no son superiores jerárquicos del tribunal arbitral y, por lo tanto, no pueden entrar a revisar el fondo de su decisión. Así se pronuncia la Corte al respecto:

“El juez de anulación no es superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento y, en consecuencia, no puede convertirse en segunda instancia para juzgar el laudo por errores *in iudicando* y así modificar sus decisiones por el solo hecho de no estar de acuerdo con sus conceptos o juicios de valor [...]”<sup>43</sup>

En lo que respecta al procedimiento, la LAM determina que la acción de nulidad será sustanciada ante el Presidente de la Corte Provincial del lugar en el que se llevó a cabo el arbitraje el cual deberá constatar la existencia o no de causales analizando únicamente el expediente. El artículo 31 de la LAM señala que: “presentada la acción de nulidad el árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días, remitirán el proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa.”

Al no pronunciarse con más detalle surgió la duda de si debía o no aplicarse el artículo 59 del CPC que dispone que “toda controversia judicial que, según la ley, no tiene un procedimiento especial se ventilará en juicio ordinario”.

Ante la duda, y el peligro, de que las cortes decidan basarse en esta norma, el Presidente de la ex Corte Superior de Quito, intentó que se declarara inaplicable dicho artículo para las acciones de nulidad de laudos. Al respecto la Corte Constitucional se pronunció de la siguiente manera:

“La ley de la materia ha previsto un procedimiento para el caso de cuestionar la validez del laudo arbitral y como puede observarse, el trámite de nulidad establecido es ágil,

---

<sup>42</sup> Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, en la sentencia de 9 de diciembre de 2003, (Corte Superior de Justicia de Quito, Quinta Sala de lo Civil y Mercantil, sentencia de 9 de diciembre de 2003),

<sup>43</sup> Ídem, p. 5. véase también: Petroindustrial vs. Di-Chem del Ecuador SA, sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 22 de marzo de 2012 p. 7.

pues el Presidente de la Corte Superior, facultado para el efecto, debe resolverlo en el término de 30 días, siendo únicamente este trámite el que debe ser observado en estas causas, como en efecto ha aplicado el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito, sin que para estas pueda aplicarse el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, ya que este precepto es aplicable a aquellos casos en que la ley no ha determinado un procedimiento especial”.<sup>44</sup>

Como podemos ver, el criterio de la Corte Constitucional es que la LAM si establece un procedimiento, Es un “procedimiento sumarísimo”, por lo que no es aplicable el artículo 59 del CPC.

Otro problema que se suscitó fue respecto al plazo para interponer ésta acción. El mismo artículo 31 de la LAM dispone que: “del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia, en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió”.

Entonces, surge la duda de si deben pasar tres días desde la notificación de la resolución de los recursos horizontales para que se ejecutorie debido a que, como ya hemos dicho, no cabe ningún recurso de alzada y la CNJ ha dicho que, en estos casos, las resoluciones se ejecutorían al día siguiente de su notificación<sup>45</sup>.

La Corte Constitucional resolvió el problema de la siguiente manera:

“Es importante para este caso el análisis realizado por los jueces referidos, pues estos fallos, en los que se ha transcrito la parte pertinente, nos permiten advertir que la sentencia queda ejecutoriada a partir de la notificación que atiende el pedido de aclaración y ampliación. Por tanto, se puede concluir, sin que se requiera de un mayor análisis, que la decisión final en un proceso quedará inmediatamente ejecutoriada luego

---

<sup>44</sup> "LA CORTE CONSTITUCIONAL para el Período de Transición. DESECHA DECLARATORIA INAPLICABILIDAD DE CODIGO PROCEDIMIENTO CIVIL. Resolución de la Corte Constitucional 8, Registro Oficial Suplemento 605 de 4 de Junio del 2009. No. 0008-2008-DI. Juez Ponente: Dr. Hernando Morales Vinuesa. En el caso signado con el No. 0008-2008-DI

<sup>45</sup> Resolución No. 115-96 publicada en el Suplemento del Registro Oficial del 26 de mayo de 1997

de haber sido notificada la providencia mediante la cual se pronuncia sobre la solicitud de ampliación y aclaración [...].”<sup>46</sup>

Para cerrar esta primera parte podemos decir que, mediante la acción de nulidad de un laudo arbitral, los Presidentes de las Cortes Provinciales de Justicia deberían limitar su pronunciamiento a establecer, sobre el mérito del expediente, si han ocurrido o no las causales previstas en esa norma y, consecuentemente, si el laudo pronunciado está o no viciado de nulidad. En este último caso, el Presidente de la Corte Provincial que encontrare mérito para anular un laudo, remitirá el expediente al Centro de Arbitraje de origen o al Tribunal Arbitral independiente para que corrija el señalado vicio. (Neira, 2012. Pág. 56-57)

### **3.3.2.1 Las causales de nulidad de laudo arbitral**

Por ser de orden público, las causales de nulidad, se aplican tanto a los laudos que han resuelto en equidad como en derecho, pues la LAM no ha hecho ninguna distinción al respecto y le es prohibido al intérprete distinguir cuando la ley no ha distinguido (Art. 18. 5 del Código Civil).

Así lo ha reconocido el Presidente de la Corte Provincial de Pichincha<sup>47</sup>, sin embargo, en contra del texto expreso de la LAM, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, se ha pronunciado en el sentido de que algunas de las causas de nulidad no se aplican a los laudos en equidad<sup>48</sup>. (Ponce, 2008, pág. 451)

En nuestro sistema procesal, las causales de nulidad del proceso judicial se encuentran descritas en el CPC<sup>49</sup>. Independientemente, en el artículo 31 de la LAM se han establecido

---

<sup>46</sup> NIEGA ACCION DE PROTECCION POR LAUDO ARBITRAL. Resolución de la Corte Constitucional 155, Registro Oficial Suplemento 743 de 11 de Julio del 2012. Quito, D. M., 17 de abril del 2012. SENTENCIA No. 155-12-SEP-CC. CASO No. 1037-10-EP. CORTE CONSTITUCIONAL PARA EL PERIODO DE TRANSICION. Juez constitucional sustanciador: Dr. Patricio Pazmiño Freire

<sup>47</sup> 12 de agosto de 2009, AFESE vs. Metromedical Cía. Ltda.

<sup>48</sup> La CNJ ha resuelto en el sentido de que en arbitrajes en equidad puede otorgarse más de lo reclamado y decidirse sobre aspectos no sometidos al arbitraje. (Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 18 de enero de 2010, Seguranza Cía. Ltda. Y otros vs. BMI Financial Group Inc.) La Corte Constitucional de transición, sin embargo, se negó a conocer acerca de la acción extraordinaria de protección planteada.

<sup>49</sup> Art. 345.- la omisión de alguna de las solemnidades sustanciales determinadas en este párrafo, o la violación de trámite a la que se refiere el artículo 1014 podrán servir de fundamento para interponer el recurso de apelación.

causas de nulidad especiales y específicas y son las que exclusivamente se aplican para laudos arbitrales, que ahora citamos:

Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:

- “a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;
- b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;
- c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;

---

Art. 346.- son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias:

1. jurisdicción de quien conoce el juicio;
2. competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila;
3. legitimidad de personería;
4. citación de la demanda al demandado o a quien legalmente le represente;
5. concesión del término probatorio, cuando se hubieren alegado hechos que deben justificarse y la ley prescribiere dicho término;
6. notificación a las partes del auto de prueba y la sentencia; y,
7. formarse el tribunal del número de jueces que la ley prescribe.

Art. 347.- en el juicio ejecutivo, son solemnidades sustanciales:

1. haberse aparejado a la demanda título ejecutivo; y,
  2. sustanciar las excepciones que se propongan dentro del respectivo término.
- el hecho de no ser ejecutiva la obligación será materia de excepción y, consiguientemente, resuelta en la sentencia.

Art. 348.- las solemnidades sustanciales, en el juicio de concurso de acreedores, son:

1. haber concurrido, para dictar el auto de formación de concurso, los requisitos determinados en este código; y,
2. citar, en la forma legal, a los acreedores, para la primera junta.

Art. 357.- cuando un juez, debiendo declarar la nulidad, no la declare pagará las costas ocasionadas desde que pronunció el auto o sentencia en que debió ordenar la reposición del proceso. tales costas comprenden también los derechos sufragados por el estado.

Art. 1014.- la violación del trámite correspondiente a la naturaleza del asunto o al de la causa que se esté juzgando, anula el proceso; y los juzgados y tribunales declararán la nulidad, de oficio o a petición de parte, siempre que dicha violación hubiese influido o pudiere influir en la decisión de la causa, observando, en lo demás, las reglas generales y especialmente lo dispuesto en los arts. 355, 356 y 357.

d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,

e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.”

Las causales de nulidad son taxativas. Así lo ha confirmado la jurisprudencia nacional, por ejemplo en la resolución del caso Quasar Nautica Expeditions S.A. vs. Ocean Adventures S.A. cuando dice “DECIMO: los motivos de nulidad se encuentran taxativamente establecidos en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación”<sup>50</sup>.

A pesar de ello, se discute si es que otras situaciones que no se pueden enmarcar dentro de alguna de las causales antes mencionadas provocan o no la nulidad. (Marchan, 2011) Pero, como han dicho las Cortes, la procedencia de la acción de nulidad cabe siempre y cuando se encuentre enmarcada dentro de una de las causales (*pas de nullite sans texte*). (Salcedo, 2007; Pág. 294) además debe ser alegada por la parte accionante, en virtud del principio dispositivo que rige el sistema de justicia civil.

La Corte Provincial ha dicho que:

“[...] las causales para acudir a la acción de nulidad son restringidas si se las compara con las cuestiones que podrían ser planteadas mediante un recurso de apelación o cualquier otra vía que habilite al juez a conocer el fondo de la controversia, por ello se considera como una limitación que impide al juzgador entrar a revisar el fondo del asunto.”<sup>51</sup>

Finalmente, la Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha señaló que:

“[...] radica exclusivamente en conocer y resolver si en el proceso arbitral existe o no el o los motivos de nulidad alegados, ya que la característica principal de la acción de nulidad es que se trata de una acción extraordinaria y limitada por decisión del propio

---

<sup>50</sup> Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, 25 de noviembre de 2009, página 12. ver también: Olicorp SA vs. Masgas SA sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 10 de diciembre de 2008, p. 8.

<sup>51</sup> Taminternacional Cía. Ltda. vs. Fernando Albornoz, sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 31 de marzo de 2012 p. 6

legislador, que ha sido concebida como un mecanismo de control judicial del procedimiento arbitral, mas no como una vía para acceder a una instancia que revise integralmente la controversia resuelta por el laudo, por lo que –necesariamente- las actuaciones de esta Autoridad se deben ajustar a la competencia que legalmente se le ha otorgado [...]”<sup>52</sup>

### **3.3.2.1 Análisis individual de las causales de nulidad**

Una vez que hemos “rayado la cancha”, se analizará cada una de las causales previstas en el artículo 31 de la LAM y como las ha venido interpretando la jurisprudencia:

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

Dentro de la primera causal se habla de la falta de citación o de notificación de alguna de las actuaciones del proceso. En el Derecho Procesal existe el principio de contradicción que exige que todas las partes sean oídas por el juzgador antes de que dicte su resolución. Este principio se encuentra cimentado en el derecho constitucional a la defensa, expresado por el axioma latino *audiatur et altera pars* (Salcedo, 2007; Pág. 298)

Por lo tanto el demandado debe ser citado con la demanda y debe contar con un plazo para contestarla. Como ya vimos, la citación es una de las solemnidades sustanciales a todo juicio (enlistadas en el artículo 436 del CPC) pero además es parte de las garantías del debido proceso.

Continuando con el análisis de este literal, la LAM no sólo requiere, para que se configure esta causal, que no se haya citado sino que el proceso se halla llevado y terminado en rebeldía. La nulidad es declarable cuando realmente se ha impedido al demandado comparecer al juicio y ejercer su legítimo derecho a la defensa.

---

<sup>52</sup>Cuerpo de Ingenieros del Ejército vs. Hidrotambo, sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 15 de noviembre de 2011, p. 8.

Es por esto que el artículo 84 del CPC dice que:

“Si una parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia, o se refiere a ella en escrito o en acto del cual quede constancia en el proceso, se considerará citada o notificada en la fecha de presentación del escrito o en la del acto a que hubiere concurrido”.

En este sentido el Presidente de la ex Corte Superior de Quito, en el caso seguido por Federico Arturo Pérez Molina contra el Programa de Protección Social, anuló el laudo dictado por el tribunal de arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, aceptando el alegato de los demandados que planteaban que el Programa de Protección Social del anterior Ministerio de Bienestar Social nunca fue debidamente citado con la demanda debido a que el funcionario que la recibió no ejercía la representación legal de la entidad. Además, argumentaron que la demanda fue dirigida contra el Programa de Protección Social, órgano adscrito al Ministerio de Bienestar Social y no contra el Estado ecuatoriano, a través del Procurador General del Estado conforme manda la ley. (Marchan, 2011).

Cabe preguntarse si en este caso efectivamente se impidió al demandado comparecer a juicio y defenderse. De todas maneras, al no haberse subsanado la nulidad, cabe, en *stricto sensu* la declaratoria de nulidad.

b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;

La notificación es un acto procesal mediante el cual el tribunal informa acerca de cada incidencia del proceso a las partes involucradas. Que se la realice en legal y debida forma les permite pronunciarse acerca de las providencias que les causan algún perjuicio, conocer los términos que tienen para actuar sus pruebas, entre otros.

En todo caso, si a pesar del vicio, el destinatario pudo conocer el contenido de la providencia y por tal, la misma cumplió con su finalidad, no hay razones para declararla inválida y operará la convalidación de la irregularidad. Este principio está consagrado en el ya mencionado artículo 84 del CPC.

*Contrario sensu*, si es que el destinatario no pudo conocer el contenido de la providencia evitando que la actuación cumpla con su objeto, se provocará la nulidad del laudo.

De acuerdo con la otrora Corte Suprema de Justicia los vicios de los actos procesales no corregidos oportunamente pueden ocasionar la nulidad procesal:

“Sólo si son de tal trascendencia que impidan al fallador contar con los elementos necesarios para tomar su decisión o provoquen indefensión de la contraparte; de allí que el [...] Código de Procedimiento Civil determine como requisito *sine qua non* para que exista nulidad procesal que la violación [...] hubiese influido o pudiese influir en la decisión de la causa.”<sup>53</sup>

c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;

De acuerdo al mismo principio, las partes tienen derecho a participar dentro de todas las etapas del proceso. Además, deben ser oídos y contar con la oportunidad de actuar todas las pruebas pertinentes para su defensa.

De todas maneras cabe aclarar que el cómo se ha llevado el desarrollo de una determinada prueba no constituye razón suficiente para sustentar una nulidad de laudo arbitral. Como se dijo el caso del Cuerpo de Ingenieros del Ejército vs. Hidrotambo que ahora citamos:

“En este sentido, retomando lo expuesto en el numeral 2.1 de este considerando, el cómo se haya realizado una diligencia probatoria debidamente ordenada y convocada, no se subsume al vicio de procedimiento contenido en el artículo 31. C de la Ley de Arbitraje y Mediación, como ha cuestionado el accionante [...] haciéndose hincapié en que no le corresponde a esta Autoridad realizar pronunciamiento respecto del cómo se ha procedido en la diligencia de exhibición antes aludida, ni la forma en que se han valorado las pruebas aportadas.”(Marchan, 2011)

---

<sup>53</sup> Expediente no. 187-2000, primera sala, RO 83, 23 de mayo de 2000.

Ahora, es necesario aclarar que esta causal podría prestarse para abusos de los accionantes. Por ejemplo, en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

“No siendo la omisión en la práctica de tales pruebas, atribuible a culpa del Tribunal arbitral, sino a la negligencia de una de las partes (PACIFICTEL S. A.), no cabe [...] la nulidad del laudo por no haber cumplido las partes con pruebas debida y oportunamente ordenadas por el Tribunal arbitral.- [...]Con base en este mismo criterio, resultaría un contrasentido considerar que la inasistencia de un testigo a rendir su testimonio legalmente ordenado y dispuesto por el Tribunal arbitral, sea atribuible a culpa del Tribunal. Al respecto, el actual Art. 223 del Código de Procedimiento Civil establece la obligación del testigo de comparecer a declarar y la facultad del Juez de compelerlo a declarar imponiéndole una multa o por medio de la fuerza pública; sin embargo, el Juez puede prescindir de la declaración cuando considere que está suficientemente esclarecido el hecho.”<sup>54</sup>

El razonamiento que hace la Presidencia de la Corte es lógico por cuanto no le corresponde a esa autoridad revisar si es que la prueba se llevo a cabo de una u otra forma. Menos se puede invocar este hecho para solicitar que se anule el laudo en virtud del literal C del artículo 31.

d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado

También conocida como vicio de incongruencia, *extra o ultra petita*, cualquiera de las partes podría solicitar la nulidad del laudo en el caso en el que el tribunal hubiere otorgado algo fuera de lo que fue demandado o conceda más allá de lo que fue solicitado. (Marchan, 2011, pág. 25)

Por ejemplo, en el caso Petroindustrial vs. Di-Chem del Ecuador S.A., la Corte Provincial dijo lo siguiente:

---

<sup>54</sup>NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL. Expediente 242, Registro Oficial. Suplemento 542, 6 de Marzo del 2009. No. 242-2007. Juicio No. 113-2006 ER. ACTORA: LATIN AMERICAN TELECOM INC. DEMANDADA: PACIFICTEL S. A. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO CIVIL Y MERCANTIL. Quito, 11 de julio del 2007; las 09h30.

“Ésta causal invocada puede configurarse a partir de uno cualquiera de dos supuestos: a) que el laudo hubiere recaído sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros; o, b) que el laudo hubiere concedido más de lo pedido. Cuando el laudo recaer sobre materias que no fueron contempladas en el convenio arbitral; de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, la “cancha” dentro de la cual pueden actuar válidamente, es determinada por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o pacto arbitral tomando en consideración el límite material del arbitraje (materia transigible); o, ii) cuando el laudo recaer sobre puntos no pedidos en la demanda o en su contestación, es decir, no se refiere a los hechos y a las pretensiones formuladas en la demanda, ni a las excepciones alegadas, de manera que no resulta concordante, ni armónico con los extremos del proceso y, por ende, deviene en inconsonante o incongruente.”<sup>55</sup>

En todo caso, si es que se trata de laudos en equidad es difícil determinar si es que el tribunal se ha salido del área sobre la cual puede actuar así que la CNJ aclara que:

“Al haberse aplicado en el laudo arbitral criterios de equidad, las decisiones adoptadas por los árbitros no pueden entenderse como resolución "más allá de lo reclamado", en el mismo sentido y con los mismos alcances que el principio de congruencia determina para una resolución de árbitros en derecho; vale decir al resolver un proceso arbitral en equidad los decisores de las cuestiones sometidas a arbitraje están facultados a resolver todos aquellos puntos que no siendo expresamente alegados por las partes resultan una consecuencia lógica y obligada de las cuestiones insertadas en el respectivo procedimiento, sin que aquello signifique resolver cuestiones no sometidas al arbitraje o conceder más allá de lo reclamado lo que en definitiva concuerda con el principio de congruencia, que rige al proceso y que debe ser rigurosamente observado en una resolución de árbitros en derecho; el único límite necesario de las resoluciones arbitrales en equidad, resulta pues el orden público. [...] han afectado el orden público que es el límite necesario de los fallos de árbitros en equidad, más aún considerando

---

<sup>55</sup> Petroindustrial vs. Di-Chem del Ecuador SA, sentencia de la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, 22 de marzo de 2012.

que al resolver en equidad se debe prescindir de las formas para tomar en consideración la naturaleza preferente de las relaciones jurídico materiales.”<sup>56</sup>

Es interesante el segundo fallo pues otorga un amplio campo de acción a los árbitros. Como ya mencionamos anteriormente, el arbitraje es como plastilina que se puede moldear y ajustar a la medida por lo que el leal saber y entender del tribunal puede ser una herramienta apta para una resolución satisfactoria en la cual se le otorgue a cada quien lo que le corresponde. En estos casos los árbitros pueden eludir la “procesalitis” y la aplicación irrestricta del Derecho y de la jurisprudencia que en determinadas situaciones podría impedir una solución justa.

e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

Los árbitros deben designarse de conformidad con lo que las partes han pactado. De otra manera el laudo podría ser declarado nulo por cuanto no se cumplió con la voluntad de los signatarios del convenio. Han existido interesantes casos en los que las partes han alegado que se han violado los procedimientos para integrar el Tribunal Arbitral. Uno de ellos es el caso de Quasar Nautica Expeditions S.A. contra Ocean Adventures S.A. en el que las partes alegan que uno de los árbitros no se encontraba en el país al momento de firmar y notificar el laudo

En este proceso, la Primera Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha se pronunció de la siguiente manera:(Marchan, 2011)

“No puede estar constituido legalmente un Tribunal con uno de los árbitros ausentes del territorio nacional peor aún al momento de la expedición y notificación de ese laudo. Por ello la nulidad alegada en contra del laudo va amparada a la letra e del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, ya que de acuerdo con el principio de

---

<sup>56</sup> NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL. Expediente 51, Registro Oficial Suplemento 416, 25 de Marzo del 2013. No. 051-2010. JUICIO No. 57-2007-k.r. ACTORAS: TRANSINVEST S.A. SEGURANZA CIA. LTDA. Y ETROMEDICAL CIA. LTDA. DEMANDADO: BMI FINANCIAL GROUP INC. Juez Ponente: Dr. Carlos Ramírez Romero. CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA. Quito, a 18 de enero de 2010; las 0815.

especificidad, que acerca de las nulidades consagra nuestro ordenamiento jurídico, las causales están específicamente en el artículo 31 de la Ley de la materia, que encaja expresamente en la letra e invocada y que definitivamente influye en la decisión del laudo.”

A pesar de lo dicho por la Corte, cabe la pregunta de si esta situación “encaja expresamente” dentro de la causal. Es muy criticable que la Corte “adapte” situaciones de hecho a las causales de nulidad previstas por el artículo 31 de la LAM. Esto atenta contra la seguridad jurídica nacional y contra la legítima expectativa de los litigantes. Es necesario mantener criterios uniformes y prefiriendo siempre la interpretación que permita viabilizar los arbitrajes y ejecutar los laudos.

### **3.3.2.2 Recapitulación**

Podemos concluir que la acción de nulidad de un laudo arbitral es la única forma de evitar su ejecución. Es extraordinaria por su naturaleza y sólo cabe en los casos expresamente descritos en el artículo 31 de la LAM.

La acción de nulidad no es una “segunda instancia” y el presidente de la Corte Provincial que la conoce no es el superior jerárquico del tribunal arbitral, por lo que no cabe que revise el fondo de la controversia. En este sentido la CNJ es muy clara:

“En consecuencia, sería ilógico creer que las partes habiéndose sometido voluntariamente a una decisión arbitral, excluyendo por sí la vía jurisdiccional, ahora se quieran someter a esta vía para anular precisamente una secuela de un acto voluntario que no admite recurso alguno, cuya efectividad de dicho laudo proviene del compromiso de las partes de acatarlo, que no es un proceso o juicio al tenor del Art. 61 del Código de Procedimiento Civil, por tanto la decisión carece de las características propias de una sentencia judicial, que es al que alude el Art. 2 (r) de la Ley de Casación (R. O. No. 192: 18.05.93 y N0 39: 08.04.97).”<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> JUICIO DE ARBITRAJE. Expediente 401, Registro Oficial 562, 24 de Abril del 2002. ACTORA: La Ganga Rca. Cía. Ltda. DEMANDADO: Colonial de Seguros y Reaseguros SA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SEGUNDA SALA DE LO CIVIL MERCANTIL.

Por otro lado, creemos que la LAM debió haber acogido ciertas situaciones que podrían provocar la nulidad del laudo como son: laudo contrario al orden público, laudo pronunciado fuera del plazo, haberse fallado en equidad debiendo ser en derecho (y viceversa), no haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento (incogruencia *citra* o *minima petita*), no haberse aceptado la recusación por el árbitro que concurre en alguna de las causas de recusación de la ley (Andrade. Cit. por Chiriboga, 2006, pág. 26)

Para terminar, en una sentencia la CNJ ha dicho lo siguiente:

“Finalmente, esta Sala estima que las garantías procesales corresponden a todas las partes en conflicto y no cabe apelar a los derechos humanos, como el derecho a la defensa, para favorecer a una de las partes que por negligencia presentó un recurso o acción en forma extemporánea, menoscabando y violentando los derechos constitucionales al debido proceso y a la seguridad jurídica de la otra parte.”<sup>58</sup>

### **3.4. Procedencia del Recurso de Apelación de la Sentencia de la Acción de Nulidad de Laudo Arbitral**

Para proseguir con este análisis debemos, primero, determinar qué tipo de proceso genera una acción de nulidad de laudo. Lamentablemente, distintos fallos que se han emitido han sido contradictorios, por lo que no existe certeza absoluta de cómo entienden las Cortes nacionales a la acción de nulidad de laudo.

Como dijimos en líneas anteriores, la LAM determina cuál es el trámite por medio del cual se sustanciará una acción de nulidad. Ahora, surge la pregunta de si ese trámite es o no un proceso de conocimiento.

La división entre proceso de conocimiento, de ejecución o cautelar está ligado a la pretensión contenida en la demanda. El proceso declarativo o de cognición, busca que el órgano judicial, establezca el contenido y alcance de una situación jurídica en particular, es decir, la declaración de certeza sobre la existencia o inexistencia del derecho pretendido por el actor.

---

<sup>58</sup> NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL. Expediente 179, Registro Oficial Suplemento 350, 18 de Octubre del 2012. No. 179-2010. JUICIO: 160-2009 B.T.R. ACTORES: Myrna Ruth Urrutia Albán, Andrés Eduardo y Michelle Andrea Castro Urrutia. DEMANDADOS: Erick Miguel, Miguel Antonio y Patricia Ellen Castro Coray. JUEZ PONENTE: Doctor Manuel Sánchez Zuraty. CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CIVIL, MERCANTIL Y FAMILIA. Quito, marzo 10 de 2010; las 15h40.

La pretensión contenida en una demanda de nulidad de laudo arbitral no busca hacer efectiva una sanción impuesta en una sentencia de condena como sería el caso de un proceso de ejecución, ni busca asegurar el resultado práctico de un proceso posterior como en el caso de uno cautelar. La acción de nulidad de laudo arbitral busca que se declare, esencialmente, que se han violentado derechos del actor durante el arbitraje, por lo que sin lugar a dudas se genera un proceso de conocimiento.

De acuerdo con este análisis se podría pensar que sí cabe un recurso de apelación de la sentencia que resuelve la acción de nulidad.

Al no existir norma expresa que niega la procedencia del recurso para la sentencia de nulidad de laudo cabe pensar que, aplicando el artículo 321 del CPC que dispone “siempre que la ley no deniegue expresamente un recurso se entenderá que lo concede”, no hay razón para negarlo.

El problema es que no existe norma que otorgue la competencia a los jueces para conocer la apelación (esta es una diferencia fundamental con la anterior Ley Orgánica de la Función Judicial, la cual determinaba que las salas funcionaban como segunda instancia respecto de las sentencias dictadas por el Presidente de la Corte).

Por lo tanto, la acción de nulidad de laudo arbitral sería un proceso de conocimiento de única instancia, que sigue un trámite sumarísimo de la que no cabe apelación por falta de norma expresa que radique la competencia. De todas maneras cabe mencionar que esta dificultad podría superarse haciendo una interpretación extensiva del artículo 208.1 del COFJ.

#### **3.4 Procedencia del recurso de casación de la sentencia de nulidad de laudo arbitral.**

Si partimos del supuesto de que efectivamente la acción de nulidad de laudo arbitral genera un proceso de conocimiento, y que la sentencia (o sentencias si aceptamos que es viable la apelación) es dictada por un órgano judicial a nivel de Corte Provincial, entonces no habría ningún impedimento de orden formal para aceptar el recurso de casación.

La problemática surge si asumimos que no existe apelación, y que por tanto estamos frente a un proceso de conocimiento de única instancia.

Entonces, debemos verificar de qué forma garantizamos el derecho a recurrir (que no es lo mismo que el derecho a una doble instancia) establecido en la Constitución. Vemos que el único mecanismo procesal que permitiría garantizarlo es, justamente, el recurso de casación.

Debemos aclarar que no estamos frente a un caso de casación *per saltum*, pues este tipo de casación parte del supuesto de que justamente existe la posibilidad de acceder a una segunda instancia a través de un recurso de apelación.

En este caso, al igual que en el de las sentencias de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, estaríamos frente a una sentencia dictada dentro de un proceso de conocimiento de única instancia que se puede revisar a través del recurso de casación.

Recapitulando, pareciera que el único consenso que existe frente a la acción de nulidad de laudo arbitral es que el control judicial solo se circunscribe a analizar si es que el laudo incurrió en las causales de nulidad descritas en la Ley de Arbitraje y Mediación, es decir, respecto del fondo ningún juez ordinario puede pronunciarse. De tal manera que lo único que pueden hacer es aceptar o desechar el pedido de nulidad.

Existe la duda de si se puede plantear recurso de apelación respecto de la Sentencia del Presidente de la Corte Provincial competente y ante qué juez. Parece que el criterio que

predomina entre quienes consideran que la acción de nulidad es proceso de conocimiento coinciden en que procede el recurso de casación.

Respecto al recurso de casación, la Corte Nacional no se ha decidido y ha tomado decisiones contradictorias en las que ha dado paso a la casación de sentencias del Presidente de la Corte Provincial y negándolo en otros casos.

### **3.6 Procedencia de la acción extraordinaria de protección (AEP)**

La historia que consta en las Actas 78 –páginas 4 a 11– y 82 –página 25– de la Asamblea Constituyente de Montecristi, deja en evidencia que el legislador constituyente discutió la inclusión del control de constitucionalidad respecto de las decisiones adoptadas en los métodos alternativos de solución de conflictos y que finalmente, en el segundo debate, eliminó lo que habría sido una contradicción: por un lado, el Art. 190 habría establecido la alternabilidad del arbitraje y por otro habría previsto la impugnabilidad de las decisiones de los árbitros como si se tratase de sentencias o de autos firmes que expiden los jueces ordinarios. (Neira, 2012, págs. 57-58)

Para evitar esta falta de congruencia, la Asamblea de Montecristi eliminó todo control de constitucionalidad en estas materias, de manera que, cualquier referencia o aplicación de normas constitucionales quedará sujeto, exclusivamente, a la facultad interpretativa y resolutoria de los árbitros y aún en el evento de error, esa decisión no podrá ser modificada ni revocada por la Corte Constitucional, dado que no existe jurídicamente ningún recurso ni acción contra las decisiones de los árbitros, que no sea la acción de nulidad del laudo.(Neira, 2012, págs.57-58)

A pesar de esto, existe una parte de la opinión jurídica que defiende la procedencia de la AEP contra laudos arbitrales alegando, principalmente, que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. La protección de los derechos constitucionales de las personas es su finalidad esencial además de que se debe respetar la supremacía constitucional. . (Neira, 2011, Pág. 35)

Sabemos que la AEP se encuentra regulada en los artículos 94 y 437 de la CRE pero nada permite concluir que los laudos sean susceptibles de revisión. Un principio universalmente aceptado en el derecho público impide hacer interpretaciones extensivas de la norma de derecho para ampliar las potestades de un órgano del poder como la Corte Constitucional, (Neira, 2011, Pág. 39)

La Corte Constitucional ha “zigzagueado” a la hora de tomar la decisión de admitir las AEP por violación de derechos en laudos arbitrales. En ciertos casos, haciendo análisis extensivos de los artículos 94 y 437 de la CRE, las ha admitido, y en otros no.<sup>59</sup>

La alternatividad del arbitraje conforma un sistema paralelo que no permite que sus resoluciones sean revisadas en el fondo. La ley especial de la materia así lo estatuye respetando la voluntad de las partes de no acudir a jueces ordinarios. En caso de violaciones de derechos siempre queda abierta la posibilidad de plantear una acción de nulidad de laudo en el caso en el que la situación se encuadre dentro de una de las causales del artículo 31 de la LAM.

---

<sup>59</sup> Auto de 8 de julio de 2009, expedido por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional dentro de la acción especial de protección planteada por Transelectric S.A. contra el laudo arbitral pronunciado por un Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito.

Auto de 30 de noviembre de 2010, expedido por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional dentro de la acción especial de protección planteada por la señora Esmeralda Lossa de Rosillo y otros contra el laudo arbitral pronunciado por un Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil.

Auto de 1 de diciembre de 2010, expedido por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional dentro de la acción especial de protección planteada por la Empresa Vial del Azuay EMVIAL S.A. en contra del laudo arbitral pronunciado por un Tribunal de Arbitraje de las Cámaras de la producción del Azuay. (Neira, La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana, 2011, pág. 47)

### 3.7 La ejecución del laudo

La efectividad del arbitraje depende en última instancia de que los laudos dictados en procedimientos arbitrales puedan ser reconocidos y ejecutados de manera oportuna. De poco serviría que las partes de una disputa hayan elaborado un buen convenio arbitral, hayan seleccionado árbitros idóneos y que éstos hayan resuelto acertadamente un conflicto, si su resolución no puede ser cumplida. (Andrade, Pág. 1)

La tarea de los árbitros en un proceso arbitral concluye al momento en que emiten el laudo final. Ellos no juegan ningún rol en la ejecución del laudo, aunque son responsables de esforzarse por dictar decisiones ejecutables en las respectivas jurisdicciones. (Andrade, Pág. 3)

La ejecución de un laudo es el acto judicial, obligatorio y forzoso por el cual un juez hace efectiva la decisión de los árbitros sobre la materia controvertida, utilizando para ello todas las medidas que la legislación contemple. (Andrade, Pág. 4)

Por supuesto siempre puede darse el caso en el que la parte condenada cumpla con lo dispuesto por el tribunal de buen grado, pero en caso de que no lo haga se deberá acudir a un juez ordinario para que aplique la fuerza coercitiva y coactiva del Estado y obligue a la parte que ha incumplido a regularizar la situación.

La fase de ejecución forzosa de una sentencia judicial o de un laudo arbitral en el Ecuador se la conoce como la “Vía de Apremio”. Esta fase, como su nombre lo indica, comprende la aplicación de apremios o “medidas coercitivas de que se vale un juez o tribunal para que sean obedecidas sus providencias por las personas que no las cumplen dentro de los términos respectivos”. (Andrade, pág. 4)

Como ya vimos, los árbitros tienen la *auctoritas* pero carecen de *potestas* o *imperium*<sup>60</sup> por lo que las partes necesitan el auxilio del juez ordinario para poder ejecutar un laudo que no se ha cumplido.

A pesar de que el arbitraje constituye un verdadero proceso jurisdiccional, el monopolio de la fuerza lo tiene el Estado por lo que jueces ágiles colaborarán directamente con el arbitraje. Así, como hemos dicho ya, el buen desarrollo del arbitraje también depende del apoyo que le da la función judicial.

De todas maneras, en nuestro país la ley le otorga al laudo un valor equivalente al de una sentencia dictada por un juez ordinario, ahorrando a las partes la necesidad de homologarlo ante las cortes ordinarias a través de un exequátur.

El Art. 32.2 de la LAM prescribe que:

“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, está claro que el juez que reciba el laudo para su ejecución forzosa deberá dictar el mandamiento de ejecución y ordenar al condenado que pague o dimita bienes. En todo caso, se pueden dar ciertas situaciones en las que los jueces ordinarios pretendan que se vuelvan a

---

<sup>60</sup> “Nos parece acertada la tesis que explica este hecho tomando del antecedente romano la distinción entre *autoritas* y *postestas*, según la cual en la esencia de la actividad jurisdiccional predomina la *auctoritas*, es decir, la facultad de declarar el derecho en los casos concretos y que se impone por sí misma debido al prestigio de quien emana...sobre la *potestas* o *imperium*, es decir, la fuerza o coacción necesaria para imponer sus decisiones, más propia de la actividad jurisdiccional de ejecución, y aunque hoy...en el juez moderno, autoridad y potestad se han acumulado, quizás el arbitraje nos pueda presentar un ejemplo vivo entre la *auctoritas* de los árbitros y la *potestas* que, en cualquier caso, ostentan los órganos del estado.” (GonzálezMontes, pág. 770) citado por (Salcedo, El Arbitraje, la justicia alternativa, 2007, pág. 275)

actuar pruebas, o volver a entrar a revisar el fondo del asunto. La ley es clara y el juez no podrá aceptar ninguna excepción ni dilación a la ejecución. Por supuesto esta es una función de apoyo importantísima para el arbitraje. En los casos en los que se debe ejecutar los laudos jueces comprometidos colaborarán enormemente con las partes.

## CONCLUSIONES

A modo de conclusiones generales, podemos decir que el arbitraje es un método heterocompositivo de resolución de controversias en el cual las partes en conflicto otorgan a un tercero privado la posibilidad de resolver en derecho o equidad el problema entre ellas obligándose a acatar lo que se disponga en el laudo.

En abstracto [*en*] un Estado constitucional y democrático de derecho esta legitimación proviene de la voluntad general, plasmada por el constituyente; mientras que, en el marco de una determinada controversia, es el principio de autonomía de la voluntad de los privados el elemento que legitima la intervención de los árbitros en la resolución del conflicto. (Landa, 2011, pág. 295)

En este orden de ideas el arbitraje es un método que data de los orígenes mismos de la vida en sociedad del ser humano por cuanto los recursos son limitados y los intereses de las personas pueden entrar en pugna por ellos.

El arbitraje tiene, evidentemente, un origen contractual y es el convenio arbitral la fuente del mismo. Por otro lado, tiene un carácter jurisdiccional por cuanto los árbitros hacen las veces de jueces y su laudo tiene la misma fuerza que la de una sentencia emitida por la judicatura. Como pudimos ver, los árbitros carecen de *imperium* pero eso no hace menos válida su resolución. Esto simplemente significa que deberá acudir al auxilio de la función judicial estatal para ejecutar lo ordenado en las distintas etapas del proceso en el caso en el que las partes no cumplan.

Como cualquier otro, el convenio arbitral debe cumplir con todos los requisitos de validez necesarios para los negocios jurídicos en general. Es decir, que las partes sean legalmente capaces (que puedan actuar por sí mismas sin la intervención de otra persona), que su consentimiento no adolezca de vicios, a saber: error, fuerza o dolo, y finalmente que la causa y el objeto del contrato sean lícitos.

El convenio arbitral puede ser parte integrante del contrato principal o bien ser un acuerdo por separado.

La cláusula arbitral goza de independencia del contrato principal, por lo que su nulidad no afectará la validez del convenio de arbitraje. Esta independencia se lo conoce como el principio de autonomía de la cláusula arbitral (o "separabilidad", voz derivada del inglés "severability") y permite a los árbitros conocer, incluso, en el caso en el que se demande la nulidad del contrato principal.

Por otro lado, dijimos que él único competente para pronunciarse acerca de su misma competencia es el mismo tribunal. Este es el principio de *kompetenz-kompetenz* o competencia de la competencia recogido por la jurisprudencia y legislación nacional como internacional.

En virtud de este principio, en el caso en el que un árbitro se haya declarado competente para conocer una determinada causa, ningún otro órgano podrá "atacar" esta decisión. Es decir, se busca evitar frustrar el deseo de las partes que sus controversias fueran resueltas por arbitraje. Si una de las diferencias reside en la validez del acuerdo arbitral le compete al tribunal arbitral pronunciarse sobre ello.

A todas luces, los árbitros no son miembros de la administración de justicia y ningún órgano judicial ni de control de constitucionalidad puede pronunciarse sobre el fondo de una controversia decidida por árbitros.

Debido a que el árbitro carece de *imperium*, y el Estado tiene el monopolio de la fuerza, el árbitro debe acudir al auxilio de funcionarios pertenecientes a la justicia estatal para ejecutar sus resoluciones. Es por esto que el arbitraje no está solo y busca un complemento en la justicia ordinaria.

Esta complementariedad se evidencia, principalmente, en cuatro etapas del proceso en las cuales existe “comunicación” entre ellos: primero cuando una de las partes acude a la justicia ordinaria a pesar de haber suscrito un convenio arbitral, cuando se solicitan medidas cautelares y es necesario ejecutarlas, para la acción de nulidad y para la ejecución del laudo.

Estos son los únicos momentos en los cuales ambos sistemas trabajan juntos. Son independientes pero complementarios. En ningún caso el juez u corte ordinaria es superior del tribunal arbitral. No puede entrar a revisar el fondo de sus decisiones ni cuestionar sus motivos.

A pesar de que consideramos que no cabe, se ha intentado promover juicios de competencia entre jueces y árbitros. Dar paso a un proceso así desvirtuaría totalmente al sistema arbitral hasta hacerlo desaparecer por cuanto atenta contra sus bases fundamentales. El arbitraje no tiene un superior jerárquico razón por la cual nadie puede entrar a revisar el fondo de sus decisiones. Menos puede atacarse la competencia del árbitro una vez que éste se ha declarado competente por cuanto la legislación, la doctrina y la jurisprudencia ha reconocido la existencia del principio *Kompetenz-Kompetenz*.

En el caso de las medidas cautelares los árbitros pueden dictar las que consideren necesarias para el caso específico. Esta amplia discrecionalidad es una muestra de la maleabilidad de la que goza el sistema arbitral, pudiendo las partes hacer un proceso “a la medida.”

El único medio para atacar la validez del laudo arbitral es la acción de nulidad. La LAM determina taxativamente los motivos por los cuales puede anularse un laudo y no deben realizarse interpretaciones extensivas que agreguen nuevas causales. La acción de nulidad del laudo arbitral se constituye en el medio irrenunciable para que el Estado pueda proporcionar una tutela judicial efectiva.

Cabe mencionar que el artículo 31 de la LAM tiene falencias. No recoge situaciones que de darse deberían provocar la nulidad de laudo. Por otro lado existen causales que tal vez están sobrando o que su aplicación no se la ha realizado conforme la intención del legislador dejando una puerta abierta para el abuso de la acción.

El trámite de la acción es sumarísimo y esencialmente consiste en que el Presidente de la Corte confirme que efectivamente se incurrió en alguna de las causales contenidas en el artículo 31 de la LAM y, de ser alegada por la parte, declarar la nulidad del laudo. No se puede entrar a revisar de ninguna manera el fondo del mismo ni “ayudar” a la parte que ha fundamentado su demanda en una causal equivocada.

Acerca del recurso de apelación de la sentencia de la acción de nulidad, en principio, creemos que cabría, pero, al no existir norma expresa que radique la competencia, no procede.

La CNJ se ha pronunciado contradictoriamente acerca de la naturaleza de la acción de nulidad. Del análisis propuesto se desprende que es un proceso de conocimiento de única instancia, del

cual no se puede apelar pero, para respetar el derecho constitucional a recurrir toda resolución, se podría acudir a la CNJ para que lo revise en casación.

Creemos que la Corte Constitucional no tiene la facultad de entrar a revisar por medio de una AEP las resoluciones arbitrales. La interpretación que la Corte está haciendo de los artículos 94 y 437 de la CRE es extensiva a pesar de que en las actas emitidas previo a la promulgación de la CRE el constituyente dejó fuera los laudos arbitrales.

Una vez que un laudo es emitido y se encuentra en firme y ejecutoriado, las partes están obligadas a acatarlo en virtud del principio *pacta sunt servanda*. Las cortes deben reconocer y ejecutar los laudos, y no interferir en el proceso. No pueden dar paso a ningún intento de atrasar o dificultar la ejecución de la decisión.

Si es que la parte condenada, a pesar de su compromiso de respetar la decisión del tribunal, no cumple con lo ordenado, se podrá solicitar al juez de primera instancia que ejecute el laudo por la vía de apremio. El juez emitirá el mandamiento de ejecución por medio del cual ordenará que se cumpla con la resolución de los árbitros o de lo contrario podrá ejecutarla por vías coactivas.

Para terminar, es muy importante tener claro las líneas que dividen a la justicia ordinaria del arbitraje. La complementariedad y la ayuda que existe entre ellos, colabora con la paz social, la justicia y el buen desarrollo de ambos.

Consideramos que es necesario que las Cortes decidan siempre a favor del arbitraje, como lo dispone la LAM. Las incongruencias que han existido en la jurisprudencia son lamentables y han provocado que a estas alturas todavía no esté claro qué camino se debe tomar, que

recursos y acciones serán o no admitidas, y cómo se resolverán las distintas causas sometidas al análisis de la justicia ordinaria.

Esta incertidumbre coadyuva a que se produzcan abusos y se utilice al sistema de justicia para evitar dar cumplimiento a decisiones válidas que por ley tiene fuerza de sentencia. Se convierte a la justicia ordinaria es la herramienta para evitar hacer justicia.

A pesar de cualquier análisis o postura que se puede tener a la hora de estudiar la institución arbitral es necesario pensar un poco más allá de lo que dispone la ley y tener en cuenta los fundamentos y la naturaleza del arbitraje. En él existe la voluntad de las partes de no acudir a la justicia estatal para que resuelva sus controversias, por lo que permitir que suceda exactamente lo contrario es condenarlo de muerte. No tendría sentido acudir a arbitraje cuando esa decisión será revisada una y otra vez en los distintos estamentos de la judicatura.

De conformidad con la legislación ecuatoriana, es necesario que exista algún tipo de medio de “revisión” del debido proceso seguido para expedir un laudo. De ninguna manera se debería permitir que se entre a revisar el fondo por cuanto la institución arbitral simplemente desaparecería.

Una nueva redacción del artículo 31 de la LAM colaboraría con la institución por cuanto se podría definir con mayor precisión las causales de nulidad.

Además, normas expresas que regulen la no procedencia de los recursos que podrían plantearse sobre laudos y sentencias de acciones de nulidad colaboraría enormemente a dar certeza y seguridad jurídica al sistema.

## BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, F. (2013). *La Autonomía del Acuerdo Arbitral*. Retrieved junio 11, 2013, from <http://www.foresjusticia.org.ar/carat/forzar-descarga.asp?NombreArchivo=2762652322652852842792782792773205265232268269276232265267285269282268279232265282266273284282265276246311231003102>.

Alvarado, A. La conciliación: medio idóneo para solucionar conflictos de intereses. In *Liber Amicorum en homenaje a Ludwick Kos Rabcewics Zubkowski* (p. 50). Lima: Cultural Cuzci S.A. Editores.

Álvaro López de Argumedo Piñeiro, K. M. (n.d.). *La Intervención Judicial en el Arbitraje: análisis de jurisprudencia española reciente*. Retrieved 06 24, 2013, from <http://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.egov.ufsc.br%2Fportal%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2F103ala.pdf&ei=K0rIUdv6JYjY9QTB4oGwBg&usg=AFQjCNE1Dy1O4XD6cqDWCX4DboO6IbZsw&sig2=fGog6f4xI>

Andrade, X. *Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros en el Ecuador: Un Camino Inexplorado*.

Aylwin, P. (2009). *El Juicio Arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Bollmann, D. S. (2005). *El Principio Kompetenz-Kompetenz*. Retrieved mayo 26, 2013, from <http://www.tesis.ufm.edu.gt/derecho/2005/76493/tesis.htm>

Caivano, R. (2000). *Arbitraje*. Buenos Aires : Ad-Hoc.

Caivano, R. J. (2008). *La Cláusula Arbitral. Evolución Histórica y Comparada*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Cavaino, R. (2000). *El Compromiso Arbitral*. Buenos Aires: Villela Editor.

CNUDMI, C. d. (n.d.). Retrieved junio 1, 2013, from [http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf)

Cossío, F. G. (2011). *Arbitraje*. México DF: Editorial Porrúa, SA de CV.

Cossio, F. G. (n.d.). *Kompetenz-Kompetenz a la mexicana: crónica de una muerte anunciada*. Retrieved junio 11, 2013, from [www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/KOMPETENZ.pdf](http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/KOMPETENZ.pdf)

*El Arbitraje, la justicia alternativa* 2007 Guayaquil Distrilib Editorial

Fouchard, P. (1965). *L'arbitrage commercial international*. París: Dalloz.

García, H. (2009). *Validez del arbitraje privado para la resolución de conflictos laborales individuales*. Quito.

Gil Echeverry, J. H. (1993). *Curso Práctico de Arbitraje*. Bogotá: Ediciones Librería Profesional.

Gimeno Sendra V, A. N. (1990). *Derecho Procesal*. Valencia .

Haderspock, B. (n.d.). *El Arbitraje: aspectos generales*. Retrieved octubre 03, 2013, from <http://www.monografias.com/trabajos-pdf4/arbitraje-aspectos-generales/arbitraje-aspectos-generales.pdf>

Landa, C. (2011). *Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional*. México DF: Editorial Porrúa SA de CV.

Larroumet, C. (2008). A propósito de la naturaleza contactual del acuerdo de arbitraje en materia internacional y de su autonomía. *El Contrato de Arbitraje* .

Marchan, J. M. (2011). La aplicación de la acción de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador. In I. E. Arbitraje, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* (pp. 17-30). Quito: Editorial Jurídica Cevallos.

*Medidas Cautelares en el Arbitraje* 2006 Navarra Arazandi, SA

Neira, E. (2011). La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* , pp. 34-63.

Neira, E. (2012, septiembre). La relación procesal entre órganos de Administración de justicia y tribunales de Arbitraje. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* .

Ponce, A. (1991). *Derecho Procesal Orgánico*. Quito: Editorial Mendieta.

Publishers, K. L. (1993). ICCA Bahrain Arbitration Conference. Bahrain.

Redfern, A. (1986). The Jurisdiction of an International Commercial Arbitrator. *Journal of international Arbitration* , 26.

Robert, J. (1993). *L'Arbitrage. Droit international et droit international privé*. París: Dalloz.

Rodríguez, V. (1954). El Arbitraje Privado. In V. Rodríguez, *El Arbitraje Privado* (pp. 179-ss).

Salcedo, E. (2007). *El Arbitraje, la justicia alternativa*. Guayaquil: Distilib Editorial.

Salvador, I. (2001). Kompetenz-Kompetenz: la jurisdicción del árbitro comercial internacional para decidir sobre su propia jurisdicción. *Ruptura por la legalidad*, p. 162.

Sosa, R. G. (2013, Septiembre). Nulidades en el Proceso y en el Laudo Arbitral. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*.

Véscovi, E. (1999). *Teoría General del Proceso*. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis S.A.

Zavala, D. (2003). La autonomía de la clausula arbitral y la competencia de los árbitros para decidir sobre su propia competencia. In C. d. Paraguay, *Arbitraje y Mediación* (p. 220). Intercontinental Editora.